

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERMES SANTOS BLUMENTHAL DE MORAES

O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

CURITIBA

2008

HERMES SANTOS BLUMENTHAL DE MORAES

O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do título de Mestre no Curso de
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Elimar Szaniawski

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação aprovada para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Formada pelos Professores:

Orientador: _____

Professor Doutor Elimar Szaniawski

Professora Doutora Jussara Maria Leal de Meirelles

Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Curitiba, de de 2008.

[...] a Dio, unico in saggezza, per mezzo di Gesù Cristo sia la gloria nei secoli dei secoli. Amen.

Romani 16:27¹

DEDICATÓRIA

Dedico (e agradeço, pelo tempo deles ceifado) à minha esposa, Josevony, por meio da qual Deus tem me abençoado desde o dia que a conheci, e aos meus filhos Eduardo e Victor – levem consigo a lembrança e a certeza de que o conhecimento e a sabedoria são bens preciosos, os quais, fundados na graça de Deus, valem a pena adquirir -; aos meus pais, José Aristides – *in memoriam* – e Eunice, pela formação baseada em princípios e valores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Elimar Szaniawski, a sua amizade acolhedora, o partilhar de seu profundo conhecimento, e sua sabedoria e orientação crucial nesta jornada;

Aos Coordenadores e colegas integrantes do núcleo de pesquisas em Direito Civil - “Virada de Copérnico”, em especial aos Professores Luis Edson Fachin e Eroulths Cortiano Júnior, também a sua amizade e o crescimento que me proporcionaram no ambiente de pesquisa;

Aos funcionários da Biblioteca de Ciências Jurídicas da UFPR, em especial à amiga Loiri, a sua atenção e simpatia;

Agradeço a todos os professores da Pós-Graduação, aos amigos, colegas e aos funcionários da Universidade Federal do Paraná, com os quais tive o prazer de aprender e conviver neste período;

À CAPES, o apoio financeiro.

RESUMO

O trabalho é uma investigação acerca do possível papel das cláusulas gerais, cuja definição mais corrente – conquanto seja um sintagma considerado polissêmico - é a de um método ou técnica de legislar que se utiliza de termos cuja valoração é enviada ao momento de aplicação judicial, no contexto do Direito Civil brasileiro contemporâneo e na perspectiva civil constitucional. Nesta perspectiva porque diante dos novos modelos constitucionais que se instauraram nos países ocidentais, princípios e valores, constitucionalmente estabelecidos, passaram a reger a aplicação do Direito em todas as esferas de influência, passando o sistema a uma centralidade baseada no núcleo axiológico constitucional. Tendo as cláusulas gerais como referente ao longo de todo o trabalho, faz-se uma análise histórico-cultural, a partir da Revolução Francesa, da influência até hoje percebida decorrente do predomínio do positivismo e o estabelecimento do Estado de Direito sob a ótica do liberalismo, a qual compreende também o período das codificações e do *Code civil* francês, tendo em vista os reflexos no Direito continental e por consequência no Direito brasileiro, como instrumentos de redução da complexidade e de consolidação do liberalismo e do positivismo jurídico. Também são analisados os aspectos operacionais e técnicos das características das cláusulas gerais no ordenamento e no sistema jurídico, sob o enfoque do pensamento sistemático no Direito, a partir de um aprofundamento, com base na obra de Ronald Dworkin, acerca dos princípios na teoria do Direito, discorrendo sobre o conceito de integração valorativa nas cláusulas gerais, como método preferível e como elemento de caracterização destas. Procura-se apresentar uma visão da contemporaneidade, sob o enfoque da complexidade, da pluralidade e da instabilidade, a partir do advento da Constituição de 1988 e do significado da edição do novo Código Civil brasileiro, contrastando a defesa da reconstrução do Direito privado tendo o Código como estatuto central, e a idéia de um Direito centrado no conjunto axio-principiológico de índole constitucional. Também engloba uma análise pessoal que trata da difusão das cláusulas gerais em decorrência da complexidade, da pluralidade e da instabilidade como marcas da sociedade sob o modelo constitucional contemporâneo, reclamando a implementação de uma racionalidade alternativa, de conteúdo material e construída intersubjetivamente no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: cláusulas gerais, positivismo, liberalismo, Direito Civil-Constitucional, direitos fundamentais; complexidade, pluralidade, dignidade da pessoa humana, repersonalização, neoconstitucionalismo

ABSTRACT

The work is an investigation about the possible role of general clauses, which the most common definition – even being considered a polissemic word – is a method or legislation technique that uses vague terms that demand a valuation at the moment of its judicial concretization, in the context of contemporaneous Civil law, and on a constitutional perspective. In this perspective because due to the new constitutional models that took place in eastern countries, values and principles, constitutionally established, now direct the law application in all ways and the system has its center based at that axiological constitutional nucleus. Having general clauses as a reference throughout the work, it presents a cultural and historic analysis, starting on French Revolution, of the influence even felt today of the preponderance of positivism and the establishment of the State of Law under the ideals of liberalism, also including the period of codifications and of the French Civil Code, considering the reflexes on Continental Law and by consequence, on Brazilian Law, as instruments of reduction of complexity and establishment of liberalism and juridical positivism. It analyses, also, the operational and technical aspects of the characteristics of general clauses, which are overviewed under the lights of systematic thought, considering a deeper look into principles, based on the work of Ronald Dworkin and into the concept of evaluative integration on general clauses, as a preferred method and as an element of distinguishment. It intends to present a vision of contemporaneity, considering complexity, plurality and instability, on behalf of 1988 Brazilian's Constitution and an analysis of the edition of the new Brazilian's Civil Code, comparing the defense of a reconstruction of Private Law, with the Code as the central statute, and the idea of a Law having its center on the constitutional principles and values. It also comprehends a personal analysis about the diffusion of General clauses, from complexity, plurality and instability, as contemporaneous marks, under the contemporaneous constitutional model, requesting the implementation of an alternative rationality, of material contents and interactively constructed, on the context of Democratic State of Law.

Key-words: general clauses, positivism, liberalism, Civil-Constitutional Law, fundamental rights, complexity, plurality, dignity of human beings, repersonalization, neoconstitutionalism.

PARTE I – ASPECTOS HISTÓRICO-CULTURAIS

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO: Uma herança a partir do positivismo..... 9

CAPÍTULO 2 – O MODELO CONSTITUCIONAL E A FORMAÇÃO
DO ESTADO DE DIREITO: a casuística e os códigos como garantes
da estabilidade e da segurança (jurídica) 21

CAPÍTULO 3 – DA ERA DAS CODIFICAÇÕES: o *Code* e a
formação do sistema de códigos como redução da complexidade
e como instrumentos do liberalismo..... 30

PARTE II – ASPECTOS CONCEITUAIS E OPERACIONAIS

CAPÍTULO 1 – SIGNIFICADOS, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES:
As cláusulas gerais e o pensamento sistemático no Direito..... 37

CAPÍTULO 2 – O DIREITO AXIO-PRINCIPIOLÓGICO DE
DWORKIN..... 50

CAPÍTULO 3 – A INTEGRAÇÃO VALORATIVA NAS CLÁUSULAS
GERAIS..... 68

PARTE III – CONTEMPORANEIDADE

CAPÍTULO 1 – O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: a constituição como referente
primaz e a unidade do sistema..... 83

CAPÍTULO 2 – CÓDIGO CIVIL DE 2002: o pretérito no presente..... 92

CAPÍTULO 3 – À GUIA DE (IN)CONCLUSÕES: a complexidade
e a pluralidade no modelo constitucional de Direito..... 102

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 111

PARTE I – ASPECTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO: uma herança a partir do positivismo.

Nos escritos que se seguirão até o final do trabalho pretende-se, tanto quanto possível, traçar um caminho à compreensão do papel das cláusulas gerais no Direito Civil brasileiro contemporâneo, à luz do que se convencionou chamar de Direito Civil Constitucional.

Isto porque, a partir da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de releitura dos institutos de Direito Civil (e de outros ramos do Direito) sob a ótica dos princípios e valores inscritos no texto constitucional. Como ressaltou Bodin de Moraes², com a nova Constituição e com a proliferação de estatutos especiais, chamados microssistemas³ o Código Civil deixou de estar no centro das relações civis, tendo o pólo se deslocado “a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.”⁴

Por sua vez, a idéia de um papel para as cláusulas gerais no Direito Civil brasileiro ganhou força com o código de 2002 que, segundo se apregoa⁵, veio

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. p. 24

³ Lei do Direito Autoral, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor, Estatuto do Idoso, etc.

⁴ Neste sentido ilustrativo o dizer de Perlingieri, conquanto se referindo ao ordenamento italiano, que bem denota o caso do direito no Brasil: “Quanto à disciplina dos institutos do Direito Civil, ela se configura em grande parte descentralizada em relação ao Código. A própria centralidade de um corpo legislativo em relação a outro, do código e das leis especiais, que à primeira vista parece uma escolha técnica e aparentemente neutra, esconde opções ideológicas tendentes a fragmentar e a pulverizar a unidade do sistema, e a recompor, saudosamente, unidades perdidas. A Constituição rígida assume a centralidade, com função de garantia da unidade, como parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. p. 25.

⁵ A Constituição Federal, o Código do Consumidor e outros estatutos já vinham se utilizando da técnica de legislar por meio de cláusulas gerais, no entanto a edição do Código Civil de 2002

ênfatizar o uso das cláusulas gerais, de forma a permitir uma maior abertura no sistema jurídico, para a concretização do Direito.

Traçar um caminho significa partir de um ponto em direção a outro, todavia este segundo lugar não está estabelecido. Certamente passa pela atualidade, mas vislumbra um posto mais adiante, numa visão prospectiva do possível. Para delimitar a jornada, o ponto inicial compreende o Estado e o Direito como se apresentam a partir da Revolução Francesa⁶ e dos ideais iluministas, na Europa continental, com a forte influência do positivismo e do formalismo que se refletem no movimento das codificações, que tem seu marco principal no *Code* francês.

Importa ainda observar que, sem a pretensão de se conceber um trabalho de História do Direito, entende-se que a história permeia a compreensão da contemporaneidade em praticamente qualquer setor, daí que os aspectos histórico-culturais não se limitam a um capítulo ou seção, portanto estarão, tanto quanto possível, presentes em todo o trajeto.

Considerando esta breve digressão, um primeiro aspecto a ser considerado é a relação do Direito com a realidade social em sua oposição ao monopólio do Estado, a dizer, que o Direito nasce efetivamente a partir do fenômeno social, e não

colocou o assunto em pauta de forma mais enfática, em especial em face dos diversos escritos na linha de “exposições de motivos”, propaladas antes e depois de sua vigência, pelos seus autores – conforme se refere Reale: “[...] não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos *valores éticos* no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da *técnica jurídica*, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.” REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. p. 12.

⁶ HOBBSAWM, embora ressalve a importância das revoluções britânica e americana, assim se refere à revolução francesa: “Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa. [...] A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às idéias européias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa. HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*, tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

com o advento do Estado, muito embora este tome para si, em um momento peculiar da história, o monopólio das leis e da regulamentação da sociedade.

Nada obstante, a sociedade certamente não se encerra no Estado e este, por sua vez, não encerra a amplitude da realidade social. As técnicas legislativas, *lato sensu*, assim entendidas como meio de nascimento das regras que regem a sociedade, passaram por vários momentos ao longo da história, que percorrem o consuetudo, até o advento da cientificidade positivista⁷ que se refletiu no positivismo jurídico⁸ e na formação dos códigos com os quais até hoje se convive.

Neste sentido Clève ainda ressalta que, se por um lado a posituação da ciência e a posituação do Direito, enquanto fenômenos jurídicos, não se confundem, por outro lado, o seu estudo em separado não é indicado, uma vez que os dois fenômenos coincidem na história (e na cultura) e refletem o surgimento de outra racionalidade: “a racionalidade que se funda sobre a objetividade, impessoalidade, abstração e neutralidade, características tanto da ciência moderna, quanto do Estado e do Direito contemporâneos.”⁹; ainda que se vislumbre, e se anseie, por

⁷ Aqui, e no quanto se segue, referida como a ciência da modernidade, nascida a partir do século XVII com Galileu e Copérnico culminando em Descartes; a ciência positivada.

⁸ No sentido apresentado por CLÈVE, o qual utilizaremos: “[...] por positivismo jurídico se costuma denominar aquele feixe de atitudes teóricas ou praxeológicas em relação ao direito que o identificam com sua manifestação fática, ou normativista, ou axiológica – mais frequentemente apenas, normativa – subordinada, em última análise, à vontade e aos aparelhos do estado. Esse discurso resulta de um processo através do qual, por incessantes fraturas, o direito foi laicizado; criou-se uma noção de sistema que ordena unitariamente o conjunto normativo, e privilegiou-se a lei, identificando-a, sem mais, com o direito. Este processo consolidou-se já no seio do moderno estado burguês, evidenciando uma trajetória à qual chamaremos de via de posituação do direito.”, e mais adiante “[...] Por positivismo quisemos fazer alusão à filosofia de Saint Simon e Comte, baseada no método único (naturalista) da ciência, o qual propõe conhecer o mundo mediante a mera apreensão dos sentidos. Já, por posituação devemos captar uma certa via ou caminho, o caminho da posituação, em direção à positividade. Queremos fazer alusão à transição de “estado” ou qualidade de algo (de um objeto dado de conhecimento) que se modifica em sua substância. É o caso do direito, ou dos paradigmas da ciência, os quais passaram por um processo de posituação que os deslocou de estados anteriores para os atuais. Neste caso, quanto ao direito, já o dissemos, chamaremos de positivismo o modo de viver o direito e de concebê-lo (estudá-lo) identificando-o, apenas, com o direito positivo, ou seja, com o direito sancionado-positivado pelo estado.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos*. p. 48-49; 83-84.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*. p. 84

uma mudança de racionalidade¹⁰, pela qual passa a teoria crítica do Direito, e sobre a qual também versa o presente trabalho e se justifica toda atividade de pesquisa e multiplicação do conhecimento e dos fundamentos que sustentam esta mudança.

Grossi afirma que o Direito não está atrelado necessariamente a uma “entidade social e politicamente autorizada”¹¹, e que o Direito, ainda que operado sob o monopólio do Estado, não tem como “ponto de referência necessário” o “aparato de poder que é o Estado moderno”; em contraposição sustenta que a sociedade é este ponto de referência.

O ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, a sociedade como realidade complexa, articuladíssima, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produza direito, inclusive a fila diante da repartição pública. Não é um esclarecimento banal; ao contrário, ele subtrai o direito da sombra condicionante e mortificante do poder e o restitui ao seio materno da sociedade, que o direito é então chamado a exprimir.¹²

Um segundo aspecto herdado nesta mesma linha de pensamento é a concepção de um Direito atrelado à ciência, numa visão positivista, que implicou na presunção de que seria, em tese, possível prever os fatos da vida, sistematizando as hipóteses em enunciados legais, em um sistema fechado, sempre à busca do fato social que possa se adequar ao seu conteúdo. Aí repousa a idéia da casuística e da subsunção do fato à norma, que norma mesmo não é, mas a hipótese abstrata na tentativa de representar os fatos da vida.

Segundo Wieacker¹³, uma das conseqüências de o positivismo científico

¹⁰ Que se desloque para uma racionalidade comunicativa, instrumental e material, fundada na intersubjetividade e nos valores e princípios que visam à promoção e a tutela da pessoa humana.

¹¹ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11

¹² GROSSI, Paolo. *Idem*. *ibidem*

¹³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 494

deduzir o Direito exclusivamente com base no sistema, conceitos e princípios reconhecidos em sua própria ciência, é que a ordem jurídica acaba por constituir-se em um sistema fechado que pretende subsistir alheio à vida e às relações sociais que as instituições e normas contidas neste sistema regulam.

Esta pretensão implica em uma dedução lógica de que seria possível gerar decisões corretas tão somente pela subsunção de uma situação fática a uma hipótese abstrata.

A hipótese não é norma em si porque a norma em sua acepção estrita não se confunde com a lei ou com o texto legal¹⁴; necessita ser extraída do (con)texto pelo intérprete, e se estabelece na aplicação concreta referente ao caso.

Mas na linha do positivismo jurídico a norma e, mais ainda, a própria justiça da norma, pretende-se esteja contida no texto e nas fórmulas lógicas abstratas em si, de tal maneira completa que se auto-sustenta pela própria *genialidade* de sua concepção científica, exata e inequívoca.

A esperança de que um tal processo [*da operação lógica da subsunção supra*] conduza, para além disso a uma decisão também *justa* baseia-se num segundo pressuposto. Os conceitos jurídicos [...] não têm apenas um valor ordenador de carácter sistemático, pedagógico ou semântico [...] mas gozam de uma realidade directa. Neles se autonomizaram princípios permanentemente válidos sobre a correcção do direito, de tal modo que a sua aplicação lógica (tal

¹⁴ Neste sentido o oportuno esclarecimento de Eros R. Grau: “[...] as normas resultam da interpretação e podemos dizer que ela, *enquanto disposições*, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. A interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo-se de *fórmulas lingüísticas* contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação do seu *conteúdo normativo*. O *produto* do ato de interpretar, portanto é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou texto (preceito, disposição). Por isso cumpre distinguirmos o *texto* (enunciado, disposição) e a *norma*. *Texto e norma* não se identificam: o *texto da norma* é o *signal lingüístico*; a *norma* é o *que se revela, designa*. Daí podermos sustentar, segundo Zagrebelsky, que o *ato normativo*, como ponto de expressão final de um poder normativo, concretiza-se em uma *disposição* (texto ou enunciado). A interpretação é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*. Do quê diremos ser a *interpretação* uma *atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas*. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é *um conjunto de interpretações*, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretações*, um *conjunto de normas potenciais*.” GRAU, Eros Roberto. *Prefácio à 1ª Edição*. In FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. p. 16.

como a de uma frase estereotipada ou de uma fórmula correcta da física) deve conduzir necessariamente a uma decisão correcta (i.e. Justa).¹⁵

Mas este pressuposto é falacioso, na medida em que a realidade não é estanque, mas dinâmica, portanto o conceito em si é ficcional, formula-se uma suposta legitimidade formal, com o fim de justificar os resultados desiguais que o sistema, assim concebido, acaba por gerar.

A Lei, neste sentido, mais se aproxima de um mal versado conteúdo que não tem condições de sustentar o aspecto material apenas na letra porque necessita do seu momento concreto para assumir a condição de norma que possa ter um conteúdo de justiça que se aproxime da vida concreta das pessoas, de cada sujeito, neste sentido, Wieacker afirma:

Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir. Nesta conformidade o Direito, se há de lograr de significação para nossa vida, tem de destilar-se em concretas regras de dever-ser.¹⁶

Esta concretude não é atingida pela pretensão de encerrar, em conceitos e textos normativos abstratos, a realidade vivida, simplesmente porque esta prática é insuficiente a representar satisfatoriamente a complexidade e a pluralidade em meio à dinâmica da vida.

O que se percebe é que o Direito, que é interior à realidade social, assume um aspecto formal na medida em que são sistematizados os textos normativos na forma de leis e regras postas¹⁷; estes textos normativos, todavia, somente assumem

¹⁵ WIEACKER, Franz. Idem. p.495

¹⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 76

¹⁷ O termo se refere à obra de Eros R. Grau, que o desenvolve a partir de Ruy Fausto: "O Estado põe o direito – direito que dele emana -, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado

o seu verdadeiro sentido na medida em que impactam o mundo real e os “bens da vida”, no momento de sua aplicação. Esta vida e seus “bens” é que, ao longo da história, assumem sentidos diversos. No sentido assumido pelo positivismo, em que se formaram os textos normativos que tomaram corpo através dos códigos, acabou por se traduzir no viés abstrato e patrimonialista¹⁸ que perdura até hoje.

Abstrato porque vê o sujeito não como pessoa “de carne e osso”, mas como uma ficção jurídica¹⁹, relevante apenas no momento em que assume uma posição jurídica reconhecida pelo sistema. É sujeito apenas com parte numa relação que leve a etiqueta daquilo que “interessa ao Direito”.

Esta relação é de regra patrimonialista, porque o sujeito apenas se torna relevante na medida em que é possuidor ou proprietário de bens materiais para deles poder dispor²⁰, e se inserir neste contexto abstrato da relação jurídica inserido em um contexto eminentemente econômico-liberal.

Contudo, já se verificam avanços²¹ ou, melhor dizendo²², mudanças, que

põe a lei torna-se direito posto (direito positivo). GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 43.

¹⁸ Vide CORTIANO, Eros Roberto. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do estudo do direito de propriedade*.

¹⁹ Neste sentido a lição da Professora Jussara Meirelles, referindo-se a este sujeito abstrato concebido no ordenamento civil brasileiro *com fulcro nos fundamentos basilares das codificações do século XIX*: “Na ordem jurídica, a pessoa é um elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito. Em outras palavras, é a técnica jurídica que define a pessoa, traçando os seus limites de atuação. Esse delineamento abstrato decorre, substancialmente, da noção de relação jurídica como base do Direito Civil. Em um sistema assente na estrutura formal da relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres.” MEIRELLES, Jussara. *O ter e o ser na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. p. 87-89 – Conquanto Meirelles se referisse ao código de 1916, o novo código não trouxe alterações significativas neste sentido.

²⁰ “O que movimenta juridicamente a pessoa codificada não são seus anseios, seus sonhos, suas necessidades pessoais, mas os interesses patrimoniais que representa. Circunscrita a essa verdadeira clausura, tem seus direitos reconhecidos e assegurados e seus deveres delimitados e exigidos na medida em que pretenda ou deva adquirir bens, administra-los ou transmiti-los.” MEIRELLES, Jussara. *Idem*. p. 92

²¹ No dizer de Tepedino, que em 2003 expunha: “Em certa medida, pode-se dizer que a tarefa do intérprete se mostra menos árdua do que há 15 anos, quando da promulgação do Texto de 1988. Naquele momento, não é exagero afirmar que a maioria dos civilistas lia a Constituição como um diploma pertencente a outro ramo do conhecimento, algo que não lhe dizia diretamente respeito, a não ser pela incursão (para muitos indevida, diga-se de passagem) do Constituinte na seara do

implicam na valorização do sujeito concreto, e no desenvolvimento, embrionário, do que Dussel chamou de “vida concreta de cada sujeito”²³, com base na repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil que implica fundamentalmente no reposicionamento em relação ao sujeito - não mais como mero pólo em uma relação jurídica -, de um ser abstrato e impessoal para a pessoa dotada de dignidade e concretude no seu universo existencial, em um plano acima dos bens materiais (e seu trânsito) que possa ter.

É nesta concepção que o Direito se ocupava primordialmente em listar, no intuito de exaurir, as hipóteses a antever a vida, em uma visão formalista calcada nos ideais do positivismo, e do liberalismo; aí também repousa a idéia de um sistema fechado que pretende encerrar em si mesmo, no conceito da autopoiese²⁴,

direito privado. Sob a pomposa expressão *Carta Política* podia-se identificar, com auxílio da semiótica, a ausência de força normativa dos princípios constitucionais. Hoje o cenário é bem outro. Não há civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar a interpretação construtiva da norma infraconstitucional. Subsiste, no entanto, com inquietante freqüência, uma postura cultural bizarra, consistente na adaptação dos princípios constitucionais às regras codificadas – e não o contrário -; o que acaba por negar, malgrado o reconhecimento retórico, o papel normativo da Constituição. Tal comportamento metodológico parece intensificar-se com a promulgação do novo Código Civil, que afinal representaria, para os nostálgicos do iluminismo, uma reconstrução de um sistema fechado e auto-suficiente, uma nova síntese ‘constitucional’ das relações de direito privado. Pode-se, contudo, esconjurar este espectro por intermédio da aplicação direta das normas constitucionais nas relações intersubjetivas, reunificando o sistema de fonte de acordo com a axiologia constitucional. Esta tomada de posição, liderada, de maneira até certo ponto surpreendente, na experiência brasileira, pela doutrina do direito civil, e prontamente encampada pelo Judiciário – leia-se, com especial ênfase, o STJ -, que se anteciparam às formulações da teoria constitucional, encontra todavia resistências na doutrina e na magistratura de graus inferiores.” TEPEDIDO, Gustavo. *Editorial*. Revista Trimestral de Direito Civil. v.14 abril-junho de 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

²² Para que não se confunda com avanço no sentido de progresso linear, como se a humanidade caminhasse rumo à perfeição progredindo a cada passo, numa visão positivista da história. O que se verifica, ao revés, são momentos históricos que refletem, no direito e em todos os aspectos da relação humana, influências econômicas, sociais, culturais e de poder, que compõem o quadro que se delinea em determinado momento histórico.

²³ DUSSEL, Enrique. *A ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. p. 93.

²⁴ No dizer de Guerra Filho, sistema autopoietico, primeiramente referenciado na Biologia pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para caracterizar os seres vivos como sistemas que produzem a si próprios, é aquele: “[...] onde há a (re)produção dos elementos de que se compõem o sistema e que geram a sua organização, pela relação iterativa (‘recursiva’) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do meio, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos.” GUERRA, Willis Santiago F°. *O Direito como sistema autopoietico*. In Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XXXIX Fasc. 163 – Jul-Set 1991 p. 186.

todos os aspectos da vida e das relações humanas.

Não que isso soasse absurdo à época, porque o Direito como fenômeno social, está relacionado ao seu momento histórico²⁵, que no Brasil, no momento da codificação civil de 1916, encampava plenamente os contornos de um Direito liberal-burguês associado aos domínios da aristocracia rural e do mercantilismo²⁶.

No momento histórico, em que proliferou a cultura codicista advinda da Europa continental, a vida e as relações tinham contornos mais simples e o mundo era, por assim dizer, mais estável²⁷; donde se pode, em tese, compreender que

²⁵ No dizer de Grossi, “[...] o direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou na pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios. É no interior dessa história construída pelos homens que se coloca o direito, ali e somente ali.” GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. p. 8.

²⁶ Orlando Gomes retrata este perfil da sociedade na feitura do Código de 1916: “[...] Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade, no conceito de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, tem a sua base fora das cidades. A influência da organização social do Brasil-colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por CLÓVIS BEVILÁQUA. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. [...] Esse predomínio viera da sociedade colonial, ‘dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática’, que criara uma forma de organização social infensa à politização. A emancipação política do país não modificaria fundamentalmente essa estrutura. A sua classe política seria constituída pelas famílias que detinham a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representantes, embora dela distanciadas, pelo pensamento, pela educação literária e pela cultura, os doutores, que agiam em defesa de seus interesses, por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder. Essa elite distante, que vivia obsessivamente com o pensamento fixado na Europa, cairia facilmente naquele idealismo utópico a que alude OLIVEIRA VIANA nas páginas lúcidas de sua obra sobre as instituições brasileiras. [...] Como a economia do país estava baseada na exploração da terra por processos primários e dependia do mercado externo, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada, impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador como exportador, tinha interesse vital na conservação desse sistema. Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente, - a burguesia agrária e a burguesia mercantil, - mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que vivia.” GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 28-29; 42.

²⁷ Grossi, ao considerar a questão de a idéia de código ser ou não ainda atual, tece considerações: “[...] a primeira concerne à rapidez da transformação social na civilização moderna. A transformação de ontem era extremamente lenta e podia prestar-se, também, a ser ordenada em categorias não elásticas, enquanto hoje a mesma rapidez frequentemente obriga o legislador a uma atividade febril, modificando o conteúdo de uma norma logo após tê-la produzido.”; “[...] A segunda concerne à complexidade da civilização contemporânea. Se é verdade que a codificação inaugurada em 1804 foi uma tentativa de redução da complexidade, é também verdade que se tratava de uma complexidade reduzível (mesmo se, no final, a tentativa não chegou perfeitamente ao seu objetivo e o Código acabou por nascer “velho”). Hoje a situação é incredivelmente diferente, com fronteiras das dimensões econômicas e tecnológicas que continuamente alargam-se, modificam-se, complicam-se.”

naquele momento se admitisse a possibilidade de tal previsão de completude. Todavia, deste momento histórico do Direito continental europeu e do positivismo restou uma cultura jurídica como herança, onde o que se destaca no Direito brasileiro é a primazia da lei e a casuística como principal meio de formação das leis e regulamentos que conferem uma sensação de segurança e estabilidade.

A suposta segurança baseada na legalidade assume um grau excessivo que acaba por se caracterizar em uma “legalotria”²⁸ e uma insistente idéia de que Direito e justiça emanam do poder estatal e se encerram como sinônimo de lei²⁹; como se o legislador pudesse transmutar em sagrado o que padece de vício substancial, pela impossibilidade de antever a vida em sua complexidade.

O que se reclama é o desenvolvimento de uma racionalidade material e

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. p. 141-142.

²⁸ Segundo GROSSI, “A lei vazia era uma espécie de sapientíssima forma dentro da qual um legislador onisciente, infalível, onipotente, poderia hospedar qualquer conteúdo que desejasse. O ordenamento jurídico, resumido em um grande esqueleto legislativo, admitia um só cordão umbilical, aquele com o poder, o único de onde pudesse retirar vitalidade, nutrimento, efetividade, não reconhecendo nenhum outro que representasse a complexidade da sociedade. Em uma ordem como essa, legicêntrica e legolátrica, o supremo princípio constitucional passa a ser o de legalidade, que funje como precioso fecho; e torna-se evidente o fato de tratar-se de uma legalidade concebida em sentido estreitíssimo como respeito da forma-lei; torna-se claro, por isso, que é legalidade, seja o respeito da lei que proíbe o homicídio (com toda a sua carga ética), seja o respeito da lei que sanciona o primado de uma raça sobre a outra e impõe diminuições da capacidade para os pertencentes a um *ethos* considerado inferior. Desse modo, o princípio de legalidade perde todo seu valor de garantia, passando a representar somente o fosso intransponível que circunda e fecha de modo perfeito o mítico castelo, já edificado dessa forma. Seria interessante se os legalistas inconscientes, legalistas a qualquer custo, finalmente se dessem conta de tudo isso.” GROSSI, Paolo. *Idem*. p. 93.

²⁹ Para ilustrar a contemporaneidade (ainda) destas idéias, Humberto Theodoro Júnior, em recente artigo intitulado “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica”, combate duramente o uso das cláusulas gerais e normas de caráter aberto, alegando ameaça à instabilidade e à segurança jurídica, nos seguintes termos: “Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender...”; “O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a idéias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas).” THEODORO JUNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 4.

intersubjetiva, em um sistema de tessitura aberta que privilegie os princípios e valores insertos na Constituição, tendo como primazia a tutela e promoção da pessoa humana, representada em um sujeito concreto que sente e vive o Direito, não como pólo de uma relação de tráfico de bens materiais, mas na compleição de sua condição humana e de cidadão.

As cláusulas gerais aparecem no ambiente normativo, no Direito comparado, em especial no Direito alemão, e no Direito brasileiro, de forma tímida e esparsa, em pouquíssimos preceitos, mas que ao longo dos anos tem tomado corpo e importância, a partir da própria Constituição, do Código do Consumidor e agora ao ponto mesmo de serem festejadas como instituto que inaugura um novo momento paradigmático com o advento do código de 2002.

Esta constatação, contudo, deve ser acompanhada da necessária observação de que as cláusulas gerais como técnica legislativa, em si, não trazem grande novidade ao meio jurídico, mas é o seu conteúdo, ou seu papel na releitura dos conteúdos, que pode fazer a diferença em um sistema fundado em princípios e valores.³⁰

A racionalidade do passado ainda se sente presente de maneira muito forte e, certamente, o momento que se vive tem os contornos do que será retrógrado e ultrapassado no futuro.³¹ Mas, nesta dialética entre passado e futuro, e na

³⁰ Neste sentido, Tepedino já anotara: “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momentos. Entretanto, as cláusulas gerais, se utilizadas como nos códigos do passado, pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas. Percebe-se aí a diferença fundamental entre a cláusula geral admitida pela Escola da Exegese – e proposta novamente por esta espécie de neo-exegese que hoje se apresenta, na esteira do Projeto de Código Civil -, e a técnica das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade, que reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional.” TEPEDINO, Gustavo. *O Código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil Constitucional*. p. 10.

³¹ Michel Miaille expõe com clareza esta idéia: “O mundo jurídico não pode, então, ser verdadeiramente conhecido, isto é, compreendido, senão em relação a tudo o que permitiu a sua existência e no seu futuro possível. Este tipo de análise desbloqueia o estudo do direito do seu

compreensão do caminho de chegada, busca-se aqui formar a base para se compreender o presente e talvez vislumbrar pequenas réstias de luz do que se pode esperar do futuro.

O que se pretende no estudo que se inicia é localizar e identificar momentos e significados deste fenómeno propalado como “inovador”, a partir de uma análise histórico-cultural, para mais adiante adentrar no aspecto técnico-conceitual, necessário a uma pré-compreensão técnica das cláusulas gerais, e continuar nesta trajetória até a contemporaneidade do Estado Democrático-Constitucional de Direito.

Dando início a esta jornada, no capítulo seguinte o objetivo é aclarar o entendimento acerca do desenvolvimento do Estado e de sua relação com o Direito, o liberalismo e o modelo constitucional.

isolamento, projecta-o no mundo real onde ele encontra o seu lugar e a sua razão de ser, e, ligando-o a todos os outros fenómenos da sociedade, torna-o solidário da mesma história social.” MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. p. 23.

CAPÍTULO 2 – O MODELO CONSTITUCIONAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: a casuística e os códigos como garantes da estabilidade e da segurança (jurídica)

As origens do Estado de Direito, e do Direito em si como emanante exclusivamente do Estado, podem ser percebidas no período oitocentista e na estratégia de formação do liberalismo europeu pós-revolucionário com base na dúlice crítica à revolução francesa, tanto no que se refere à instabilidade resultante de uma constituição dirigente com base nas pretensões dos indivíduos e das forças sociais no estabelecimento dos fins da sociedade, quanto no que se refere à instabilidade de um contratualismo permanente ameaçando os poderes constituídos.

Neste sentido, Fioravanti ressalta a necessidade que o liberalismo tinha de um estatualismo que se reflete nesta concepção europeia continental de Estado de Direito:

Na realidade, o liberalismo europeu tem necessidade de um estatualismo próprio, que se exprime na fórmula europeia-continental do Estado de Direito: de um lado “de direito” porque empenhado na tutela da sociedade e dos indivíduos das pretensões dirigentes dos poderes públicos; mas de outro lado também plenamente “Estado”, porque empenhado na defesa das instituições políticas das pretensões contratualistas da mesma sociedade civil.³²³³

O que se percebe é que o Estado de Direito, como concebido pelo liberalismo oitocentista, visava justamente à proteção da estabilidade propugnada

³² Os textos em língua estrangeira que, se seguem, serão de livre tradução.

³³ FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. p. 106: “In realtà, il liberalismo europeo há bisogno di un suo statualismo, che si esprime nella formula europeo-continentale dello Stato di diritto: da una parte ‘di diritto, perché impegnato nella tutela della società e degli individui dalle pretese dirigistiche dei poteri pubblici; ma dall’altra anche pienamente ‘Stato’, perché impegnato nella difesa delle istituzioni politiche dalle pretese contrattualistiche della stessa società civile.”

como meio ao “progresso” tranqüilo e seguro, a salvo tanto das pretensões do Estado quanto dos anseios da sociedade civil, que ameaçavam os ideais liberais.

É neste período liberal que aflora a separação Estado-sociedade, que segundo Fioravanti funciona em duas direções³⁴: protegendo a sociedade dos possíveis arbítrios do poder público (como reação ao que imperava no *ancién regimen*), mas, ao mesmo tempo, protegendo o poder público e as instituições dos “voluntarismos particulares, individuais e de grupo, operantes na sociedade civil”.

Forma-se a idéia de um “*statualismo liberale*” que visa dar estabilidade ao que o liberalismo europeu entende ser consequência da revolução, isto é, uma condição de instabilidade geral. A estabilização forjada pelo liberalismo parte do princípio de que as instituições políticas devam ter uma legitimação própria, derivada do contexto histórico-cultural, negando-se assim a sua autoridade e legitimação a partir do movimento constituinte revolucionário, do contrato social³⁵. A nação passa à base sólida e estável das instituições políticas, entendida não mais como resultado do poder constituinte, mas como uma realidade histórico-natural.

³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Idem. p. 106: “nel proteggere la società e gli individui dalle invadenze del potere pubblico; ma anche nel proteggere gli stessi poteri dalle volontà particolari, individuali e di gruppo, operanti nella società civile.”

³⁵ Nestes termos, o legado de Rosseau: “[...] Portanto, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as que existem, não possuem outros meios para se conservar senão formar, por agregação, um conjunto de forças, que possa levar à resistência, empregar um único móvel e fazê-los agir em conformidade com eles. [...] mas sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como se comprometer sem se prejudicar e sem negligenciar os cuidados que deve a si ?” ou seja, “*Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes.*” E este é o problema, segundo Rousseau, para o qual o contrato social fornece a solução. O pacto social pois se reduz aos “seguintes termos: *Cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo.* No mesmo instante, em lugar da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantas vezes a assembléia possui, a qual recebe deste mesmo ato sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade. Esta pessoa pública, que se forma assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de *Cidade*, e toma agora o de *República* ou de corpo político, que é chamado, por seus membros, de *Estado*, quando é passivo, *Soberano*, quando é ativo e *Poder*, quando comparado a seus semelhantes. Em relação a seus associados, estes tomam, coletivamente, o nome de *Povo*, e se chamam, particularmente de *cidadãos*, como participantes da autoridade soberana e *súditos*, quando submetidos às leis do Estado.” ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: Princípios do direito político*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. p. 31-33.

O liberalismo, como assevera Fioravanti, ataca o individualismo revolucionário em duas frentes: contra a constituição dirigente, se faz *“paladino das liberdades civis chamadas negativas”*³⁶, mas também procura anular a liberdade primeira, “positiva”, compreendida no direito dos indivíduos coletivamente decidirem sobre os aspectos da ordem política do Estado. É o levante contra a concepção jacobina de povo, como *“universalità dei cittadini viventi.”*

Na busca incessante pela estabilidade e segurança, o liberalismo reforça então a idéia de que os poderes públicos não dependem de um contrato social popular, mas na realidade existem independentemente da sociedade, naturalmente, como um *“produto orgânico da história das nações”*.

Este cenário é justamente o panorama conjuntural retratado por Judith Martins Costa:

Na base da conjuntura formadora do sentido social da segurança jurídica como previsibilidade e certeza dos atos estatais, estavam a radical separação entre a sociedade e o Estado [...] Estava, ainda, a equação segundo a qual segurança era certeza da previsibilidade e essa certeza se traduzia em confiança: a lei, abstrata e geral, minudente em seus comandos repressivos, preveria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor ‘justiça’.³⁷

A interpretação deste momento passa pela compreensão de que, no contexto histórico então vigente, o estabelecimento de um sistema abstrato e que assegurasse a garantia de um espaço de liberdade³⁸, então compreendido como a

³⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Idem p. 107: “paladino delle liberta civili, cosiddette negative”.

³⁷ COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. p. 114.

³⁸ Uma liberdade e igualdade abstratas, condizente com o Estado de Direito que se implantava, no dizer de Silveira Ramos: “Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a e a concepção do homem como sujeito abstrato,

não intervenção do Estado nas relações privadas, tinha o condão de congregar os interesses da burguesia que, nada obstante catalisadora da revolução, aspirava a um quadro de segurança para poder seguir prosperando sem as arbitrariedades do *ancien régime*, mas igualmente sem a ameaça da instabilidade.

Esta conjuntura de forças e interesses se reflete no fortalecimento do Estado como instituição histórico-cultural, e não como resultado de um modelo formado na sociedade no momento revolucionário. Ao mesmo tempo em que destaca o Estado da sociedade, negando-o como produto da revolução, o mantém encerrado com o tabu de um espaço de liberdade privada intocável. A partir daí, a migração do monopólio legislativo para o Estado tem forte impacto na formação do Estado de Direito, no estabelecimento do modelo constitucional continental e na contenção do judiciário, até então braço do *soberano* e que, portanto, agora deve limitar-se à boca da lei, na consolidação da *legolatria*, tendo a casuística como modelo central.

O liberalismo europeu oitocentista procura, então, colocar o Estado no centro emanante do Direito, a refutar a ameaça dos poderes constituintes, enquanto determinantes das instituições políticas. Daí a necessidade de uma constituição rígida, diversamente das constituições liberais “puras”, por assim dizer, em geral flexíveis.

Daí a preeminência dos códigos e da administração pública, como ícones representantes da conclamada estabilidade e segurança, preciosa ao liberalismo para manutenção do estado de coisas. Daí também advém a herança cultural, que sobrevém da centralidade dos códigos, e o estabelecimento da legalidade e da casuística como sinônimo de segurança jurídica, certeza do direito e princípio da confiança.

Fioravanti dá a tônica explicativa para esta transmigração de

como os postulados fundamentais do Estado de Direito. Na sumarização de Pietro BARCELONA, o Estado de direito é o Estado da *legalidade* e da *liberdade*, dos indivíduos livres e iguais: livres para agir e iguais diante de uma lei igual para todos porque geral e abstrata.” RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, In FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. p. 4

um modelo revolucionário dirigente e contratualístico a um modelo estatalista liberal, com a sociedade separada do Estado, e este no centro do Direito; um modelo fulcrado na legalidade como sinônimo de segurança e confiança, que iria conformar uma cultura positivista e legalista a ponto de entre a legalidade e a justiça, prevalecer aquela porque sinônimo também de justiça:

Em síntese: enquanto nos Estados Unidos os direitos estão na constituição, e o arbítrio pode emanar dos poderes do Estado, na Europa continental os direitos estão no Estado, e o arbítrio é aquele que pode emanar dos poderes constituintes, do contrato social, da constituição como fruto da vontade dos indivíduos e das forças sociais.³⁹

Para o liberalismo europeu que se formava, a ameaça não estava propriamente no Estado, visto que, desde que este não se “intrometesse nos negócios” do mercado, o Estado torna-se agora instrumento de proteção dos ideais liberais contra a pior ameaça: os indivíduos e as forças sociais.

Fioravanti ressalta a importância desta reviravolta, de consequências nefastas, onde o Estado galga a independência e existência autônoma e abstrata, separado da sociedade, e “todos os discursos liberais oitocentistas sobre direitos e sobre liberdades tendem a deslocar-se mais para o entorno do Estado e do seu Direito, que para o entorno da constituição.”⁴⁰ Isto porque a constituição passa a existir praticamente como instrumento de organização do Estado e os discursos sobre liberdades e direitos se restringem à liberdade civil, como autonomia privada que garanta à sociedade burguesa o direito de ditar suas próprias regras, sempre

³⁹ “In sintesi: mentre negli Stati Uniti i diritti sono nella costituzione, e l’arbitrio può provenire dai poteri dello Stato, nell’Europa continentale i diritti sono nello Stato, e l’arbitrio può provenire dal potere costituente, dal contratto sociale, dalla costituzione come frutto delle volontà degli individui e delle forze sociali.” FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*. p. 111:

⁴⁰ “Le conseguenze di questa svolta sono di una portata incalcolabile perché, su questa base, tutti i discorsi liberali ottocenteschi sui diritti e sulle libertà tendono a dislocarsi più attorno allo Stato ed al suo diritto, che attorno alla costituzione”. FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*. *Ibidem*:

legitimadas pela legalidade estatal, tendo como centro emanante do Direito o Estado.

As conseqüências desta centralidade do Estado e do formalismo, que assegura a validade da lei, não importando o seu conteúdo, segundo Fioravanti, mais tarde confeririam a legitimidade (formal) aos Estados totalitários que se ergueram, tendo por base esse sistema legal, e que iriam culminar nas tragédias que assolaram o século vinte. Somente após a segunda guerra, as constituições dirigentes iriam ganhar relevo na formação do Estado Social e na reconstrução dos regimes democráticos.

A fonte primaz do Direito⁴¹ encerra-se no Estado e ao estabelecer-se no Estado, por conseguinte, encerra-se na lei que tem seu instituto maior agora no Código Civil, além da própria administração pública.⁴² O Código Civil adquire a centralidade da sociedade civil⁴³, regulando as relações interpessoais e as relações de apropriação e troca, e garantindo a separação plena entre o público e o privado, mantendo a sociedade (burguesa) a salvo das intervenções do Estado e ao mesmo tempo protegida da massa popular como fundante da ordem estatal (vez que o Estado encontra sua legitimidade na ordem histórico-cultural); se estabelece, portanto, tanto como o instrumento de oposição ao *ancien régime*⁴⁴, ao par da

⁴¹ Configurando ainda os direitos e liberdades abstratos fundantes do sistema liberal; direitos e liberdades não como hoje compreendidos, mas afeitos a uma independência da sociedade em relação ao próprio Estado, este figurando como ente organizador e como garantidor da supremacia da lei e do código, acima de quaisquer outras fontes.

⁴² “La rinnovata centralità dello Stato, al posto di quella della costituzione, si esprime ora, in pieno ottocento, in due direzioni fondamentali...: il codice civile e la pubblica amministrazione” FIORAVANTI, Maurizio. Idem. Ibidem :

⁴³ Fioravanti aponta o código civil, então estatuído, tendo uma centralidade típica de “constituição do homem comum”, todavia não no sentido que hoje se confere às constituições, com um núcleo axiológico de defesa dos direitos fundamentais, mas no sentido de fundadora e mantenedora da ordem privada, que se estabeleceu na época em dois universos distintos, o *ius privatum* e o *ius publicum* sem que um invadissem a esfera do outro.

⁴⁴ Canotilho comenta a expressão *ancien régime*, no sentido da ruptura que se deu a partir da Revolução Francesa, no estabelecimento de uma nova ordem: “Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os *direitos naturais dos indivíduos* – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integrantes de uma qualquer *ordem jurídica estatal*. Os direitos do homem eram *individuais*:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quanto mantenedor do *status quo* que se concretiza na ordem liberal e por meio de um estatualismo liberal.

O Estado passa a exercer um papel atrator do Direito como um todo, desde o Direito Público, inerente à sua condição, e o privado também emanante do Estado, sistematizado no Código, que rapidamente assume um lugar de relevo. O Direito torna-se “o Direito positivado do Estado”, cada vez mais se aproximando dos princípios daquele “estatualismo liberal”. O Código Civil, a lei do Estado, passam a representar a segurança e a certeza, a confiança na justiça, em um sistema “fechado e autosuficiente, que os juízes não podem e não devem heterointegrar”⁴⁵.

[...] graças ao código, o liberalismo europeu pode finalmente pensar o *direito positivo do Estado* como um direito certo e estável – a célebre certeza do direito – que os juízes aplicam de forma segura, garantindo aos indivíduos as posições (direitos) jurídicos subjetivos fixados na lei. [...]⁴⁶

todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os *privilégios* do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lorde”. A expressão póstuma – *ancien regime* – mostra claramente isto: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5a ed. p. 57

⁴⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Idem. p. 113: “In una situazione di grande instabilità come quella francese postrivoluzionaria, il codice assume ben presto un ruolo di assoluto rilievo, nel senso che in esso si condensa al massimo grado l’aspirazione liberale alla stabilità. Si attenua quindi sempre più il legame con la Dichiarazione dell’89, e con esso l’immagine del codice come prodotto dell’individualismo rivoluzionario... e prevale... sempre più l’altro lato del codice stesso, ovvero l’immagine di uno Stato sovrano, forte ed autorevole, che proprio con la codificazione civilistica è stato finalmente capace – o si presume tale – di rompere con il vecchio sistema delle fonti di diritto, di abrogare radicalmente, di creare un sistema normativo conchiuso ed autosufficiente, che i giudici no possono e non devono eterointegrare.”

⁴⁶ FIORAVANTI, Maurizio. Idem. Ibidem.”grazie al codice, il liberalismo europeo può finalmente pensare al diritto positivo dello Stato come ad un diritto certo e stabile – la celebre certeza del diritto – che i giudici applicano in modo sicuro, garantendo agli individui le posizioni giuridiche soggettive fissate nella legge.”; e vai mais além: “Ma c’è di più. Il valore fondamentale della certeza del diritto incorporato nel codice s’impone, proprio nella logica di fondo dello statualismo liberale, prima di tutto nei confronti delle costituzioni e delle Dichiarazioni dei diritti, troppo flutuanti e quindi inaffidabili, troppo dipendenti dalle scelte politiche prevalenti nel corpo costituente.”

A constituição não chega a se estabelecer como lei maior, entendida hierarquicamente no sentido hoje concebido. A fonte determinante do Direito está no Estado e na Lei. O Código aparece como o instrumento regulador da vida privada, que se coloca na posição de defensor (contra as incursões do próprio Estado) e dos direitos traçados pelos ideais do liberalismo. O culto ao Código chega ao ponto em que este é que deve ser defendido, inclusive de novos rompantes revolucionários e princípios re-fundantes, tidos como conjunturais e reflexos de uma escolha política momentânea, sujeita a alterações, e que de certa forma ameaçam a segurança jurídica e a “certeza do direito”.⁴⁷

Ao colocar a lei do Estado no centro do sistema das fontes do Direito, o liberalismo põe a constituição como “*frame of government*”⁴⁸, instrumento de organização do Estado, afeito à esfera do *ius publicum*, antes que um ato autêntico de fundação e tutela dos direitos e das liberdades com supremacia sobre todo o ordenamento jurídico.

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Idem. p. 114: [...] e ao invés são estes (os direitos), agora com o código, armados de um sistema normativo finalmente fechado e auto-suficiente, que devem ser defendidos das intromissões daqueles princípios constitucionais que refletem a opção política do momento, e assim ameaçam a certeza do direito garantida pela lei do Estado. Em uma palavra, à *tutela dos direitos garantida pela constituição, vem em substituição a certeza do direito garantida pelo código e pela lei, pelo direito positivo do Estado*. “...e sono invece quest'ultimi, ora armati con il codice di un sistema normativo finalmente concluso ed autosufficiente, a dover essere difesi dalle intrusioni di quei principi costituzionali che riflettono le scelte politiche del momento, e quindi minacciano la certezza del diritto garantita dalla legge dello Stato. In una parola, alla tutela dei diritti garantita dalla costituzione si sostituisce la certezza del diritto garantita dal codice e dalla legge, dal diritto positivo dello Stato.”

⁴⁸ Em alusão ao que mais tarde foi estabelecido na Pensylvania, quanto William Penn estabeleceu o contrato assim denominado. “A Pensylvania foi povoada por suecos em 1637, passando depois a mãos holandesas. Em 1681, William Penn obteve do rei Charles II a concessão de uma grande extensão de terras, com autorização para vendê-las em parcelas e estabelecer um sistema de governo, que estaria sujeito à aprovação da Coroa. Penn é descrito como um visionário, que considerava seu projeto como uma “experiência sagrada”, onde quacres e outros perseguidos pela intolerância religiosa poderiam encontrar refúgio. De fato, América revelava-se como um território aberto, onde holandeses, suecos, franceses, espanhóis e ingleses conviviam sem demasiados conflitos e as religiões incluíam congregacionalistas, presbiterianos, batistas, luteranos, quacres, católicos e anglicanos. Penn assinou com os seus colonos um contrato denominado Frame of Government, que determinaria as bases da nova colônia.” In CARRILLO, Carlos Alberto; SANTOS, Gerson Pereira dos. (Coord). *Memória da Justiça brasileira*. v. 2 cap. 5 – publicação eletrônica: http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume2/cap5.htm

Talvez daí decorra o legado, já praticamente superado, de que a constituição não devesse ser aplicada diretamente, servindo apenas como orientação à formação das leis; daí as infindáveis discussões sobre a efetividade dos princípios como norma de Direito, dos princípios inseridos em preceitos constitucionais como norma cogente aos quais as leis devam adequar-se e a clássica separação entre Direito Público e Privado, entre Direito e moral. A relação do Direito com os princípios e a moral será tratada em capítulo posterior. Por ora, importa ainda prosseguir na compreensão do liberalismo, do positivismo e do formalismo, e sua relação com a formação do *Code* e do sistema de códigos como redução da complexidade e legitimação de um sistema monista emanante do Estado, que mesmo com a crise, após as grandes guerras, e o surgimento do Estado Social de Direito, resiste como ícone de uma racionalidade formal que insiste em se manter.

CAPÍTULO 3 – DA ERA DAS CODIFICAÇÕES: o *Code* e a formação do sistema de códigos como redução da complexidade e como instrumentos do liberalismo.

O Estado, a partir da Revolução Francesa, assumiu características centralizadoras, em especial no período jacobino onde o culto ao *Code* passa a ser o reflexo da ânsia pela certeza jurídica, com base em um legalismo abstrato e rígido. Aí se situa a passagem do jusnaturalismo ao juspositivismo. Somente com a Revolução é que se pôde conceber um ordenamento que unificasse toda a regulamentação civil.

Segundo Paolo Grossi⁴⁹, não se pode fazer uma comparação genérica entre os códigos pré-napoleônicos⁵⁰ e o *Code Civil*, isto porque a realidade daquelas normatizações não tem relação com a concepção de código pós-revolução e com a influência do iluminismo, como fonte primaz a reger as relações civis, e como uma nova forma de se pensar o Direito, dentro de uma lógica cientificista-racional, que pretendia captar a essência das coisas, com o fim de construir um instrumento perene com pretensões universais e de normatização geral.

O código, em seu momento próprio, reflete a novidade de um tempo histórico eivado de rupturas e que, em relação ao absolutismo do *l'étà c'est moi*, representa uma grande mudança.

⁴⁹ GROSSI, Paolo. Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica "in" Atti dei convegni Lincei 221 (convegno "Il bicentenario del codice napoleonico", Roma, dicembre 2004), Roma, Bardi Editore, p. 20.

⁵⁰ Até porque não eram códigos no sentido em que hoje são concebidos. Segundo Grossi, o termo código, em si, é utilizado em diversas épocas, mas não neste sentido de um texto unitário e sistemático, e sim como tentativas de consolidar a complexidade e pluralidade de normas, apenas reunindo-as, formando um aglomerado ainda complexo e desconectado. Neste sentido ele explica que somente seria possível relacionar o Código Napoleônico e os códigos anteriores (em seqüência – "Hammurabi, Teodósio II, Giustiniano I, Gregório IX, Luigi XIV, Federico II"), em uma perspectiva genérica e meta-histórica dos códigos, considerando-os como tentativas sistematizatórias do direito em sentido lato e genérico. Isso porque, se partisse de uma análise histórico-jurídica, essa mesma conclusão não seria possível, pois as codificações pré-napoleônicas pouco ou nada tinham a ver com essa novidade absoluta no plano das fontes: o Código Civil de 1804, criado num momento de ruptura com a ordem antiga, originário de um legislador vigoroso, com pretensão de organização das fontes da vida civil. GROSSI, Paolo. *Idem. Ibidem.*

O iluminismo e seus ideais racionalistas influenciaram a formação de um código geral que pudesse consolidar todas as normas de forma clara e em um corpo único. O *Code Civil*, não obstante seja resultado do projeto de dominação de Napoleão, reflete este momento de amadurecimento influenciado pelo projeto iluminista e pela Revolução. Nada obstante os ideais da Revolução, de liberdade, igualdade e fraternidade, o *Code* se torna um instrumento de dominação que passa a simbolizar o próprio Estado e o positivismo jurídico como escola ligada ao liberalismo e passa a simbolizar a manutenção do *status quo* e a defesa contra as incursões do Estado na vida civil, a proteger a classe burguesa dominante.

Isto porque, os clamores revolucionários após o ápice da revolução não tardam a arrefecerem-se, preponderando a necessidade de reconstrução do Estado. O *Code* surge ligado a este ideal de ordem e de estruturação como manutenção da estabilidade e da segurança a afastar a continuidade dos arroubos revolucionários que ameaçavam a consolidação do liberalismo.

A certeza legislativa que nasce do período jacobino deixa para Napoleão a herança do sistema legislativo, que este adota como projeto de formação do *Code Civil*, que será instrumento em suas mãos para consolidação do poder e do controle da vida civil, em consonância com os anseios da sociedade burguesa que visava à estabilidade após o período conturbado da revolução.

Napoleão logrou conceber o primeiro código no sentido atual, abrangendo todo o Direito Civil em um único instituto formado a partir de uma metodologia racional e um sistema ordenado e coerente, partindo de uma classificação geral em sujeitos e bens, irradiados a partir dos ideais da revolução e do iluminismo, mas com raízes jusnaturalistas.

O sujeito no *Code* reflete o homem do Direito natural, abstrato e universal, em um Estado laico, ligado à família como núcleo de formação da sociedade. A igualdade formal é a nota preponderante tanto em relação aos bens como aos sujeitos de direito. A relação se forma entre os sujeitos e entre os sujeitos e seus bens. A autonomia privada se torna o cerne destas relações, configurando a

liberdade formal e o patrimonialismo como instrumentos de manifestação do sujeito na sociedade.⁵¹

É o *Code* que rompe com o passado, no sentido de que se traduz em uma mudança radical de aplicação do Direito. O Direito passa a ser umbilicalmente ligado à centralidade do *Code*, sendo este a fonte soberana de normas a regular a vida civil. A antiga tradição e a pluralidade de fontes e de aplicação do Direito conforme as leis locais⁵² dão lugar a um sistema unitário e monista que passa a regular todas as relações da esfera civil, que envolvem a família, a propriedade, os contratos e as sucessões.

⁵¹ Esta concepção é criticada na atualidade porque privilegia o ter ao invés do ser, tal como se refere Meirelles, fazendo uso também das palavras de Fachin: “[...] A formulação da idéia categorizada de pessoa como sujeito de direito e que ensejou toda a configuração, que lhe deu o sistema clássico de direito privado, teve sua origem e fundamento na filosofia que precedeu e acompanhou a Revolução Francesa; em outros termos, o período do jusnaturalismo e do iluminismo. [...] Necessário assinalar, ainda, que o século XIX, em razão da forte influência do liberalismo que almejava o ‘mundo da segurança’, traduziu-se e período fecundo em codificações dos sistemas jurídicos. Essa busca incessante da ‘segurança’ dos textos escritos fez com que se difundisse a noção de Direito Civil identificada com o próprio Código Civil. [...] Com vistas a essa mesma segurança, o sistema passou a outorgar um título a um sujeito sobre um objeto; e, sob essa ótica, as codificações baseadas na concepção clássica (e dentre elas o Código Civil Brasileiro) têm como pessoa ‘o senhor da coisa, o senhor do espaço privado, [...] aquele que contrata, tem patrimônio e contrai justas núpcias’; nesse sentido todo o sistema é voltado à pretensa perpetuidade. Seguindo essa ordem de idéias, as relações jurídicas disciplinadas pelas normas contidas na codificação civil estabelecem-se não propriamente entre seres humanos, vez que seus interesses pessoais são suplantados pelos patrimônios, cuja valoração é marcadamente superior. Na concepção clássica do Direito Privado, a pessoa humana é valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal. Nesse sentido, o sistema alimenta o preconceito, desprezando aqueles que se mostram inadequados à moldura imposta. Entretanto, a positivação do direito subjetivo e a abstração do sujeito de direito trazem contornos de legitimidade à ordem impostas, atingindo-se, desse modo, o ideal proposto pela codificação.” MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. p. 93-95.

⁵² Conforme Hespanha: “[...] Nos jovens reinos medievais, nas cidades (sobretudo na Itália), nos senhorios e noutras corporações de base pessoal (universidades, corporações religiosas, corporações de artífices) existiam e continuavam em pleno desenvolvimento direitos próprios, fundados em tradições jurídicas romano-vulgares, canônicas e germânicas ou simplesmente nos estilos locais de normação e de resolução de litígios.” Hespanha ainda ressalta que mesmo a pretensão de validade universal do direito comum do Império teve que se dobrar diante dos regramentos locais, primeiramente fundada numa permissão ou reconhecimento tácito do Imperador, depois com base na idéia de que “o rei (ou a cidade) que não reconhece superior é como imperador no seu território” o que justificava a pretensão das grandes monarquias na Europa ocidental (França, Inglaterra, Sicília, Castela e Portugal) em não reconhecer nem a supremacia imperial, nem a obrigatoriedade do seu direito; por fim, “com base num texto do *Digesto* – a ‘lei’ *omnes populi* (D.,1,1,9), que se tornará central para a forma de conceber as relações entre direito comum e direitos próprios, acaba por se reconhecer que os povos têm, naturalmente, a capacidade de estabelecerem o seu próprio direito. HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. p. 142-143.

O Estado passa a regular as relações, não mais afeitas aos diversos direitos que coexistiam no medievo, nas quais nem mesmo o imperador interferia. O caráter abstrato das normas do *Code* implica na elaboração de teorias unificadoras sobre os temas insertos no código, como a teoria geral dos contratos. Esta generalidade permite um controle por parte do Estado da esfera privada, além de exercer uma função, ao menos inicialmente, pacificadora com uma fonte referencial legal única.

Esta linha de concepção do Direito, fundado em teorias universalizantes, cumpre um papel simplificador, fazendo com que tudo o que se relacione com determinado tema esteja inserto em uma teoria geral, que visa conglobar todas as possíveis considerações sobre a matéria.

Neste sentido, o movimento de codificação para o Direito pode ser relacionado ao projeto cientificista da modernidade que buscava a redução da complexidade. Os códigos pós-revolução não se encerram em meras consolidações para redução das fontes com o fim de condensar as normas em um único compêndio, mas procuram *sistematizar* a matéria regulando-a tanto em linhas gerais, quanto na sua especificidade (particularmente os que procuram separar a matéria em uma parte geral e especial), com o fim de “traduzir” a complexidade, encerrando-a em um documento único que tem a pretensão de completude.

António Manuel Hespanha⁵³ ressalta esta finalidade na medida em que a complexidade passa por uma simplificação sintática, semântica ou pragmática.

Neste ponto interessa ao tema o tipo de simplificação sintática, que estaria relacionada a uma redução dos signos apropriados pelo Direito e se dá por processos de alienação ou amputação, com a supressão de signos supra-legais, como a moral e a religião e a adoção de um processo de “colonização do Direito”, para que somente um ou poucos ramos normativos sejam admitidos, por exemplo, a lei.

⁵³ HESPANHA, António Manuel. *Código y complejidad* "in" CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio* p. 149/164.

A simplificação, no entanto, pode dar-se tanto pela exclusão – como no caso de uma racionalidade sistêmica segundo Luhman, a qual, no dizer de Fachin e Ruzyk, pretende a “estabilização de expectativas, que, com a complexidade da vida concreta, poderiam, na ausência de uma racionalidade sistêmica, ser continuamente frustrada.” Esta seleção de demandas, por meio de presunções, acaba por criar um espaço de não-direito, pois “o que não está institucionalizado, não integra o sistema e, portanto, está por ele excluído.”⁵⁴

Esta racionalidade sistêmica nestes moldes, por exemplo, em relação à pessoa, acaba por transformá-la em sujeito parte de uma relação jurídica que atua como elemento de massificação e que, segundo os autores, acaba por transformar a pessoa em um “sujeito massificado, que só adquire relevância quando se insere em um dos diversos modelos, de relevância pontual, em dada situação jurídica.”⁵⁵

Este tipo de simplificação, no entanto não produz uma carga menor de legislação⁵⁶, mas gera uma normatização generalista que reduz a vida a enunciados normativos fechados que ignoram as desigualdades, reduzindo o direito (e as pessoas) à igualdade e à liberdade formais, aos quais, enunciados, a vida devesse se adaptar.

A partir daí o sistema tende a se fechar para impedir que a complexidade o repovoe, mas tende a permitir certa abertura, maior ou menor em diferentes sistemas, como “válvulas de escape”⁵⁷ de cunho principiológico⁵⁸.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil*. p. 95-96

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Idem*. *Ibidem*.

⁵⁶ Ao contrário, a tendência é a multiplicação de preceitos normativos na tentativa de prever todas as situações da vida e encerrá-las no texto normativo que, destituído da moral, deve representar a totalidade das relações humanas. É a impossibilidade de tal intento que conduz à inevitável previsão das válvulas de escape de cunho principiológico, a contragosto do processo de simplificação.

⁵⁷ Nas palavras de Hespanha: “Consecuentemente, el proceso de simplificación se realiza en los estrictos limites del derecho del Estado (*i.e.*, reconocido por el Estado), ahora cerrado sobre si mismo, aunque progresivamente dotado de aperturas a otros órdenes normativos, funcionando como válvulas de escape que disminuyen tensiones insoportables (como la invocación de la buena fe, de la equidad, del principio de prudencia común, del estado de necesidad y de todo un abanico de

A abertura do sistema, ao contrário, gera uma complexificação, como o que se dá com a adoção das cláusulas gerais⁵⁹. Esta complexificação ocorre no caminho inverso pela intensificação, particularização e pluralização ou por extensão (amplificação).

Neste sentido, o impacto normativo das cláusulas gerais (como “válvulas de escape”) tende a cumprir este papel de complexificação do Direito, com a reincorporação de alguns níveis normativos antes excluídos.

Esses níveis normativos podem ser reconhecidos nas tutelas dos direitos fundamentais, na recepção de princípios como a boa-fé, na funcionalização dos institutos de Direito Civil e na valorização de fenômenos sociais existentes nas comunidades locais defendida pelas escolas pluralistas de Direito, que foram suprimidos da apreciação no caso concreto, com o advento dos códigos e sua centralidade, bem como a supremacia da lei, e em determinado momento reduziram o juiz a mero repetidor do texto normativo.

Neste ponto da trajetória, uma melhor compreensão e distinção entre cláusulas gerais e outros conceitos normativos abertos, torna-se necessário e inevitável. As cláusulas gerais têm sido invocadas em múltiplos sentidos e em inúmeras situações, que muitas vezes não correspondem ao que se quer dizer.

De fato, o tema é tratado ora como técnica legislativa, ora como norma

cláusulas generales, típicas o atípicas). HESPANHA, António Manuel. *Código y complejidad* "in" CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio*. p. 151.

⁵⁸ O direito brasileiro admitia até pouco tempo praticamente a compleição apenas em face da lacuna, em caráter secundário, como preceitua o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que já representava verdadeira cláusula geral de integração legal, contudo relacionada à analogia e aos princípios gerais do direito que se extraem de forma endógena, a partir do próprio sistema e que, portanto, não se confundem com os princípios constitucionais, muito embora possa haver coincidência entre alguns deles.

⁵⁹ No entanto, um cuidado: no considerar que as cláusulas gerais cumpram esse papel de válvulas de escape, de evitar a idéia de uma retomada destes sistemas pretensamente compleiáveis baseando-se em que as cláusulas gerais teriam agora o condão de viabilizar tal modelo, na medida em que viriam complementar aquilo que lhes faltava, *i.e.* uma abertura de cunho principiológico. Conquanto se considere que a técnica de legislar mediante cláusulas gerais efetivamente propiciem entradas em um sistema que é preponderantemente fechado, seu papel, certamente não é o de viabilizar uma ressurreição daquilo que já se comprovou ineficiente e insuficiente para “traduzir” a complexidade e a pluralidade.

contida no preceito legislativo, ora como a própria norma que decorre da aplicação no caso concreto. Ademais, a forma de integração da norma aberta pode mesmo implicar a compreensão do alcance de uma *cláusula geral*. Nos capítulos seguintes este será o propósito, quanto possível, especificar e delimitar o significado e o alcance do termo e sua valoração, para uma possível apreensão do que pode vir a ser o seu papel.

PARTE II – ASPECTOS CONCEITUAIS E OPERACIONAIS

CAPÍTULO 1 – SIGNIFICADOS, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES: As cláusulas gerais e o pensamento sistemático no Direito

À primeira vista, o que se pode notar acerca das cláusulas gerais é uma contraposição praticamente diamétrica entre as técnicas legislativas que se operam pela casuística e pelas cláusulas gerais⁶⁰. Significa dizer que ao passo que a casuística procura antever o fato da vida que se traduza em um conceito legislativo abstrato, as cláusulas gerais deixam o reconhecimento da situação fática para o momento de aplicação, de concretização da norma, utilizando-se de uma *fattispecie* aberta e imprecisa que somente poderá tomar forma a partir da sua concretização.

Este aspecto interessa particularmente à compreensão da aplicação das cláusulas gerais e seu papel, no Direito Civil-Constitucional, que tem em seu significado também a concretização dos valores e princípios constitucionais irradiados para o Direito Civil.

O termo *cláusula geral* recebe inúmeras significações⁶¹, e corre-se mesmo o risco da banalização na medida em que onde tudo é tratado como cláusula geral, nada o será. Por outro lado há o risco do discurso velado da exacerbação do uso da técnica, quando de fato isto não ocorre, a bem da segurança jurídica e da estabilidade de um sistema que tem destinatário próprio em parte da sociedade que visa à manutenção do estado de coisas, tal qual se viu no período pós-revolução

⁶⁰ “O delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo da técnica de legislar mediante cláusulas gerais ao modelo da técnica de legislar através da casuística. O modelo da cláusula geral, portanto, seria o modelo da ‘não-casuística’.” COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. p. 296.

⁶¹ Muitas vezes vem confundido com conceitos indeterminados, conceitos normativos, conceitos descritivos, como observou English. ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. p. 188-189.

francesa na Europa continental⁶².

Decorre desta visão (da contraposição das cláusulas gerais à casuística) o entendimento de que as cláusulas gerais se estabelecem por processo legislativo, ainda que (*a contrariu sensu*) possam ser reconhecidas de forma interpretativa a partir da conjugação de normas postas de caráter constitucional, em especial de cunho fundamental, que implicam na impossibilidade de ignorar a existência de determinadas cláusulas gerais a partir da interpretação sistemático-constitucional do ordenamento vigente.⁶³

As tentativas de diferenciar as cláusulas gerais de princípios, expressos ou inexpressos, conceitos indeterminados e normas em branco, trazem inúmeras discussões⁶⁴, ansiedades e questões mal-resolvidas.

Não se pretende, no contexto do presente trabalho, extrair um conceito “inovador” para as cláusulas gerais, até porque, isto dependeria de uma outra tarefa que não se coaduna com a natureza e os objetivos propostos; nada obstante, cabe aqui a problematização no tocante à natureza das cláusulas gerais em relação aos princípios. Se as cláusulas gerais diferem dos princípios (e valores), e entendemos

⁶² Vide Parte I, Capítulo 2.

⁶³ Neste sentido o reconhecimento da cláusula geral de proteção dos direitos de personalidade, na dignidade da pessoa humana, conforme Szaniawski: “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III, do art. 1º [Constituição Federal], deve ser lido como uma verdadeira cláusula geral constitucional de tutela da personalidade. Este dispositivo combinado com o art. 12, do CC de 2002, que é uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, revelam ao operador do direito o *direito geral de personalidade* adotado pelo direito brasileiro, erigido ao lado de direitos especiais de personalidade, casuisticamente escolhidos e disciplinados pelo legislador.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. p. 559.

⁶⁴ MARTINS COSTA não admite a existência de cláusula geral decorrente de processo de interpretação, implícita no ordenamento, apenas expressamente positivadas. Afirma este ponto ao discorrer sobre a diferenciação entre cláusulas gerais e princípios, afirmando que uma cláusula geral pode conter um princípio e assim ser “ao mesmo tempo” cláusula geral e princípio, contudo não se poderia “extrair” uma cláusula geral a partir do processo interpretativo: “[...] não se pode pensar em ‘cláusula geral inexpressa’. Constituindo uma técnica legislativa, não há que falar em sua ‘implicitude’. Ou estão formuladas na lei ou não estão.”; também não admite que se confunda com um princípio, mesmo expresso, por considerar não ser possível pensar em uma cláusula geral que não realize o “reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a *standards*, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores sistemáticos ou extra-sistemáticos”, princípios estes, que não contém “vagueza semântica, nem sequer de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio.”

que sim, em que momento, e mediante que condições e critérios, um princípio se *transubstancia* em uma cláusula geral? Se entendermos que a diferença entre cláusulas gerais e princípios está em que aquela deva estar expressa (como se refere Martins Costa), então teríamos que entender que as cláusulas gerais não passam de princípios positivados; se entendermos que as cláusulas gerais apenas se referem a grupos restritos de casos, expressamente referidos, e que não se aplicam a outras normas ou ao sistema como um todo, teríamos que negar a existência de cláusulas gerais constitucionais, que vinculem todo o sistema (neste caso seriam *apenas*⁶⁵ princípios constitucionais); se entendermos que somente os princípios é que se referem aos aspectos fundantes do sistema, e não as cláusulas

⁶⁵ *Apenas*, porque, conquanto o discurso e os conceitos de princípios se refiram, no mais das vezes, a aspectos fundantes do sistema (como no conceito de princípio proposto por Celso Antônio Bandeira de Melo, supracitado), aos quais o sistema se vincula, verifica-se que, na prática, princípios, que antes já informavam o sistema, eram timidamente aplicados quando em contraposição a determinações legais, diante do caso concreto. Tal ocorre com o princípio da boa-fé. Sente-se que, conquanto já presente como princípio (ao menos em tese) basilar das relações contratuais, somente no momento em que passou a figurar de forma positivada no sistema é que ganhou a relevância que a ele hoje se dá, e passou a ser aplicado nas decisões judiciais de forma sistemática.; *Apenas*, ainda, no sentido de que os princípios (e muitos, ainda, assim pensam), salvo situações excepcionais, devam tão somente informar outras normas como diretrizes éticas a serem perseguidas, ou como normas programáticas, quer no momento de sua elaboração, quer no momento de sua aplicação. Neste sentido veja-se, por exemplo, os termos que Mota Pinto descreve a tarefa de interpretação das cláusulas gerais: “Mais difícil é, porém, a conciliação entre o irreprimível movimento para a difusão nas leis de cláusulas gerais (*standards*) e conceitos indeterminados e as necessidades de objectividade e, tanto quanto possível, uniformidade de julgados na aplicação do direito. [...] Na busca desta objectividade e uniformidade – já o dissemos – há, a nosso ver, uma fundamental distinção a fazer entre as cláusulas gerais e conceitos indeterminados directamente aplicáveis ao caso *sub judice* e aqueles cuja função é realizar um controlo ou sindicância sobre os resultados da directa aplicação de outras normas. No *emprego de cláusulas gerais e conceitos maleáveis* (*‘souples’* dizem os franceses) *directamente aplicáveis ao caso concreto* (p. ex., a cláusula da boa fé dos arts. 227.º, 239.º e 762.º do Código Civil [português]) deve o julgador considerar certos momentos racionais e denominadores objectivos, como o sentido objectivo da cláusula no ambiente social, a sua função, o conteúdo material ou de interesses da hipótese concreta, as conexões teleológicas da sua utilização (p. ex., na cláusula da boa fé dos arts. 239.º e 762.º do Cód. Civil, o fim do contrato), as concretizações da cláusula já feitas pela jurisprudência e os pensamentos jurídicos que as fundam. No *emprego de cláusulas gerais, que controlam ou sindicam o resultado da aplicação de outras normas* do ordenamento jurídico (p. ex., o abuso do direito do art. 334.º ou a moral do art. 4.º da Constituição de 1933 [que declarava ‘a moral e o direito’ como limites à soberania do Estado na ordem interna de Portugal]) torna-se necessário que o juiz reconheça a clamorosa e intolerável injustiça concreta do resultado a que, por aplicação da norma sindicada, se chegaria e tenha consciência do carácter excepcional do seu proceder.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3a. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 63-64; Nesta linha de pensamento bastante controversa, à qual não nos filiamos integralmente, as cláusulas gerais constitucionais (que impliquem na modificação do resultado de outras normas) somente seriam aplicáveis se a *injustiça fosse muito injusta* (clamorosa e intolerável), e ainda assim em carácter excepcional.

gerais, então não haverá cláusula geral que se refira a um princípio, mas sabemos que ocorre justamente o inverso, comumente as cláusulas gerais contêm princípios, e princípios fundantes dos sistema.

Nada obstante, como se disse, não é este o fim a que se dispõe o presente trabalho, o qual não tenciona dissertar completamente sobre a tecnicidade, a semântica ou as diferenças havidas entre este e aquele conceito, conquanto sejam questões necessárias que figurarão no seu contexto.

Parece, no entanto, claro que as cláusulas gerais, conquanto contenham, sejam equivalentes, ou sejam ao mesmo tempo princípios ou conceitos indeterminados, devem: a) estar, de alguma maneira, contidas no sistema jurídico, de forma que se possa inequivocamente distingui-las (ainda que de maneira interpretativa); b) submeter ao intérprete, no caso o juiz, a construção da norma no momento de sua aplicação, no caso concreto, em situações específicas ou a um grupo de situações, ou ainda como cláusula geral que abarque todo o sistema normativo⁶⁶; c) compreender uma atribuição valorativa dos seus termos⁶⁷, que implique em um juízo axio-principiológico, que se faça diante da situação concreta.

Por outro lado, sem retirar qualquer brilho e fundamento de opiniões diversas, parece guardar resquícios de um positivismo tardio, e ser por demais

⁶⁶ Neste aspecto, Martins Costa também não admite que as cláusulas gerais possam ser aplicáveis à totalidade do ordenamento, mas que estão “situadas sempre *setorialmente*, num certo domínio de casos.” Segundo a autora, se isto não fosse verdade “não teriam qualquer utilidade prática e importariam na mais completa assistematização do direito.” COSTA, Judith Martins. *A boa fé...* p. 342. Guardado o respeito e admiração pela obra da autora, o pensamento nos parece quando menos exagerado, haja vista a possibilidade, segundo *v.g.* Szaniawski e Tepedino, de cláusulas gerais constitucionais que incidem sobre a totalidade do ordenamento, como fundamento da República, a exemplo do conceito de dignidade da pessoa humana, aliado ao desenvolvimento da cidadania, erradicação da pobreza e redução das desigualdades, que podem ser vistos (em seu conjunto) como verdadeira cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana e dos direitos de personalidade, além do art. 12 do CC de 2002. Neste sentido, além de Szaniawski já citado: “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional brasileiro*. In _____. *Temas de direito civil*. p. 48.

⁶⁷ Aspecto que será tratado em capítulo posterior.

restritivo, compreender o conceito de cláusula geral somente de forma expressa (positivada), e que se refira a um limitado grupo de casos especificados no próprio texto da lei.

Pode se dizer sim, que é opção do legislador em conceber um preceito normativo aberto ou fechado⁶⁸. Aquele servirá à recepção de problemática não prevista no momento da concepção do texto, permeando o sistema em uma porosidade que se abre principalmente à complexidade (e à integração valorativa, que será analisada mais adiante).

À complexidade, porque se trata de reconhecê-la como elemento intrínseco das relações humanas, refutando a fórmula cientificista da sua redução e fragmentação do todo. Na ciência como aqui entendida, o todo é classificado em partes e na redução do todo se pretende, em partes menores, encerrar as teorias generalizantes que, em tese, se aplicarão ao corpo da matéria⁶⁹.

*As ciências humanas procuraram absorver este método*⁷⁰, e trouxeram para

⁶⁸ Nada obstante, a própria idéia de sistema pretensamente fechado já vinha sendo refutada mesmo no modelo que se tencionou desenvolver no positivismo jurídico. Neste sentido Freitas: “Especialmente com a queda do império da razão típica do século XIX e de parte do século XX – a razão monológica ou instrumental – e com o advento dos paradigmas da complexidade, mais e mais convém que o Direito seja visto como um sistema geneticamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente. Neste contexto, sem prejuízo do dever racional de efetuar uma ordenação sistemática mediante sinapses “desde dentro”, tal complexidade, para além das diferentes abordagens filosóficas, revela-se um dos pontos centrais a serem considerados na formulação do conceito de sistema jurídico.” FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3a. ed. rev. ampl. p. 49.

⁶⁹ Vasconcelos descreve o “paradigma tradicional” da ciência positivista a partir de três dimensões: a simplicidade - “crença em que, separando-se o mundo complexo em partes, encontram-se elementos simples, em que é preciso separar as partes para entender o todo” -, a estabilidade - “crença em que o mundo é estável, ou seja, em que ‘o mundo já é’ -, e a objetividade – “crença em que ‘é possível conhecer objetivamente o mundo tal como ele é na realidade’ e a exigência da objetividade como critério de cientificidade. Daí decorrem os esforços para colocar entre parênteses a subjetividade do cientista [...]” VASCONCELOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistemático: o novo paradigma da ciência*. p. 68-69; contrapõem-se a estas três dimensões aquelas que a autora enumera para descrição do que chama de “ciência novo-paradigmática”: a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade. *Idem*. p. 102.

⁷⁰ “As ciências humanas tentaram adotar o procedimento positivista, que vinha sendo tão fértil no campo das ciências naturais, buscando também o *status* de ciência. Foi o próprio Comte que criou o termo *sociologia* para se referir a essa ciência da sociedade humana, que deveria seguir o exemplo das demais ciências positivas e se desenvolver como uma ‘física social’. Assim, essa ciência deveria aplicar o paradigma das ciências da natureza, o único modelo de conhecimento universalmente válido, admitindo que não haja diferenças fundamentais entre o processo científico no domínio dos

o seu interior termos que advêm deste seccionamento. As classificações e conceitos inundaram a vida e as ciências sociais, e o Direito não ficou totalmente à margem deste fenômeno, ainda que se tenha procurado afastar dessa prática, predominantemente com base em um eixo epistemológico *histórico-cultural*⁷¹ e sociológico, todavia com grande carga positivista.

A casuística traz consigo a pecha de engessar o Direito, na medida em que pretende encerrar em figuras típicas situações que não podem ser contidas no texto tipificado, porque a tipificação exige a perfeita adequação da situação fática à hipótese contida no texto legal o que configura a subsunção do fato à literalidade textual. Daí que o Direito está sempre aquém da realidade social e não consegue traduzir e acolher as múltiplas manifestações humanas em uma sociedade complexa

fenômenos naturais e no domínio dos fenômenos humanos. Então, as ciências humanas procediam à necessária simplificação das complexidades com que se defrontavam, procurando identificar seus componentes e classificá-los. Reduzindo os fatos sociais a seus componentes observáveis, buscavam as regularidades de funcionamento dos fenômenos humanos, relacionando-os a diversos fatores, obtendo-se assim as leis de funcionamento da sociedade.” VASCONCELOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. p. 96.

⁷¹ “[...] as ciências humanas, não convencidas da especificidade de seu objeto (o homem), de sua problemática (os homens) e do espaço que ocupam entre os saberes - espaço que se caracteriza pela singularidade de algumas disciplinas que, tendo o homem como sujeito de uma prática cognoscitiva, tem-no também como objeto dessa mesma prática -, lançam mão, regularmente, dos pressupostos epistêmicos das ciências naturais para se justificarem como ciência por um lado, e para legitimarem suas *démarches* como *démarches* de uma racionalidade dotada de rigor e competência, por outro. [...] Eis a situação das ciências do homem, preocupadas em apreender o ‘método científico’, como se este, aprioristicamente existisse, o qual seria, ou o fornecido pelo eixo da ciência rigorosa (a física, as matemáticas) ou o fornecimento pelo eixo da biologia. [...] Como reação a esse tipo de posicionamento epistemológico, [...] aparecerá uma terceira variante epistêmica, ou seja, um terceiro eixo epistemológico: o eixo da *cultura* e da *história*. [...] Se a condição do homem é uma condição biológica ou natural, ela o é também, antes e em maior grau, histórica ou cultural. O mundo da cultura condiciona a experiência humana, suas manifestações, sua linguagem, razão pela qual somente uma ciência histórica, ou seja, histórico-cultural, poderá captar a complexidade dessa historicidade. Daí porque as ciências sociais não devem *explicar*, mas *compreender*, captando o *sentido* implícito às manifestações exteriorizadas ou interiorizadas pelo homem. [...] Dilthey se preocupou em inaugurar um tipo de positividade para as ciências do homem repudiando a busca dos cânones fornecidos pelas ciências naturais e separando os objetos passíveis de conhecimento causal-explicativo dos intelectíveis através de métodos histórico-compreensivos. Chega a afirmar que a busca de métodos não culturais, ao invés de contribuir para a definição da cientificidade das disciplinas humanas, funciona como um obstáculo à sua autodeterminação epistemológica. [...] Tais colocações, mais tarde, foram retomadas por Mannheim e Weber, além de outros, influenciando de grande modo o pensamento contemporâneo, desde a fenomenologia até o existencialismo e, de modo fundamental, a filosofia do direito, contribuindo para o nascimento do que se convencionou chamar, mais tarde, de culturalismo, corrente que congregou nomes como os de Cósio, Siches, Reale, Radbruch (e, de algum modo, Kelsen).” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. p. 32-33.

e em meio a um mundo globalizado, onde, a cada dia, surgem novas formas de relacionamento humano, antes não existentes, ou mesmo não admitidos.

Para exemplificar pode-se tomar o instituto *família* e suas variadas formas de estruturação, que não mais condizem com o modelo anteriormente aceito como único. Na casuística é necessária a previsão de todas as maneiras de formação de laços familiares encerradas em inúmeros *tipos*, e basta uma nova forma de manifestação de afeto e interdependência em laços familiares para que o Direito se mostre ineficaz, como de fato tem sido.

Neste sistema as discussões acabam por se traduzir em acrescentar ou não um novo *tipo* de relacionamento afetivo⁷² ao rol classificativo de *família*; o que efetivamente não dá conta da mobilidade e das variadas formas de manifestação afetiva e de interdependência que o ser humano produz.

A inclusão ou não de um determinado tipo de relacionamento humano, acaba por enfrentar as mais variadas formas de manifestação de antagonismos e dissensões acerca do que deva ou não ser erigido ao *status* de *família*; o que perpassa desde motivações patrimoniais, aspectos sócio-culturais, até os dogmas da igreja.

Mas há que se acrescentar que se as normas se apresentam como um dever-ser, um imperativo, um permissivo, ou ainda um caráter atributivo (de direitos), para os quais nem sempre se aplica a idéia de um conceito aberto, a casuística não

⁷² Sobre o afeto como elemento de reconhecimento da relação familiar: “[...] examinar o papel jurídico do afeto nas relações de família significa estudar um dos elementos sustentadores do modelo consagrado pela Constituição Federal. [...] com as transformações sociais que tiveram lugar no decorrer deste século [XX], também a família modificou-se e rumou na direção da divisão de funções fundadas nas capacidades individuais. A igualdade foi sendo gradativamente agregada à noção de família, tanto na esfera social como na jurídica. Tais modificações foram sentidas plenamente na esfera jurídica com a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.” CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. p. 308-309; “O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil...* p. 244; “Penso que a característica fundante da família atual é a afetividade. [...] Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.” LÔBO, Paulo Luis Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In p. 29-30.

é, em si mesma, a vilã de uma cultura jurídica que está muito mais afeita ao positivismo e ao modelo liberal que à técnica legislativa em si⁷³. Dito isto, tem-se que a concepção de um sistema calcado apenas em cláusulas gerais será de certo impossível (ou ao menos caótico). Tem-se, portanto, que a busca do equilíbrio talvez esteja na harmonização entre técnicas legislativas que congreguem tipos fechados e cláusulas abertas, sempre informados pelos princípios e valores que conferem unidade ao sistema⁷⁴.

Diga-se, aliás, que a idéia de que somente as cláusulas gerais possam cumprir o papel de vias de entrada no sistema que se quer aberto, está longe de ser a conclusão deste trabalho, pois o sistema em si não pode ser considerado fechado, mesmo num sentido epistemológico, considerando que sempre haverá lacunas e antinomias.⁷⁵

As cláusulas gerais permitem ao legislador deixar em aberto a concreção da norma, propriamente dita, o que somente se efetiva em momento diferido, ulterior à formação do texto legal, no qual a atividade judicial irá se estabelecer perante o caso concreto e as suas circunstâncias específicas. Estas circunstâncias, valoradas conforme o sentido que imprime o modelo constitucional, é que irão permitir uma interpretação sistemática conforme aqueles valores e princípios constitucionalmente estabelecidos. Ainda, há que se dizer que ao interpretar se considera a tarefa no seu

⁷³ Neste sentido ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento... p. 36 a 41.

⁷⁴ Neste sentido, Juarez FREITAS aponta a necessidade de que um conceito de sistema jurídico implica em uma “ampliada e ampliadora racionalidade intersubjetiva ou comunicativa” e que a noção que se busca deve “contrastar com todas aquelas que não se mostrarem aptas a cumprir o precípua papel de, na lúcida dicção de Claus-Wilhelm Canaris, traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.” FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. p. 27.

⁷⁵ “Destarte, resulta ultrapassada, numa compreensão evolutiva do sistema, uma série de concepções, a começar pelo chamado 'sistema externo'. [...] Ademais, a dicotomia 'interno' e 'externo' supõe um fechamento impossível de se admitir, eis que a ordenação dos conceitos e das categorias jurídicas não pode acontecer, apenas, desde o exterior, como se o conjunto de disposições fosse, em si mesmo, uma massa assistemática e caótica de prescrições. Em outras palavras, entende-se que a abertura supõe a preexistência latente de soluções admissíveis para as inevitáveis lacunas e antinomias. Certamente, não se está pensando aqui na abertura patrocinada pelas cláusulas gerais, senão que naquela abertura de natureza epistemológica, derivada da própria indeterminação, intencional ou não, dos enunciados semânticos em matéria jurídica.” FREITAS, Juarez. *Idem*. p. 36.

todo, na consideração da totalidade do sistema jurídico (de ordem axiológica), pois, no dizer de Freitas:

Todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico.⁷⁶ [...]

Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a *interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar casos concretos.*⁷⁷

Mas parece também importante que, ainda que o momento de formação da norma que advém do texto normativo seja o momento da sua aplicação ao caso concreto - inerente, em tese, a todo texto de lei⁷⁸ -, nas cláusulas gerais este é o

⁷⁶ FREITAS, Juarez. Idem. p. 47.

⁷⁷ FREITAS, Juarez. Idem. p. 54.

⁷⁸ Conforme Friederich MULLER – In LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 155-156 e ss.: “Muller contesta a estrita contraposição entre ser e dever ser, entre a norma e a realidade a que ela se dirige. Questiona, 'em vez de 'norma' e 'facto', a estrutura da normatividade jurídica, tal como se apresenta na aplicação prática do Direito. Daqui resulta para ele que 'não é apenas a injunção de dever ser, o programa da norma, que contribui para a decisão do caso, mas também, no que toca a uma série de tipos de normas, igualmente a estrutura substancial do âmbito de regulação, da parcela da realidade social relacionada com a norma, o domínio da norma'. Carece no caso singular, de concretização e esta é determinada através da estrutura material do âmbito regulado. 'O que consubstancia o conteúdo normativo do preceito é a estrutura básica das relações da vida a ordenar pelo programa da norma, que se constitui de modo sempre renovado em parte integrante da concretização da norma, através da actividade jurisprudencial. [...] A norma jurídica não poderia assim ser equiparada ao texto legislativo. Não seria nem 'acabada nem 'substancialmente' fechada sobre si própria'. [...] A norma, como diz Muller, só se torna 'norma de direito' com a sua concretização no caso, 'norma de decisão'. Completa-se como 'norma de decisão' quando resolve o caso, mas apenas para esse caso. 'Compreender' e 'aplicar' a norma 'à situação de facto' constitui um processo unitário de concretização, que não se consegue abarcar com as expressões 'aplicação' e 'subsunção' e que transcende a mera interpretação da norma. O processo de concretização encerra diversos 'elementos'. Nos 'elementos de concretização' distingue Muller dois grupos. Os do primeiro grupo referem-se à norma em sentido mais estrito, o texto da norma. A esses pertencem os métodos tradicionais de interpretação. O segundo grupo 'abarca os passos de concretização que decorrem da indagação do âmbito da norma do preceito a estabelecer, mediante pontos de vista materiais e dos elementos da situação de facto que a partir da pesquisa no processo de concretização, através de uma recíproca especificação, devem ser valorados como elementos que se manifestam como relevantes.

momento por excelência em que a norma se forma, sendo, portanto um instrumento muito mais efetivo na atividade criadora da norma por parte do juiz, afeita necessariamente ao caso concreto, e no momento judicial⁷⁹.

De fato, as cláusulas gerais permitem uma abertura mais franca do sistema e podem ser utilizadas como instrumento eficaz na recepção de valores e princípios que povoam o universo do Direito, na medida em que se vêem reconhecidas categorias antes, senão ignoradas, relegadas a um segundo plano, como a dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade, o patrimônio mínimo, a preeminência do afeto nas relações familiares. A importância deste aspecto está em que a sua função se torna útil na formação e recriação do Direito, ao dar novos significados aos significantes.

Recentemente⁸⁰ Martins Costa tratou sobre o tema das cláusulas gerais propalando sua intensificação no Código Civil e seu papel como instrumento de uma reconstrução do Direito privado, que teria à frente, um novo momento, com uma nova face, fortalecida a idéia de centralidade das relações particulares *a latere* do Direito público. A par desta concepção o que se vislumbra nesta “recriação” talvez não seja tanto uma reconstrução do Direito privado em si, mas uma perspectiva que vá além da dicotomia público-privado, e que transcende a idéia seccionadora de um Direito traçado sob a égide classificatória, pura e simplesmente.

Perlingieri⁸¹ aponta uma unidade do fenômeno social e do ordenamento

⁷⁹ Martins COSTA comenta este aspecto nos seguintes termos: “É evidente que em toda interpretação existe uma margem, mais ou menos relevante, de integração valorativa. Contudo, o grau de integração valorativa implicado na concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz, que inexiste, em medida similar, nas normas postas casuisticamente.” COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado...* p. 330 nota 167

⁸⁰ Conquanto o tema não seja novo e outros juristas já tenham tratado do assunto, como José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, que chegaram a propor uma cláusula geral de tutela da pessoa humana (*O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade* – 1980), a Professora Judith Martins Costa faz referência às cláusulas gerais como instrumento de reconstrução do direito privado, o que deixou bem evidenciado em seu artigo: *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, 1998.*

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional.* p. 52-53.

jurídico e que, por conta disso, cada instituto deve ser tratado e estudado tanto no que diz respeito aos seus aspectos públicos quanto nos seus aspectos privados. Isto porque “a própria distinção entre público e privado está em crise.” Segundo o autor já havia dificuldade em se fazer esta distinção por parte dos romanos, e que via de regra ela se estabelece ou por conta da natureza do sujeito que é titular do direito ou do interesse (sendo a natureza do sujeito de ordem pública o direito seria público), ou pela natureza (pública ou privada) da própria matéria (dos interesses).

Ele aponta, nesse mesmo contexto, que numa sociedade onde seja possa identificar claramente os espaços de liberdade dos indivíduos e a autoridade do Estado, é (talvez seja) possível discernir entre “a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público”, mas, numa sociedade como a que atualmente se vive, é particularmente difícil identificar um interesse privado que não tenha qualquer relação com o interesse público, que “seja completamente autônomo, independente, isolado”.

Acrescenta ainda que as dificuldade em se delinear as fronteiras entre o público e o privado aumentam também “por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermédia”⁸², como os interesses afeitos aos sindicatos e às comunidades.

Para Perlingieri melhor que falar em Direito Privado, seria o termo Direito Civil⁸³, que não guarda contraposição com o Direito Público e nem se refere, de forma excludente, ao Direito Privado. Esta posição melhor se coaduna com uma

⁸² PERLINGIERI, Pietro. *Idem*. p. 53.

⁸³ “Do Direito Privado ao Direito Civil. - Existem pontos de confluência tão precisos entre o privado e o público que seria mais correto falar de Direito Civil do que de Direito Privado. Não é somente uma mudança de etiqueta. O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. [...] A superação desta contraposição pode ter uma função explosiva no estudo do direito. Alguns direitos civis não encontram tutela, reconhecimento ou disciplina no Código Civil, mas, por exemplo, no Texto Constitucional. Alguns direitos ou deveres, que no plano das relações sociais e civis se traduzem em situações existenciais mesmo de relevância civilística, não encontram a sua disciplina no Código Civil, mas naquele Penal ou nas leis “especiais” do Direito Administrativo. Daí a confirmação da unidade do ordenamento.” PERLINGIERI, Pietro. *Idem*. p. 54-55.

idéia de sistema que não seja calcada pela relação entre as normas apenas de forma, destituída de conteúdo e que pretenda uma *unidade* estabelecida apenas por uma ordenação classificatória.

Neste sentido parece mais adequada a noção de sistema, segundo o conceito proposto por Freitas, como sendo:

[...] *uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*⁸⁴

Também este conceito permite (ainda que não plenamente) a apreensão, na concepção de um sistema aberto, de uma necessária compreensão da pluralidade e do pluralismo⁸⁵ como característica presente na sociedade e nas construções jurídicas, no sentido de que sua hierarquização tópica implica no reconhecimento

⁸⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3a ed. rev. ampl. p. 54; este conceito foi alterado por Freitas nesta edição, na primeira edição assim constava: “[...] *uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*” FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. p. 40.

⁸⁵ Pluralidade no sentido social e pluralismo no sentido jurídico, conforme Wolkmer cita Del Vecchio: “[...] o que cabe destacar nas formulações de Del Vecchio e que estas permitem avançar numa distinção conceitual entre ‘pluralidade’ e ‘pluralismo’. Assim, corresponderia à situação de ‘pluralidade’ a existência de muitos grupos sociais controlados e adequados pelo poder do Estado, enquanto o ‘pluralismo’ estaria associado exclusivamente ao domínio jurídico”; Wolkmer assim se refere ao pluralismo: “[...] Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de ‘monismo’, a formulação teórica e doutrinária do ‘pluralismo’ designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. O pluralismo enquanto concepção ‘filosófica’ se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a própria vida humana.”; Nada obstante, Wolkmer ressalta que o Estado não se reveste em única ordenação “jurídica” existente, mas convive com outras ordenações “ora em relação de coexistência social, ora em relação de luta”, e que “as ordenações sociais independentes podem até ser consideradas ilícitas pelo Estado, mas não perdem sua condição própria de juridicidade”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994. p. 175; 157-157; 173-174.

das diversas esferas, na sociedade, de produção da juridicidade, além do Estado⁸⁶.

Cumprido ao Direito (estatal - já que o Estado se arvora na sua monopolização), portanto, atender a esta multiplicidade de fontes e “sistemas jurídicos” que conflitam e co-existem na sociedade, incorporando-a, na concreta aplicação da norma oficial (aquela produzida no âmbito do Judiciário), à unidade axio-principiológica, constitucionalmente válida, segundo os valores e princípios do Estado democrático e na preeminência da promoção e proteção da vida e da pessoa concretamente considerada em seu *habitat* e seu meio histórico-cultural.

Diante da importância preponderante dos princípios (e valores) que conformam a unidade do sistema, é oportuno que se discorra acerca dos contornos destes institutos na concepção de um Direito que considere a moral e os valores como elementos precípuos de construção da ordem jurídica. É o que se pretende no capítulo a seguir.

⁸⁶ No que Wolkmer já apontava a crise e a necessidade de formulação de uma racionalidade que dê conta de incluir pluralidade social: “[...] a crise do modelo normativo estatizante propicia, gradualmente, amplas possibilidades para o surgimento de orientações ‘prático-teóricas’ insurgentes e paralelas que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista representado pela ideologia monista centralizadora. Por conseqüência, repensar a questão do ‘pluralismo’, nada mais é do que a tentativa de buscar uma outra direção ou um outro referencial epistemológico que atenda à modernidade em fins do século XX, pois os alicerces de fundamentação – tanto a nível das Ciências Humanas, quanto da Teoria Geral do Direito – não acompanham as profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades políticas pós-industriais e as sociedades de industrialização recente. A crise de racionalidade formas e as novas condições globais das forças produtivas capitalistas, que permeiam a complexa cultura burguesa de massas, estendem-se ao saber sacralizado e hegemônico das estruturas lógico-formais que mantêm os envelhecidos padrões de legalidade estatal.” WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.* p. 156.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO AXIO-PRINCIPIOLÓGICO DE DWORKIN

Para uma melhor compreensão da idéia de um Direito que considere a razão moral e filosófica, optamos pela obra de Dworkin⁸⁷ porque além de ser um legítimo representante dessa vertente, sua obra se contrapõe ao positivismo e enfoca o papel do juiz na solução dos casos difíceis.

Crítico das escolas positivistas e utilitaristas, Dworkin considera que uma teoria geral do Direito não pode separar o Direito como ciência descritiva da moral e da política jurídica. Assim, procura fundamentar a sua teoria nos direitos individuais, sem os quais, para ele não existe direito.

Por outro lado, como liberal que é, busca “reconstruir” o liberalismo, desgastado em seu tempo, fundamentando a filosofia liberal em bases mais progressistas e igualitárias, ressaltando o direito à igualdade, nada obstante em um contexto ainda abstrato de sujeito.

Sua obra é polêmica e muitos se limitam a rotulá-lo como “apologista do sistema americano” ou de “neojusnaturalista”. A par disso, sua obra é de extrema importância, uma vez que põe em cheque os pressupostos do positivismo e do utilitarismo, além de resgatar do conservadorismo, em um momento de desgaste, a filosofia liberal.

Dworkin traça um roteiro inicial acerca da evolução da teoria do Direito inglês e norte americano. Este é o ambiente em que ele está inserido, a *common law*. Parte da afirmação de que a doutrina dominante era até então profissional, o que se verifica inclusive no termo que utiliza (*lawyer*) para referir-se ao jurista, extraído dos estatutos (*statutes*) e decisões (*opinions*), uma suposta doutrina jurídica.

Aponta como problema central saber se os juízes sempre seguem regras,

⁸⁷ Ao lado de Dworkin, dentre outros, não se pode deixar de mencionar a obra de Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky que em muito contribuíram para a pesquisa e para a formação do atual estado da arte.

mesmo nos casos difíceis, ou se algumas vezes criam novas regras e as aplicam retroativamente. Ainda, verificando-se que apelam para princípios de justiça e política pública (no caso da Suprema Corte), se isso implicaria dizer que seguem regras de natureza geral e abstrata; e se assim for, o que as torna válidas?

Da idéia segundo a qual os juízes deveriam apenas aplicar as regras existentes, desencadeou-se a doutrina cética, ampliada nos anos 20 e 30, ao chamado “realismo legal”, que exigia uma abordagem científicista, voltada para o que os juízes fazem de fato, não no que dizem, afirmando que estes “tomam suas decisões de acordo com suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização.”⁸⁸.

Assevera que o problema não é apenas lingüístico, mas tem implicações na autoridade judicial, na obrigação moral e política do indivíduo em obedecer à lei, e o próprio princípio da democracia, daí que uma teoria do Direito adequada deveria responder essas questões de natureza moral.

Segundo Dworkin⁸⁹, as correntes “da abordagem profissional da teoria do Direito” fracassaram por esta razão, por ignorarem “que os problemas de teoria do Direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”. Daí decorria o sucesso e a importância do professor H.L.A. Hart, que segundo ele é um filósofo moral que “possui um instinto para problemas de princípio e uma lucidez maravilhosa para expô-los”.

A partir do dilema em se conceituar direitos e obrigações jurídicas, Dworkin rejeita a idéia da teoria mecânica do Direito e dos nominalistas, que pretendem ignorar a existência real de direitos e obrigações como se estes fossem ficções, e defende a idéia de como devem ser usados os termos “direito” e “obrigação”: do modelo de “funcionamento real” das instituições jurídicas, em especial dos tribunais.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 7.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 12.

90

Dworkin considera a doutrina de Hart a mais apurada do positivismo, não obstante rejeita tanto as doutrinas positivistas quanto as utilitaristas, e sua crítica repousa sobre a separação entre o Direito e a moral, demonstrando que na prática dos tribunais esta separação não é clara. O positivismo só leva em conta as normas sem considerar as diretrizes e princípios.

Em sua crítica Dworkin apresenta um esquema do positivismo baseado em preceitos-chaves a partir da doutrina de Hart: a) Direito como conjunto de regras identificadas com auxílio de testes - não de conteúdo, mas de seu *pedigree* - de acordo com a maneira que foram adotadas ou formuladas, para diferenciá-las de outras regras que não podem ser consideradas “de Direito”; b) se um caso não estiver coberto por uma destas regras, deve ser decidido por uma autoridade com base em seu discernimento pessoal; c) dizer que alguém tem um direito ou uma obrigação significa que o caso se enquadra em alguma “regra jurídica válida” (segundo os testes). Daí decorre que o caso decidido discricionariamente não implica na aplicação de um direito jurídico preexistente, mas de regra nova.

A regra de reconhecimento concebida por Hart⁹¹, que permite identificar as normas com base em um teste de origem ou de *pedigree*, seria adequada a considerar-se o Direito como um conjunto de regras. Dworkin, contudo sustenta que além destas há padrões que não funcionam como regras: os princípios, genericamente (referentes à justiça e à equidade), e as diretrizes ou políticas

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 22-27.

⁹¹ Em Hart, há a distinção de regras primárias, que indicam direitos e obrigações, e secundárias, que indicam como e por quem as primárias são estabelecidas (incluindo-se as regras particulares, como contratos e testamentos). Além disso, estabelece duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra, se é aceita por um padrão de conduta criticável à desobediência e se é válida por ter sido promulgada de acordo com uma regra secundária.

A partir desta concepção nasce a idéia de uma regra secundária fundamental que Hart chama de “regra de reconhecimento”, que pode ser simples ou complexa. Esta regra seria a única em um sistema que depende intrinsecamente de aceitação (pois não está sujeita a qualquer teste), e para identificá-la devemos observar como se comportam os cidadãos, em especial os funcionários públicos, pelo funcionamento do aparato estatal.

(objetivo a ser alcançado - socialmente benéficos), que não se identificam pela origem, mas por seu conteúdo e força argumentativa.

Calsamiglia⁹² pontua que as normas se aplicam ou não, ao passo que os princípios determinam as condições de sua aplicação, informam as normas, sendo o caso de que possa não ser aplicada, se viola um princípio em um caso concreto.

O conteúdo material do princípio (a dimensão do seu peso ou importância⁹³) é o que determina quando deve ser aplicado em uma ou outra situação. Enquanto as normas são ou não são aplicadas, os princípios fornecem razões para decidir em um sentido determinado.

Dworkin assinala que a forma de um padrão nem sempre deixa claro se é uma regra ou um princípio, e cita como exemplo a primeira emenda da constituição americana e a primeira seção do *Sherman Act*⁹⁴.

Os princípios⁹⁵ podem ou não ser considerados parte do Direito; se o forem sua observância é obrigatória, se não, serão meramente adotados ou não pela maioria dos juízes como padrões extra jurídicos – e neste caso os juízes ao invocar princípios estariam aplicando discricionariamente uma regra não jurídica *ex post*

⁹² CALSAMIGLIA, Alberto. *Ensayo sobre Dworkin*. Prólogo In DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. p. 9.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 42

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 44.

⁹⁵ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intersecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981. p. 230; conquanto o autor faça referência a um sistema jurídico “positivo” o conceito não se afasta da idéia de um sistema como uma rede “axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos”, nos moldes de Juarez Freitas, anteriormente citado; oportuno recortar também do autor o seu conceito de princípio: “Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas [...]” FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. p. 41.

facto, no sentido de não estar limitado a um padrão jurídico, autoridade ou lei⁹⁶.

E, se uma regra pode ser alterada (como é freqüentemente⁹⁷), então quando o juiz tem permissão para fazê-lo? Na resposta estão os próprios princípios, quando a decisão favorecer algum princípio considerado *mais importante*, e no lado oposto um conjunto de princípios que indicam a manutenção da doutrina em vigor: a “supremacia do poder legislativo” e a doutrina do precedente⁹⁸. Ambas as abordagens tratam de princípios e políticas como padrões obrigatórios, portanto parte do Direito (e neste caso rui a teoria do poder discricionário no sentido forte).

Mas Dworkin não vê possibilidade de adaptação da regra de reconhecimento de Hart para incluir princípios⁹⁹, e ainda observa que o tratamento que Hart dá ao costume (de também poder fazer parte da regra fundamental) equivale a uma confissão de que existem outras regras que são obrigatórias, tal como a regra suprema – “porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade”.

Também não se poderia dizer que os princípios constituem a última instância e seriam eles mesmos, em seu conjunto, a regra de reconhecimento, pois chegaríamos à tautologia de que “o Direito é o Direito”, e arrolar todos seria tarefa impossível.

Outro aspecto diz respeito às circunstâncias em que surgem os deveres e obrigações (Hart diria que os deveres existem quando existem regras sociais que estabelecem tais deveres), ao que Dworkin chega à conclusão de que juízos normativos freqüentemente supõem uma prática social, mas o erro está em imaginar que esta prática é que *constitui* a regra, quando na verdade ela *justifica* (ajuda a justificar – porque cria formas de ofender e gera expectativa de observância) uma

⁹⁶ O sentido aqui é o sentido forte de discricionariedade, não como um espaço discricionário limitado, e não como decisão não sujeita a revisão (sentidos fracos).

⁹⁷ Considerando o sistema da *common law*, que se baseia na construção jurisprudencial das regras.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 60.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 64-69.

regra que é expressa pelo juízo normativo¹⁰⁰.

Restaria ainda a terceira doutrina positivista, da obrigação jurídica, segundo a qual só existe obrigação jurídica se uma regra de Direito a estabelece. Neste caso, nos casos difíceis, quando não é possível encontrar tal regra, o juiz teria que encontrar a regra para então aplicá-la, “mas isso é legislar *ex post facto*”¹⁰¹ e não aplicar a regra já existente. Portanto o modelo de regras é insuficiente.

Segundo Calsamiglia¹⁰², as críticas a Dworkin são multiformes: alguns consideram que seu ataque é aparente, e que de fato ainda transita no positivismo; outros consideram que bastaria uma modificação na regra de conhecimento para abarcar a teoria de Dworkin; outros afirmam que seja um “neojusnaturalismo”.

Contudo, para Calsamiglia, Dworkin não é um jusnaturalista¹⁰³, porque não acredita na existência de um direito natural, constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis, e que Dworkin pretenderia construir uma terceira via, entre o jusnaturalismo e o positivismo, fundamentada no modelo reconstrutivo de Rawls¹⁰⁴.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 91.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 71.

¹⁰² CALSAMIGLIA, Alberto. *Ensayo sobre Dworkin*. Prólogo In DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. p. 8.

¹⁰³ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. p. 11.

¹⁰⁴ Acerca da *Teoria da justiça* de Rawls, socorremo-nos em Freitas: “[...] para Rawls, em seu neocontratualismo, a teoria da justiça deveria ser elaborada tendo como sujeito fundamental a estrutura básica da sociedade, de modo que esta só estaria em ordem quando, efetivamente, regulada por um conceito público de justiça, o qual deveria ser visto como propiciador de um padrão e, ao mesmo tempo, como parte de um ideal social. Com efeito, uma de suas maiores contribuições consistiu em apresentar um conceito de justiça tendente a generalizar e a conduzir a um patamar de alta abstração a teoria do contrato social. Esclarece e precisa: ‘Meu objetivo é apresentar um conceito de justiça que generalize e leve a um nível mais alto de abstração a difundida teoria do contrato social, tal como se encontra formulado por Locke, Rousseau e Kant. Para chegarmos a tanto, não devemos considerar o contrato original como um contrato para entrar numa sociedade particular, ou para iniciar uma forma particular de governo. Melhor seria que a idéia principal fosse que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do acordo original. Estes princípios são os que pessoas livres e racionais, reunidas pelos mesmos interesses, adotariam inicialmente quando todos estivessem numa posição de igualdade, para definir os termos fundamentais da associação que estariam fazendo. Estes princípios irão regular todos os futuros entendimentos; iriam especificar os gêneros de cooperação social que poderiam vir a ser incluídos no governo.’ Considera precipua a tarefa de determinar quais princípios poderiam ser hierarquizados ou

Para ele, Dworkin parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido às nossas intuições. As intuições de nossos juízos são os dados básicos, mas estes dados e estes juízos devem acomodar-se aquele conjunto de princípios.¹⁰⁵

O propósito de Dworkin então seria “reinstaurar a relação íntima entre a argumentação moral e a jurídica, que desde Bentham e Austin se haviam separado radicalmente e desde então constituíram o autêntico fio condutor das doutrinas positivistas.”¹⁰⁶

Dworkin põe em relevo a forma como o Tribunal Constitucional dos EUA funde princípios morais e jurídicos, invocando *standards* como critério de validade, no sentido de demonstrar que a doutrina positivista não consegue descrever o Direito.

A terceira via de Dworkin teria uma estrutura analítica própria, um modelo racional de reconstrução voltado ao conhecimento e à crítica do Direito, o qual o modelo positivista é incapaz de traduzir à vista da complexidade.

Dworkin considera a Teoria positivista de Hart a mais bem elaborada e a utiliza como base para seu ataque, que se concentra principalmente na idéia do

escolhidos numa suposta posição original. Assim, logo depois de justificar, com alguma vulnerabilidade, a adoção desta *original position* como *status quo* inicial garantidor de que o acordo fundamental contemplaria a *justice as fairness*, conecta a teoria da justiça à escolha racional e assume, de modo transparente, que a posição original seria puramente hipotética. Assinala, tendo em mente seu desiderato de partida: ‘Um conceito de justiça não pode ser deduzido de premissas que se expliquem por elas mesmas, ou ainda deduzido de condições a respeito de princípios (...) a justificativa de um conceito de justiça é uma questão de mútua defesa de várias considerações, tudo se agregando numa visão coerente.’ Nesta perspectiva, e feitos vários contrastes, culmina por formular os dois princípios de justiça: ‘Primeiro princípio – Cada pessoa tem de ter um igual direito ao mais extensivo sistema total de básicas liberdades iguais, compatíveis com um similar sistema de liberdade para todos. Segundo princípio – As desigualdades sociais e econômicas têm de ser ajustadas de maneira que sejam tanto (a) para o maior benefício dos menos privilegiados, consistente com o princípio justo de poupança, e (b) ligadas a cargos e posições abertos a todos’, sob condições de justa igualdade de oportunidade.” FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3a. ed. rev. ampl. p. 136-137.

¹⁰⁵ CALSAMIGLIA, Alberto. *op. cit.* Ibidem.

¹⁰⁶ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. p. 12.

poder discricionário dos juízes, defendido por Hart para aplicação nos casos difíceis, em que não haveria uma resposta correta; ao que Dworkin se contrapõe apresentando sua teoria da resposta correta. Assim, o arcabouço jurídico, composto por normas, diretrizes e princípios, seria suficiente para se encontrar uma resposta correta aos casos difíceis, os quais não devem ficar à mercê da liberdade dos juízes, haja vista que não estariam legitimados a ditar normas, muito menos retroativamente, se se pretende levar a sério a democracia.¹⁰⁷

Nada obstante, a aplicação dos princípios não sendo automática requereria uma racionalidade judicial e a inserção desta racionalidade em uma teoria coerente, que seria construída por um juiz onisciente, um Hércules, capaz de encontrar a resposta correta para todos os problemas, que se basearia em uma teoria que melhor se adequa ao Direito histórico e ao Direito vigente.

Com essas observações, Calsamiglia ressalta a questão acerca da dificuldade de definir qual a melhor teoria, além da tentação de absolutizá-la, transformando a racionalidade construtiva no modelo natural (por uma necessária ordenação valorativa absoluta)¹⁰⁸.

Os juízes têm obrigação de aplicar os princípios porque parte especial do Direito, e a sua análise deixa clara a relação entre a racionalidade moral e a racionalidade jurídica.

Assim que as ferramentas principais de crítica ao positivismo são: a distinção lógica entre normas e princípios; o modelo reconstrutivista de Rawls; a fusão entre moral e Direito; e a tese da resposta correta.

A tese da resposta correta está relacionada à necessidade (ou ao mito) de

¹⁰⁷ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. p. 14.

¹⁰⁸ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. *Ibidem*; ainda Calsamiglia aponta o ataque à discricionariedade do juiz como tema central da tese de Dworkin, baseada em dois argumentos: a) que qualquer norma se fundamenta em um princípio e b) que os juízes não podem criar normas retroativas (o que tem também aspectos políticos, pois deixaria os direitos individuais à mercê dos juízes, e em contraposição a este poder político – criadora – assevera antes a sua função garantidora dos direitos individuais frente ao governo ou a maioria). *Idem*. p. 15.

redução da incerteza do Direito. Nos casos difíceis (que Hart argumenta só existem porque as regras jurídicas possuem uma textura aberta¹⁰⁹), a teoria construída pelo juiz (*Hércules*) ao solucionar a questão deveria afastar-se da irracionalidade afeita à discricionariedade, bem como da retroatividade da norma criada.

A teoria que *Hércules* desenvolve é realmente tarefa hercúlea – “Em outras palavras, ele deve elaborar uma teoria constitucional; uma vez que ele é *Hércules*, podemos pressupor que seja capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a constituição como um todo.”¹¹⁰

A teoria, constitucional ou política para justificação de uma lei, ou ainda de justificação dos precedentes (idéia da equidade, de tratar os casos semelhantes de igual modo), passa a ser parte do próprio Direito, assumindo uma função não apenas descritiva, mas prescritiva, como fundamento da tese da resposta correta, e sem a qual Dworkin considera seria impossível solucionar os casos difíceis.

Conforme Dworkin¹¹¹, *Herbert* (o modelo do “juiz-Hart”) pensa que quando as regras positivas são vagas, as partes não têm direito institucional algum (do tipo que regulamenta uma instituição – e, no caso da democracia, pode diferir dos direitos básicos que esta reconhece), de tal maneira que qualquer decisão que tome será um elemento novo de legislação. *Hércules* não vê assim, considera que as partes têm direitos institucionais sempre, mesmo nos casos difíceis, daí a necessidade de perquiri-los vez que é *Hércules* e tem “grande percepção moral”.

Mas um importante fecho que Dworkin ressalta, e que muitos ignoram, está em que esta técnica somente é apropriada para *Hércules* - este juiz imaginário que de fato não existe -, mas não para outros juízes. Dworkin chama atenção de que erros ocorrerão, porque juizes são falíveis, e não há como saber quando, uma vez que ninguém é *Hércules*; daí que “devemos confiar em técnicas de decisão judicial

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 175.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 166.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 202.

que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros...”¹¹²

À falibilidade Dworkin apresenta duas alternativas¹¹³: a primeira que os juízes não deveriam fazer qualquer esforço para identificar os direitos institucionais das partes, ou simplesmente decidir em razões políticas, ou não decidir – o que é perverso (se por desventura tomarão decisões injustas, sequer devem se esforçar para chegar a decisões justas); a segunda que deveriam submeter a decisão a outros: mas a quem? Segundo Dworkin, não há razão para considerar que qualquer outro grupo tenha uma maior capacidade de argumentação moral (e se houvesse caberia mudar o modo de seleção dos juízes, não as técnicas de julgamento).

Conclui que o ceticismo, como colocado, não pode ser argumento contra a técnica de decisão de Hércules, “ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar... deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade”¹¹⁴.

Conforme expõe Calsamiglia¹¹⁵, para Dworkin a função mais importante de um sistema jurídico é a garantia dos direitos individuais frente às agressões da maioria e do governo. Sua filosofia é eminentemente individualista e anti-utilitarista, pois rejeita a idéia de que os direitos individuais devam estar subordinados aos coletivos.

Assevera que os objetivos sociais somente são legítimos se respeitam os direitos dos indivíduos; reconhecidos entre estes os direitos morais, com uma linha difusa em relação aos direitos jurídicos, o que impede sua distinção por mero reconhecimento legal.

Para explicar a teoria dos direitos, Dworkin parte da análise das

¹¹² DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 202-203.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *Idem*. *Ibidem*.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Idem*. *Ibidem*.

¹¹⁵ CALSAMIGLIA, Alberto. *Op. cit.* p. 16-17.

controvérsias judiciais¹¹⁶: a) o juiz tem que solucionar o conflito; b) deve inquirir quem deve vencer; c) o direito existe, mesmo que não exista norma aplicável; d) deve dar a vitória baseado em princípios garantidores do direito; e) os objetivos sociais subordinam-se aos direitos e aos princípios que lhes são fundantes; f) não se inventa um direito a aplicar retroativamente, porque a decisão se fundamenta em um princípio preexistente, apenas garantindo-o.

As críticas se fundam¹¹⁷ a) na necessidade de especificação de quais princípios são aplicáveis, tarefa árdua; b) necessidade de eleição de valores morais (não apenas um princípio moral); c) o pluralismo (ideológico e político), fundante das constituições, implica também em um conflito entre princípios.

Dworkin reconhece que pode haver conflito entre princípios e considera que o juiz deverá dar vitória ao princípio que tenha maior força de convencimento; sua tarefa é de justificação racional do princípio eleito.

Propõe, então, um novo modelo para a função judicial baseado na resposta correta, sempre encontrada pelo juiz no direito preestabelecido. O juiz não tem discricionariedade e nem poder político. A resposta correta corresponde à teoria que melhor justificaria os conteúdos jurídicos existentes e que se aplica ao caso concreto.

Ainda segundo Calsamiglia¹¹⁸, o modelo de Dworkin evitaria vários problemas: a) que o juiz não venha a ser um legislador, mas garantidor de direitos; b) seria compatível, portanto, com o princípio da separação dos poderes; c) afasta a teoria silogista, mas mantém sua base – o juiz não tem, nem pode ter, poder político (sem reduzir sua atividade a uma operação meramente mecânica); d) estabelece que os juizes não fundamentam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas, mas em princípios que fundamentam os direitos.

¹¹⁶ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. p. 18.

¹¹⁷ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. *Ibidem*.

¹¹⁸ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. p.21.

O ponto, contudo que, a nosso ver, não se coaduna com um ambiente de complexidade e pluralidade, é a concepção que Dworkin defende de haver uma única resposta correta para solução das demandas. Diante de um conflito de princípios, melhor se apresenta a teoria de Alexy, segundo a qual há necessidade de uma ponderação à luz do caso concreto.

Em Dworkin, a idéia de que cumpre ao juiz dar a vitória ao princípio que tenha maior força de convencimento se relaciona mais às teorias da argumentação e à retórica, que a uma atividade de ponderação diante do caso concreto, a fim de encontrar a solução que mais preserve os direitos em conflito.

De fato, conforme Alexy¹¹⁹, os princípios estão em iguais condições, em especial aqueles que se referem aos direitos fundamentais; daí que não se pode dizer que um princípio tenha maior ou menor força, de maneira abstrata, mas é possível, diante do caso concreto, verificar qual princípio deva ceder momentaneamente, diante de uma situação fática.

Calsamiglia observa que para todos os que crêem que o poder judicial está subordinado a princípios superiores (legais, constitucionais ou morais) o modelo de função judicial de Dworkin será atrativo.¹²⁰

Neste sentido é possível, diante da ordem constitucional vigente e considerando a unidade axiológica do sistema, o modelo de Dworkin se coaduna a

¹¹⁹ Para Alexy as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, porquanto contêm mandados de determinação, enquanto que os princípios “*son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídica es determinado por los principios y reglas opuestos. [...] Esto significa que la diferencia entre las reglas y principios es cualitativa y no de grado.*” As regras, por tanto, ou são juridicamente válidas ou inválidas. Em conflito de regras, uma delas será inválida. Já os princípios “[...] *ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Em colisão de princípios as suas validades não são atingidas. As condições restritivas se resumem a que uma regra possa excepcionar a aplicação de um princípio (situação que se mostra questionável, se o princípio representa a fundamentação do próprio sistema) ou que outro princípio igualmente válido se coloque em oposição, no que se impõe a ponderação, entendida como a análise que se faz no caso concreto da dimensão de peso de cada um dos princípios, devendo um deles ceder momentaneamente àquele que tenha maior peso. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 86-89.

¹²⁰ CALSAMIGLIA, Alberto. *Op. cit.* p. 22.

uma integração valorativa do sentido aberto das cláusulas gerais com base nos valores e princípios constitucionais.

A questão constitucional é tratada por Dworkin (do ponto de vista da constituição americana) partindo do posicionamento do presidente Richard Nixon que, quando candidato à presidência, prometera só nomearia homens que representassem sua filosofia jurídica que chamou de construcionismo estrito¹²¹.

Nixon entendia que a Corte Warren usurpava poderes que não lhe pertenciam na medida em que ampliava o entendimento dos preceitos legais e constitucionais, este entendimento, segundo Dworkin¹²², faz parte das atitudes conservadoras em geral. Segundo ele:

A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias) destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.¹²³

Os padrões vagos que estabelecem¹²⁴ são “apelos a conceitos morais” e

¹²¹ *Strict constructionists* – “O termo refere-se aos defensores da doutrina sobre a interpretação da lei denominada ‘construção estrita’ (*strict construction*). Os construcionistas estritos são favoráveis a uma interpretação rígida dos diplomas legais, baseados em uma valorização da letra da lei. Muito especialmente recusam-se a ampliar o significado e a esfera de aplicação das leis [...] No contexto do direito norte-americano, reagem contra as concepções liberais de interpretação da lei que tornaram possível uma expressiva ampliação dos direitos civis a partir dos anos 50*, graças a uma construção flexível do significado da Constituição americana, do *Bill of Rights* e dos diplomas legais em geral. (*período da Corte Warren – 1953-1969) DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* nota às pp. 205-206.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Idem.* p. 206.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Idem.* p. 208-209.

¹²⁴ Que podem se conformar em verdadeiras cláusulas gerais constitucionais, como antes já se disse, podemos exemplificar a o conceito de dignidade da pessoa humana como fundamento da república, aliado ao desenvolvimento da cidadania, erradicação da pobreza e redução das desigualdades, podem ser vistos como verdadeira cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana e dos direitos de personalidade. Neste sentido Szaniawski, Tepedino e outros. Segundo Dworkin, “Os padrões ‘vagos’ foram escolhidos deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram, em lugar das regras mais específicas e limitadas que poderiam ter sido promulgadas. Contudo, sua decisão de usar a linguagem que usaram causou muita controvérsia política e jurídica [e ainda causa], porque mesmo homens razoáveis, dotados de boa vontade, discordam quando tentam especificar, por exemplo, os direitos morais que as cláusulas de processo legal justo ou a de

não tentativas incompletas de estabelecer padrões particulares (referentes à época que foi instituída ou aos padrões morais dos seus instituidores). Desta compreensão surgem as correntes do *ativismo judicial* e da *moderação ou restrição judicial*¹²⁵. A primeira considera estes padrões vagos como conceitos de justiça, de ética, de legalidade, etc., standards que devem ser revistos de tempos em tempos de acordo com o contexto histórico-cultural; e a segunda que defende que os padrões originais devem ser mantidos sempre, exceto quando a ofensa for tão visível a ponto de violar qualquer interpretação plausível que a sustente, ou no caso de um inequívoco precedente contrário.

Esta última corrente também adota duas formas fundamentais, uma cética, que considera que os indivíduos não têm direitos morais¹²⁶ contra o Estado, têm apenas os direitos *jurídicos*¹²⁷ que a Constituição lhes assegura (refletidos na moralidade pública que os próprios constituintes estabeleceram); e outra da *deferência* judicial, que considera que eles têm direitos morais contra o Estado, além daqueles expressamente garantidos, mas que o caráter e a força destes direitos são controversos, e cabe às instituições políticas, e não aos tribunais, a decisão quanto ao seu reconhecimento ou não.

igual proteção introduzem no direito.”; ainda, “[...] Se aqueles que promulgaram as cláusulas gerais tivessem desejado estabelecer concepções particulares, teriam se valido do tipo de linguagem que era convencionalmente usado para isso. Isto é, eles teriam oferecido teorias particulares dos conceitos em questão. De fato, agora se pode ver que a própria prática de chamar essas cláusulas de ‘vagas’, prática à qual aderi, envolve um erro. As cláusulas são ‘vagas’ somente se as considerarmos como tentativas remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encarmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas.” Neste ponto Dworkin faz uma nota que chama a atenção pela questão da fundamentação das decisões: “[...] É menos desorientador dizer que as cláusulas gerais da Constituição ‘delegam’ à Suprema Corte o poder de aplicar suas próprias concepções de moralidade política. Mesmo isso, porém, será inexato se sugerir que a Suprema Corte não necessita justificar sua concepção através de argumentos que demonstrem as ligações entre sua concepção e os casos-padrão, tal como descrito no texto. DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 214.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p.215-218.

¹²⁶ No sentido de direitos *a priori* que existam de forma autônoma, independentemente de sua estipulação a partir da fonte monopolizada do Estado.

¹²⁷ Inversamente, somente aqueles direitos que, instituídos pelo poder do Estado, figuram no texto constitucional, ou, em especial nos países da *civil law*, na lei.

A posição de Nixon é que o ativismo deve ser abandonado (não apenas amenizado, como Dworkin considera talvez necessário até por razões práticas), o que não é compatível com o pressuposto de um sistema constitucional, ou porque permite que a maioria julgue em causa própria (se o reconhecimento dos direitos estiver, por exemplo, somente a cargo do legislativo), ou porque se baseiam em um ceticismo inconsistente sobre os direitos morais.

O Direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do Direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida. É perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão.¹²⁸

Por outro lado, Calsamiglia¹²⁹ aponta que a crítica ao positivismo jurídico (manifestação da teoria jurídica liberal tradicional) e ao utilitarismo (manifestação da filosofia política liberal) são prolegômenos de Dworkin a um novo liberalismo progressista, segundo este uma das chaves do sucesso da obra de Dworkin a construir e justificar uma teoria política superadora do liberalismo “conservador”.

Nesta linha de pensamento, Dworkin tencionava restaurar um liberalismo individualista radical, resgatando-o das “garras do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista”¹³⁰. A tese dos direitos é um dos instrumentos mais eficientes que usa para demonstrar a debilidade dos argumentos utilitaristas frente à igualdade. Segundo ele, o desenvolvimentismo econômico mais prejudicaria que ajudaria a

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Idem*. p. 233, 234.

¹²⁹ CALSAMIGLIA, Alberto. *Op. cit.* p. 22.

¹³⁰ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem*. *Ibidem*.

concepção liberal da igualdade. O liberalismo não é mais tutor eficaz do equilíbrio entre direitos individuais e bem estar social.

A defesa de Dworkin ao direito a igual consideração e respeito o leva a posições progressistas. Como Rawls, crê que nenhum objetivo social pode ser justificado – incluindo o bem estar geral – se viola direitos individuais. Este liberalismo igualitário viria reabilitar o liberalismo, mas numa concepção progressista.

Na defesa deste liberalismo progressista chega a afirmar que “não existe direito à liberdade”¹³¹ porque o Estado pode limitar a liberdade dos cidadãos com base em políticas de bem estar social; e se os direitos (individuais) são definidos como trunfos frente aos interesses gerais, então o direito à liberdade não é um direito autêntico a altura do direito à igualdade. O “verdadeiro” liberal deveria respeitar o direito à igualdade como direito primeiro e superior, como o autêntico direito.

Segundo Calsamiglia¹³², Husak se opõe afirmando que “qualquer argumento que se use contra o direito à liberdade se pode usar também contra o direito à igualdade”, como o caso dos impostos progressivos, os quais violariam o direito à igualdade, mas que se justificam pelos benefícios sociais que supõem.

Neste sentido não concordamos nem com Dworkin, nem com Husak, no sentido de que as restrições ao direito à liberdade, quando violem outros direitos igualmente tuteláveis, não têm o condão de retirar-lhe a condição de existência ou de validade, mas se operam na linha da ponderação, da mesma forma, as restrições ao direito de propriedade ou à liberdade de contratar também não lhes retiram a condição de existência; por outro lado, no que tange à igualdade, tratamentos desiguais se justificam não pelos benefícios sociais em si, mas pela efetivação do princípio material de igualdade, resumido na máxima: *tratar igualmente os iguais e*

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 416-417.

¹³² CALSAMIGLIA, Alberto. *Op. cit.* p. 24.

desigualmente os desiguais.

A crítica que se apresenta contemporânea, e com a qual nos filiamos, é que liberdade e igualdade, como idealizados no positivismo (e no liberalismo que dele faz uso), são liberdades e igualdades formais, que tratam os indivíduos de forma abstrata e sob o pressuposto de que estão em iguais condições de participar do discurso que legitima o sistema. Como se sabe, as desigualdades são muito grandes, e nem todos estão aptos a participar em iguais condições do discurso e das decisões. Há, portanto, uma comunidade de vítimas¹³³, de excluídos, que estão na esfera do não-direito, para os quais o sistema não tem a proteção efetiva necessária.

O que Calsamiglia chama à atenção em suas conclusões acerca de Dworkin¹³⁴, e que é de grande importância no presente trabalho, é a necessária conexão entre o Direito, a moral e a política. Dworkin se propõe a construir as pontes que as escolas analíticas haviam destruído, construindo uma teoria dos direitos baseada no direito à igualdade, que difere, ao menos em parte, das teorias positivistas, e que leva à discussão sobre o argumento moral, fulminando os marcos entre direitos morais e direitos jurídicos.

Nada obstante, como liberal que é, procura reabilitar (ou, para usar o termo corrente, *reconstruir*) o liberalismo radical igualitário como filosofia política, com um núcleo moral e político justificador do que seria um novo liberalismo *progressista*, o que para a cultura norte-americana pode ser considerado um abrandamento, mas para nossos conceitos não traz grandes inovações, em especial no que tange às desigualdades e à parcela excluída, que não é proprietária e não participa do *trânsito jurídico*.

Contudo, Calsamiglia ressalta¹³⁵ que a estrutura analítica de Dworkin, como

¹³³ O termo faz referência à obra de Enrique Dussel: *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*.

¹³⁴ CALSAMIGLIA, Alberto. *Op. cit.* p. 25-27.

¹³⁵ CALSAMIGLIA, Alberto. *Idem.* p. 26.

método que é, tem limitações que só permitem avaliar uma parte da realidade jurídica; quem crê que com ele se possa resolver qualquer problema, confunde um método com uma concepção de mundo.

Neste sentido, como método e como meio de aproximação (necessária) entre Direito e moral, que reflete na atividade de interpretação e consideração do conteúdo material do Direito, o presente capítulo é de grande importância para a compreensão do papel das cláusulas gerais em uma racionalidade material que se quer construir e que implica em uma visão mais ampla que mera técnica legislativa, segundo a qual as cláusulas gerais adquirem sua real importância na medida em que a integração aos conceitos abertos se dá de forma valorativa, aplicando-se os princípios e valores afeitos à moral e à ética, além dos princípios e valores constitucionalmente estabelecidos. Sobre este aspecto é que procura tratar o capítulo seguinte, que encerra esta segunda parte.

CAPÍTULO 3 – A INTEGRAÇÃO VALORATIVA NAS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais são modelos normativos que contêm em sua estrutura a vagueza proposital, a significação aberta e indeterminada.

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, e intencionalmente desenhado como uma vaga moldura [...] ¹³⁶

A questão que surge, inevitável, versa sobre a forma de integração deste espaço normativo aberto que a cláusula geral apresenta ao intérprete.

Um primeiro ponto de grande importância a ser lembrado é que o tipo de sistema (aberto ou fechado) não se estabelece pela presença ou não das cláusulas gerais, mas pelo conceito de sistema normativo que se adote.

Contudo, não parece ser possível fechar os olhos ao maior “grau” de abertura, se é que se pode estabelecer uma gradação neste sentido, que a adoção das cláusulas gerais pode conferir na formação da norma, propriamente dita, que se aplica ao caso concreto.

A atividade interpretativa nas cláusulas gerais tende a revestir-se de peculiaridades próprias que diferem da interpretação genérica. Neste sentido, recorreremos neste capítulo, preponderantemente, à análise de Velluzzi, que se inicia com a seguinte questão:

Interpretar as normas (uso a expressão de maneira genérica) significa determinar o significado, mas em que sentido a

¹³⁶

COSTA, Judith Martins. *A boa fé no Direito privado*. p. 286.

interpretação das normas que contêm cláusulas gerais é diversa daquela nas que não as contêm?¹³⁷

Velluzzi trata as cláusulas gerais como conteúdo das normas, contudo, o sentido que procura imprimir relaciona-se mais ao de texto normativo, *i.e.*, o texto normativo que contém um enunciado na forma de uma cláusula geral. Da interpretação (integração) desta indeterminação estabelecida pela cláusula geral é que se verá exsurgir a norma afeita ao caso concreto¹³⁸.

A expressão “cláusula geral” se apresenta polissêmica, o que pode levar a inúmeras construções de significados vários que acabam dificultar a sua compreensão.

Através do sintagma “cláusula geral” costuma-se designar tanto determinada *técnica legislativa* em si mesma não-homogênea quanto certas *normas jurídicas*, devendo, nesta segunda acepção, ser entendida pela expressão “cláusula geral” as *normas que contêm uma cláusula geral*.¹³⁹

Segundo Martins Costa, ainda seria possível relacionar à mesma expressão

¹³⁷ “[...] Interpretare norme (uso l'espressione in maniera affatto generica) significa determinarne il significato, ma in che senso l'interpretazione di norme che contengono clausole generali è diversa da quella che non le contengono? VELLUZZI, Vito. *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*. p. 02.

¹³⁸ Neste sentido Gadamer se refere à tarefa interpretativa como “concretizar a lei”, mesmo onde a regra tenha valor vinculante e irrevogável: “A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável. A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar esta ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo com que estamos às voltas. [...] Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. p. 432-433.

¹³⁹ COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado*. p. 286.

as “normas que são produzidas por uma cláusula geral”¹⁴⁰.

A compreensão que interessa neste ponto é a do conteúdo do texto normativo, *i.e.*, o texto normativo que contém uma cláusula geral. Isto porque a característica fundante das cláusulas gerais está no espaço de integração que deixa para a atividade interpretativa, permitindo a *construção*¹⁴¹ (ou re-construção¹⁴²) tanto da norma em si quanto de conceitos e institutos a ela relacionados, conforme o momento histórico que se apresenta.

A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmistifica o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro.¹⁴³

Esta construção da norma, que afeta também os conceitos e institutos que por ela são impactados, surge do caso concreto na medida em que a atividade

¹⁴⁰ COSTA, Judith Martins. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁴¹ O termo pode também referir-se à construção do sistema jurídico e da própria dogmática, que, a partir do positivismo jurídico e do cientificismo, vem sendo *construída* com base em categorias, institutos e classificações, como descreve Bobbio: “*Ora ‘costruzione’ è il termine più comunemente usato dai giuristi per indicare l’operazione caratteristica della scienza del diritto (distinta appunto, dalla mera interpretazione delle leggi), consistente nel definire un fatto, un atto, un rapporto, un istituto allo scopo di inserirlo nel sistema dei concetti giuridici. Attraverso quel complesso di operazioni che si denotano col nome di ‘costruzione’, il giurista sussume un dato fatto o atto ao rapporto o istituto in questa o quella categoria giuridica al fine di attribuirgli questa o quella qualificazione normativa e di classificarlo nel sistema. Dalla costruzione dipende l’attribuzione de determinare conseguenze giuridiche a un fatto o atto o rapporto o istituto, alla costruzione è affidata la formazione del sistema giuridico.*” BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. p. 90.

¹⁴² Construção, desconstrução e reconstrução dependem do momento histórico, talvez o critério metodológico que melhor possa exprimir o contexto da realidade social. Bonavides, ao referir-se aos critérios metodológicos para o problema da compreensão dos fins do estado, exprime sua preferência pelo critério histórico: “*O mais acertado critério metodológico, a nosso ver, para chegarmos à consideração do problema seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da política e do direito, ou seja, tratá-lo no plano metafísico ou positivo que abranger, segundo as idéias dominantes em cada época. Teríamos assim por único ponto de partida o histórico, que, uma vez admitido, permitiria o subsequente exame da matéria debaixo de todos os possíveis ângulos de indagação.*” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. p. 11.

¹⁴³ GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26.

interpretativa se torna atuante para integrar o sentido do que ficou, propositadamente, em aberto.

A abertura representa uma delegação que a fórmula legal concede ao interprete para que atue em um processo de integração valorativa.

Qualquer coisa que sejam as cláusulas gerais, qualquer que seja o seu trato semântico particular, a jurisprudência e doutrina concordam em afirmar que a determinação do significado das cláusulas gerais requer uma integração valorativa e que esta vem mediante uma delegação que a formulação mesma da cláusula geral concede ao intérprete.¹⁴⁴

A integração valorativa difere de meras indeterminações fáticas que podem ser determinadas sem que se agregue um sentido axiológico que busque valores extrínsecos ao texto normativo e ao próprio Direito.

Deixa-se, portanto, ao juiz um espaço de discricionariedade que lhe permite compor, naquele caso, a norma aplicável que traga não apenas a solução da lide, mas a solução com base em valores e princípios que regem o sistema e que podem vir a integrá-lo.

Mengoni¹⁴⁵ chama a atenção ao que ele denomina transfiguração das cláusulas gerais, as quais, originariamente normas de reenvio a outras normas, passaram a normas diretivas, que “delegam ao juiz a formação da norma (concreta) de decisão, vinculando-o a uma diretiva expressa mediante a referência a um *standard social*.”

¹⁴⁴ “[...] Quallsiasi cosa siano le clausole generali, qualunque sia il loro tratto semântico particolare, giurisprudenza e dottrina sono concordi nel sostenere che la determinazione del significato delle clausole generali richiede un’integrazione valutativa e che essa avviene attraverso una delega che la stessa formulazione della clausola generale accorda all’interprete.” VELUZZI, Vito. *op. cit.* p.2.

¹⁴⁵ MENGONI, Luigi. *Spunti per una teoria delle clausole generali*. apud Velluzzi, Vito. *Op. cit.* p. 4: “delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale.”

Neste sentido, English discorre largamente acerca dos conceitos indeterminados, normativos, descritivos, e o que ele chama de conceitos de discricionariedade¹⁴⁶, contrapondo-os às cláusulas gerais, as quais ele adota em uma concepção estreitamente relacionada à contraposição à casuística, como técnica legislativa.

Os conceitos indeterminados contrapõem-se aos conceitos determinados, os conceitos normativos contrapõem-se aos descritivos e os espaços ou âmbitos de livre discricção contrapõem-se às vinculações aos critérios objectivos do justo. Se o conceito multissignificativo de “cláusula geral”, que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima mencionados, há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração “casuística” das hipóteses legais. “Casuística” é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.¹⁴⁷

Comparando os conceitos indeterminados ditos normativos àqueles que chama de descritivos, English ressalta a necessidade que têm os preceitos normativos de uma interpretação valorativa, isto porque na indeterminação meramente descritiva, os critérios de integração são preponderantemente objetivos, contudo é difícil admitir que uma objetividade absoluta possa subsistir (desconsiderando-se expressões numéricas e assemelhados¹⁴⁸), na medida em que sempre haverá alguma carga de subjetividade na atividade interpretativa.

English cita a expressão “halo conceitual” de Philipp Heck que descreve os

¹⁴⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. pp. 208 a 228.

¹⁴⁷ ENGLISH, Karl. *Idem*. p. 228.

¹⁴⁸ Conforme ele explica: “Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito. Em todo caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.” ENGLISH, Karl. *Op. cit.* p. 208.

pontos incertos dos conceitos jurídicos indeterminados:

Com Philipp Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Que numa noite sem luar, pelas vinte e quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão na nossa latitude, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir as horas do crepúsculo.¹⁴⁹

O autor ressalta dois aspectos das cláusulas gerais: uma generalidade ampla (como norma de conteúdo genérico) e como preceito que exige uma integração valorativa.

Isto se verifica na medida em que, para English, as cláusulas gerais se apresentam fundamentalmente como técnica legislativa em que a *fattispecie* permanece abstrata e aberta, podendo conformar-se em conceitos genéricos (afeitos a uma verificação objetiva para sua especificação) ou conceitos normativos (que necessitam de uma integração de valor ante o caso concreto).

[...] a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecerem abertos às mudanças das valorações -, a “valoração” que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de conhecimento. O órgão aplicador do Direito tem de “averiguar” quais são as concepções éticas efectivamente vigentes.¹⁵⁰

Esta concepção das cláusulas gerais, que dá azo a oscilações entre o genérico e o normativo, encontra críticas por parte da doutrina, conforme expõe Velluzzi.

¹⁴⁹ ENGLISH, Karl. *Op. cit.* p. 209.

¹⁵⁰ ENGLISH, Karl. *Op. cit.* p. 239.

Castronovo entende que English destaca, de maneira um pouco ambígua, duas acepções de cláusula geral: como sinônimo de norma geral (ou melhor, de normas de elevada generalidade), que descrevem a *fattispecie* em termos reassuntivos; e como conceito que necessita de integração valorativa. Segundo Castronovo estas duas noções são inconciliáveis entre si, e de fato arriscam “comprometer a própria utilização da categoria: entre quem escreve e o leitor pode-se criar um tipo de dissenso oculto como efeito de uma confusão inevitável das linguagens”.¹⁵¹

Para Rodotà¹⁵² o conceito de integração valorativa ou poder de concretização judicial, não se restringe às cláusulas gerais, mas também está relacionado aos princípios, diretivas, *standards* e conceitos indeterminados em geral. A diferença está em que a indeterminação, no caso das cláusulas gerais, é intencional e direcionada ao momento de concretização judicial, à luz do caso concreto, e, segundo Velluzzi, ainda referindo-se à obra de Rodotà, seguindo-se nesta direção é possível fazer a diferenciação entre as cláusulas gerais e princípios porque se estes se referem aos valores fundantes de um ordenamento ou parte deste, então, as cláusulas gerais não são princípios, ainda que destinadas a operarem no âmbito assinalado por eles.

Por outro lado, mais difícil distinguir as cláusulas gerais dos *standards*, a ponto de não se conseguir uma diferenciação substancial, mas se o conceito de *standard* reclama uma idéia de normalidade, mas de qualquer modo baseada em elementos objetivos, a conexão, portanto, a valores relacionados a um padrão ou

¹⁵¹ “Castronovo ritiene che Engisch individui, in maniera un po’ ambigua, due accezioni di clausola generale: come sinonimo di norma generale (o meglio, di norme ad elevata generalità), che descrive la *fattispecie* in termini riassuntivi; e come concetto bisognoso di integrazione valutativa. Secondo Castronovo queste due nozioni sono tra loro inconciliabili, rischiano, infatti “... di compromettere la stessa utilizzabilità della categoria: tra chi scrive e il suo lettore può crearsi una sorta di ... dissenso oculto come effetto di un’inevitabile confusione delle lingue”. VELLUZZI, Vito. *Op. cit.* p. 4.

¹⁵² *Apud* VELLUZZI, Vito. *Idem.* Ibidem.

normalidade, não configuraria uma estrutura normativa diversa daquela que se define como cláusula geral, mas traz consigo uma prospectiva que lhe acresce uma aceitabilidade social (pelo padrão ou regra moral que representa) das decisões que sobre ela se fundam.

No que se refere aos conceitos indeterminados, English os considera destacados do conceito de cláusula geral, conquanto entenda que as cláusulas gerais se restringem a uma técnica legislativa, ao passo que Rodotà, ainda que concordando que o núcleo conceitual das cláusulas gerais é que sejam uma técnica peculiar de redação legislativa, entende que isto também pode implicar no uso do recurso de conceitos indeterminados, cujo âmbito e conteúdo são incertos, mas “o que conota as cláusulas gerais é que para essas, a indeterminação é intencional, desejada pelo mesmo legislador”¹⁵³.

Velluzzi ainda chama atenção para a especificidade das cláusulas gerais, no sentido de que não basta terem uma indeterminação, no sentido indicado em variados termos lingüísticos (elasticidade, generalidade, indeterminação intencional, excedência axiológica e outros), mas é necessário um tipo de delegação ao juiz¹⁵⁴ de um poder de integração valorativa ou concretização da *fattispecie* normativa, dos “contornos não muito claros”, que configura um “estatuto especial da aplicação das cláusulas gerais em relação às normas que não são ou não contém cláusulas gerais”.¹⁵⁵

¹⁵³ VELLUZZI, Vito, *Idem*. p.5.

¹⁵⁴ Ainda, que esta delegação se dê na forma de uma estrutura aberta, na qual o próprio texto normativo não indique de antemão a qualificação jurídica à *fattispecie*, mas deixe à construção do intérprete, conforme Velluzzi se refere às observações de Giovanni D'Amico: “... non basta che gli elementi della fattispecie siano descritti con più o meno notevole grado di indeterminatezza. Essenziale è piuttosto, che la norma presenti una struttura aperta, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma ‘deleghi’ questo compito all’interprete. Non dunque una ‘fattispecie’ già definita dal legislatore, e sia pure con ricorso a espressioni indeterminate, bensì una fattispecie che spetta al giudice costruire” VELLUZZI, Vito. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁵⁵ “Sin qui la dottrina esaminata ha messo in luce con il lessico più vario la caratteristica peculiare delle clausole generali, indicandola di volta in volta nell’elasticità, nella descrizione “sintetica” della fattispecie, nella descrizione della fattispecie con elevata generalità, nell’indeterminatezza

No intuito de *clarear* estes “contornos não muito claros”, Velluzzi analisa em pormenores as figuras da incerteza de significado: a vagueza de grau, vagueza combinatória (ou comparativa) e a ambigüidade, visando, contudo, demonstrar que estes conceitos não dão conta de atingir o núcleo (“*il dato semantico saliente*”) das cláusulas gerais.

Estes termos, nada obstante, frequentemente vêm agrupados sob o sintagma *indeterminação*, mas entre os termos *incerteza* e *indeterminação*, Velluzzi prefere, para referir-se às cláusulas gerais, a idéia de indeterminação, posição que também adotamos.

Segue-se que em todos os casos, mesmo no sentido reservado às cláusulas gerais, se está diante de um significado *incerto* ainda que por razões diversas. Neste sentido a *vagueza de grau* se refere à incerteza quanto ao critério de aplicação que rege a aplicação em si (não há um critério de referência); a *vagueza combinatória* se refere à dificuldade de se precisar qual critério de aplicação deva ser utilizado, conquanto haja vários critérios possíveis que não guardam relação entre si; e, a *ambigüidade*, se refere a uma incerteza quanto ao significado em si¹⁵⁶.

intenzionale, nell'eccedenza assiologica ed in altro ancora. Il corollario necessario della presenza del carattere menzionato sarebbe una sorta di delega al giudice di un potere integrativo, o di integrazione valutativa o di concretizzazione della fattispecie normativa, configurando, così, uno speciale statuto dell'applicazione delle clausole generali rispetto alle norme che non sono o non contengono clausole generali, dai contorni non troppo chiari.” VELLUZZI, Vito. *Idem*. Ibidem.

¹⁵⁶ Convém aqui transcrever em maiores minúcias os significados destes conceitos, conforme o faz Velluzzi: “Nell’ambito della filosofia del linguaggio contemporanea tali figure sono state studiate a fondo e sono tutt’ora dibattute, qui di seguito mi limiterò a fornire un quadro di sintesi in ordine ai profili meno controversi, o se si preferisce, più pacifici, di ciascuna di queste forme di incerteza del significato al fine di dimostrare come esse non permettano di cogliere il dato semantico saliente delle clausole generali. Si può avere incerteza del significato di un termine o di un sintagma o di un enunciato se si è in presenza di: vaghezza di grado, vaghezza combinatoria, ambigüità. Esaminiamo singolarmente, per quanto in estrema sintesi, queste figure. Vaghezza di grado (o vaghezza senza specificazioni ulteriori): riguarda il significato, consiste nella difficoltà di poter riferire il significato di un termine ad alcuni casi, ovvero si tratta di una proprietà del significato e si intende che quel significato non può essere delimitato con precisione. Per esemplificare: il significato X si riferisce a Y, non si riferisce a Z, ma è dubbio se si riferisca ad F (riguardo al significato di “persona alta”: una persona di mt 1,90 è alta, una persona di mt 1,50 non è alta, una persona di mt 1,70 può dirsi o non dirsi alta?). La definizione di vaghezza che si è appena fornita è tra le più diffuse, con qualche variazione lessicale ma non di sostanza, sia in ambito giusfilosofico, sia in ambito filosofico linguistico; se accolta ci consente di dire che la vaghezza è una caratteristica riguardante ‘... tutte le parole delle lingua naturali che si riferiscono a cose o fatti e dunque non i termini numerici e della geometria e neppure i

Resta a análise do que seja a indeterminação a que se referem as cláusulas gerais, conquanto se entenda que nenhuma das *incertezas* anteriores (ao menos não de forma isolada) logra solucionar a questão, o que Velluzzi define como “o coração do problema”.

Para Velluzzi, há indeterminação – no sentido pontualmente adotado para as cláusulas gerais -, quando se está defronte a um sintagma *incerto*, para o qual os critérios de aplicação somente são determináveis por parâmetros de juízo (de valor) que são potencialmente concorrentes, e no quanto esta definição sirva a diferenciar esta *incerteza* dos outros tipos anteriormente tratados, sem que haja sobreposição, quer seja total ou parcial, nas palavras de Velluzzi:

Indeterminação: nada obstante o termo indeterminação seja frequentemente usado para definir, de forma indiferente, os fenômenos mencionados, é preferível, ao nosso escopo, uma utilização mais pontual, tendo como indeterminação em referência às cláusulas gerais, expressamente: haverá indeterminação quando haja um termo ou sintagma valorativo cujo(s) critério(s) de aplicação não é(são) determináveis, a não ser recorrendo-se a parâmetros de juízo potencialmente concorrentes entre eles mesmos.

E prossegue,

Este uso do termo “indeterminação” se revela ainda mais perspicuo, no sentido de que deixa bem claro que o significado das cláusulas gerais é incerto, na medida que sua determinação dependa da escolha de um ou mais critérios potencialmente concorrentes e tende, de outra parte, a diferenciar este tipo de incerteza daqueles

cosiddetti connettivi (e, o, non, se ... allora) e quantificatori (tutti, alcuni, nessuno)’. Vaghezza combinatoria: riguarda anch’essa il significato e non è relativa a grandezze misurabili come la vaghezza di grado, ma si ha in ragione di una combinazione di caratteristiche. A differenza della vaghezza di grado quella combinatoria non è ad una dimensione, bensì pluridimensionale. Il medesimo significato X si riferisce a Y con caratteristiche A e B; si riferisce a Z con caratteristiche A e C; si riferisce a F con caratteristiche B e C: non c’è una caratteristica che sia comune ad Y, Z e F. Ambiguità: riguarda i termini, i sintagmi e gli enunciati, e si ha ove questi esprimano più significati o tra loro totalmente irrelati, ed è il caso dell’omonimia, oppure aventi tutti un carattere in comune, ed è il caso dell’ambiguità, per così dire, in senso stretto, in entrambe i casi si ha un fenomeno diverso dalla vaghezza combinatoria, fenomeno a prima vista molto simile se non addirittura identico: qui non v’è, come per la vaghezza combinatoria, una molteplicità di condizioni non ben determinate per l’applicazione di un’espressione linguistica, bensì il termine, il sintagma, l’enunciato è in grado di esprimere più significati. L’ambiguità presuppone, quindi, una pluralità di significati, ciascuno dei quali può essere più o meno vago.” VELLUZZI, Vito. *Idem*. p. 7-8.

outros tipos, sem que haja sobreposição total ou parcial.¹⁵⁷

O que Velluzzi aponta é que o termo cláusula geral frequentemente é referido para indicar, seja conteúdos valorativos como boa-fé, diligência, bons costumes, ou termos não valorativos como, por exemplo, *impossibilidade superveniente*, e que, nestes casos, se está diante de um tipo de *incerteza* (vagueza de grau, combinatória, ambigüidade ou ainda de termos genéricos) e não de *indeterminação* (no sentido adotado para as cláusulas gerais), que ocorre somente na presença de juízos de valor (termos valorativos), ante os quais “se associam conseqüências peculiares, entre as quais, a tanto mencionada delegação ao juiz de operar uma integração valorativa da norma”.¹⁵⁸

Por fim, resta a apreciação de que tipo de critério se deva recorrer para que se opere a integração valorativa. Neste sentido os critérios comumente adotados são os externos (como a moral social) ou internos ao Direito. Segundo Velluzzi, conquanto não raro se diga que o critério deva ser externo, de outra parte, no discurso dos juristas, freqüentemente se confundem os planos prescritivos e aqueles descritivos e isto prejudica a definição no sentido de que seja realmente necessário, ao conceito de cláusula geral, que o critério seja o envio externo, ou se, na verdade, tal critério não seja o único, mas preferível, em alguns casos, por qualquer razão.

No entender de Velluzzi, e como antes já foi exposto, não é necessário, à formulação da cláusula geral, que o critério seja invariavelmente externo ao Direito.

¹⁵⁷ VELLUZZI, Vito. *Idem*. p. 8, “Indeterminatezza: nonostante il termine indeterminatezza si usi spesso per definire indifferentemente tutti i fenomeni sopra menzionati, è preferibile per i nostri scopi farne un uso più puntuale, riferendo l'indeterminatezza espressamente alle clausole generali: si ha indeterminatezza quando ricorre un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabili se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti”; e prosegue,. “Questo uso del termine “indeterminatezza” si rivela maggiormente perspicuo, in quanto mette bene in luce che il significato delle clausole generali è incerto in quanto la sua determinazione dipende dalla scelta di uno o più criteri tra loro potenzialmente concorrenti e tende, inoltre, a differenziare questo tipo di incertezza del significato dalle altre, senza sovrapposizioni parziali o totali che siano.

¹⁵⁸ VELLUZZI, Vito. *Idem*. Ibidem.

Pontualmente Velluzzi se refere a duas situações distintas: a primeira, em que o texto da cláusula geral indica o “tipo” de critério, o que deixa um grau de discricionariedade¹⁵⁹ limitado ao intérprete; e a segunda em que não há resolução quanto ao critério a ser utilizado na integração, onde haverá maior discricionariedade. Do primeiro tipo, Velluzzi aponta como exemplo a expressão “motivos de particular valor moral ou social”, e do segundo tipo, a boa-fé objetiva¹⁶⁰.

De tudo quanto foi dito é possível extrair conclusões acerca de três teses recorrentes apontadas por Velluzzi:

[...] a primeira concernente ao uso do sintagma “cláusulas gerais” indiferente à presença de termos valorativos, as duas outras atinentes à presença de termos valorativos. Eis as três teses: a) as cláusulas gerais são uma “técnica normativa”¹⁶¹; b) as cláusulas gerais são afetadas por uma “vagueza socialmente típica”; c) as cláusulas gerais são “normas elásticas”.¹⁶²

A primeira não traz a solução porque é possível que se depare com uma

¹⁵⁹ Por certo que não uma discricionariedade no sentido “forte”, à escolha pessoal do intérprete, mas um horizonte definido, e, em qualquer caso, guardando coerência com a unidade axio-principlológica do sistema.

¹⁶⁰ “[...] Infatti, che un comportamento sia (piú) o meno contrario a buona fede può essere stabilito sia in base a criteri morali individuali, della morale sociale, sia in base ad altre norme del sistema giuridico.” VELLUZZI, Vito. *Op. cit.* p. 10.

¹⁶¹ No sentido de “técnica legislativa”; a distinção não é meramente caprichosa, mas melhor se aproxima ao que já foi dito quanto à diferença entre o texto normativo e a norma em si, a qual é extraída na atividade interpretativa. Neste sentido, se dissermos que as cláusulas gerais constituem-se em uma “técnica normativa”, não estaríamos dissonantes com a idéia de que a partir delas se delega ao intérprete a construção da norma, a qual, *prima facie*, não se encontra estabelecida dada a sua tessitura aberta. Nada obstante, mesmo nas construções casuísticas, defendemos alhures que todo texto normativo está sujeito a algum grau de subjetividade e valoração de acordo com a unidade axio-principlológica do sistema, e que a norma em si somente é extraída no momento de sua concreção, ainda que esta norma resultante venha a ser coincidente com o preceito literal apresentado no texto normativo.

¹⁶² [...] la prima riguardante un uso del sintagma “clausole generali” indiferente alla presenza di termini valutativi, le altre due attinenti alla presenza di termini valutativi. Ecco le tre tesi: a) le clausole generali sono una ‘tecnica normativa’; b) le clausole generali sono affette da ‘vaghezza socialmente típica’; c) le clausole generali sono ‘norme elastiche’. VELLUZZI, Vito. *Op. cit.* p. 10-11.

fattispecie casuisticamente construída que recorra a termos valorativos¹⁶³, e o problema se repete, porque também aí haverá a delegação ao intérprete para a integração valorativa. Também não ajuda a definição de que as cláusulas gerais sejam enunciados caracterizados pela generalidade ou de conteúdo genérico, porque estes termos não se referem a juízos de valor, mas à “amplitude de uma classe considerada”, no sentido de que *geral* se referem a algo que seja atinente (ao mesmo tempo) a todos os pertencentes a uma dada classe (de objetos) ou a uma característica que valha para qualquer um daqueles.¹⁶⁴

Assim que a idéia de cláusula geral se adequa à presença de termos valorativos, e, segundo entendemos, não restritos à “vagueza socialmente típica”¹⁶⁵ porque também será possível o reenvio a critérios internos ao Direito; até porque, conforme já exposto supra, não se concebe o sistema como um sistema fechado, mas inerentemente aberto. Resta a terceira tese, que se refere às cláusulas gerais como “normas elásticas”, o que, para Velluzzi, remete à sua (re) definição dada, de que a “elasticidade das cláusulas gerais repousa a variabilidade dos conteúdos dos critérios de aplicação determináveis”. O dado característico ao qual normalmente se

¹⁶³ “[...] anche in una fattispecie casistica possono esservi, all'interno della sua articolazione semantica, molteplici termini generalissimi o particolarmente generici. Per fare un esempio riguardante quanto asserito poco sopra e per chiudere questo primo punto non so quanto giovi alla teoria e alla pratica giuridica dire che una norma così formulata “I danni ingiusti debbono essere risarciti” è o contiene una clausola generale, mentre la norma “debbono essere risarciti: 1) i danni all'integrità morale della persona 2) gli atti che ledono senza giusta causa la proprietà privata 3) i danni cagionati da atti contrari alla buona fede” non è o non contiene una clausola generale.” VELLUZZI, Vito. *Op. cit.* p. 11.

¹⁶⁴ “[...] Un termine, un sintagma, un enunciato è generale se dice ‘qualcosa che vale contemporaneamente per tutti gli oggetti che appartengono ad una data classe’ mentre è generico ‘... se dice qualche cosa che vale per qualcuno soltanto degli oggetti appartenenti alla classe. Il grado di generalità e il grado di genericità dipendono poi dall’ampiezza della classe considerata.’ VELLUZZI, Vito. *Idem.* Ibidem.

¹⁶⁵ Referida como a “tipologia mutável da moral social e do costume”. Neste sentido há que se observar que também os conceitos insertos nos textos legislativos casuísticos estão sujeitos a mutações, conforme o momento histórico-cultural, daí que, por certo também aí reside uma esfera de subjetividade e interpretação (sistemática) que exige do intérprete um juízo de definição. Nada obstante, esta esfera se encontra mais no sentido da *incerteza* que da *indeterminação* (no sentido proposto por Velluzzi, e que aqui se adota).

faz referência, é que o enunciado contenha termos valorativos, mas Velluzzi pretende esclarecer que o “significado dos termos ou sintagmas valorativos não é determinável se não recorrendo a critérios, parâmetros de juízo, interno e/ou externos ao Direito que sejam concorrentes entre eles.”¹⁶⁶

Velluzzi entende que esta operação é qualitativamente diversa da atividade interpretativa, por que esta seria também discricionária, mas destinada a confrontar questões de vagueza ou de ambigüidade dos termos do enunciado, ou ainda de termos gerais ou genéricos, mas na ausência de termos valorativos¹⁶⁷.

Neste ponto discordamos que haja uma atividade diversa. A atividade é a mesma atividade interpretativa (*latu sensu*), conquanto haja concordância de que seja qualitativamente especial, no sentido de que o intérprete irá construir a norma com base em um juízo de valor que, ainda que com possibilidade de reenvio interno ou externo, deve fazer referência ao conjunto axio-principiológico que informa a unidade do sistema. De outra forma estaríamos diante de um conceito de discricionariedade no sentido “forte”, que deixa margem para o arbítrio e para a aplicação de uma moral individual.

Dworkin pretendia a elaboração de uma teoria dos direitos que levasse em consideração a aplicação dos princípios e valores morais pelos quais, segundo ele, os juízes se pautam na resolução dos casos difíceis. Não por acaso, a partir das conseqüências dos horrores testemunhados no período dos Estados totalitários, e do declínio do projeto do liberalismo, no século XX as constituições passaram a inserir no seu corpo um conjunto de princípios e valores e um conteúdo de declaração de direitos humanos, dotadas de instrumentos de controle e de garantias.

A integração valorativa, baseada na aplicação de princípios e juízos de valor,

¹⁶⁶ VELLUZZI, Vito. *Op. cit.* p. 12.

¹⁶⁷ VELLUZZI, Vito. *Idem.* Ibidem.

na atividade de interpretação das cláusulas gerais, neste sentido se coaduna com a idéia de um papel para as cláusulas gerais, voltado para efetivação destes princípios e valores de índole constitucional que informam a unidade do sistema.

É a partir deste ponto, e de posse de conceitos operacionais que aprofundam o tema, que passaremos a seguir à análise da contemporaneidade, mantendo como referente as cláusulas gerais, tendo como marco inicial, para o Direito Brasileiro, o advento da Constituição Brasileira de 1988, para um possível repensar da teoria do Direito a partir de princípios e valores estabelecidos nas constituições que foram promulgadas ao longo do último século, com forte cunho garantista e conteúdo axio-principiológico, acompanhadas de instrumentos de controle constitucional, direitos e garantias constitucionais.

PARTE III – CONTEMPORANEIDADE

CAPÍTULO 1 – O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: a constituição como referente primaz e a unidade do sistema.

Cinco de outubro de mil novecentos e oitenta e oito: promulgada a constituição brasileira representando a libertação de um período autoritário e que, por isso mesmo, surge como afirmação de um caráter democrático desejado para o futuro, com a implementação de valores, princípios e direitos fundamentais que deixam claro a forte intenção que tem a sociedade de não mais permitir que o autoritarismo e a ditadura, em nenhuma de suas formas, instalem-se novamente¹⁶⁸.

A constituição não pode mais ser vista apenas como programa de governo e de organização do Estado, eleva-se a um papel muito mais relevante, de garante dos direitos fundamentais como norma auto-aplicável, inclusive nas relações interprivadas.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Da ruptura do sistema, com a passagem do estado liberal para o estado social – que não se pretende aqui tratar em pormenores -, e da mudança nuclear da ordem jurídica como resultado das conseqüências nefastas do sistema formal-positivista, conforme idealizado na era das codificações e pelos *pandectistas*, bem resume Szaniawski: “As duas grandes guerras mundiais provocaram um profundo processo de transformação econômico social dos povos, vindo esta mutação a abalar o sistema jurídico idealizado pelos *pandectistas* e pelos codificadores do direito civil. A transformação do Estado liberal em Estado social resultou em uma maior e mais profunda ruptura com o sistema concebido pelos pensadores dos séculos XVIII e XIX. O fim das ditaduras totalitaristas, que dominaram a primeira metade do século XX, e o surgimento de uma nova ordem econômico social resultaram no fato de que o sistema jurídico desenvolvido pelo direito civil clássico não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem. Esse fenômeno excluiu o direito civil da tradicional posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a ocupar seu lugar a *Constituição*, que passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais. As Constituições passaram a regulamentar as instituições jurídicas fundamentais as quais, tradicionalmente, pertencem à área do denominado direito privado, como direito de propriedade, o direito de família, o direito contratual, objetivando preencher as grandes lacunas deixadas pelo sistema fechado dos Códigos Civis.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. p. 56.

¹⁶⁹ Neste sentido, prossegue Szaniawski: “De outro lado, vem ocorrendo o fenômeno da ‘descodificação do direito’ mediante a fragmentação da matéria civilística em diversos textos legais extravagantes que adquiriram autonomia, constituindo-se em novas disciplinas jurídicas autônomas,

O neoconstitucionalismo pode ser visto em linhas gerais como o repensar da teoria do Direito a partir de princípios e valores estabelecidos nas constituições que foram promulgadas ao longo do último século, com forte cunho garantista e conteúdo axio-principiológico, acompanhadas de instrumentos de controle constitucional, direitos e garantias constitucionais.

No Brasil, a constituição de 1988 veio como parte deste novo constitucionalismo, a colocar o Brasil no cenário desta nova forma de direito, com uma constituição, ao mesmo tempo dirigente e garantista, fortemente atrelada a um Estado Democrático de Direito.

Muito se discutiu sobre a aplicação direta da constituição, tanto das normas quanto dos princípios e valores constitucionalmente estabelecidos. Discutiuse, e ainda se discute, acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, e o alcance da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do contrato.

De certa forma, hoje já se tem mais claro que as normas constitucionais são de aplicação direta, que os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas, e que dignidade da pessoa humana não é apenas um belo adágio¹⁷⁰, mas deve ter

ou continuaram a pertencer ao âmbito do direito civil, reguladas por leis autônomas. Essas normas de especialização, cujo conteúdo, embora, seja típico de direito civil, deixando, contudo, de serem reguladas pelo Código Civil, se subordinam aos princípios programático emanados da Constituição. Esse fenômeno consiste em outorgar ao operador do direito, o poder de aplicar, diretamente, os princípios e valores inseridos nas normas constitucionais não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas, também, nas relações entre indivíduos particulares, no âmbito de seus interesses particulares. Deste modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. Nesta nova ótica, o direito civil não se contém somente na regulamentação dos valores patrimoniais individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social." SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁷⁰ As atrocidades vividas no período em que o direito formalista e positivado deu guarida aos regimes totalitários trouxeram conseqüências que refletiram na consciência dos povos quanto à necessidade de se atentar para vida humana em níveis garantistas para tais horrores não mais se repetissem; no dizer de Szaniawski: "[...] O total desrespeito pela vida humana e pela liberdade do homem, que predominava ao tempo em que dominavam na Europa os regimes totalitários, despertou os povos para uma nova realidade: a de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do indivíduo como ser humano. Em virtude desse fato terrível, os constituintes deram prevalência nas Constituições promulgadas a partir do pós-guerra, à tutela especial do indivíduo como pessoa, à proteção de sua personalidade e à garantia da salvaguarda da dignidade do ser humano." SZANIAWSKI, Elimar. *Idem*. p. 57.

efetividade em todas as esferas de atuação do Estado e ainda nas relações intersubjetivas, que exigem a preservação da dignidade da pessoa humana, acima mesmo da vontade das partes.¹⁷¹

Mas o que se vê na realidade é ainda uma dissensão entre realidade e Direito; os princípios e valores inseridos na carta maior não lograram trazer para o Direito a realidade, nem para a realidade o Direito. O sistema está posto de tal forma que a ele próprio compete dizer o que é e o que não é Direito. Subsiste, portanto, um espaço de não-direito¹⁷² ao qual nem mesmo a constituição “cidadã” logrou suprir.

A dogmática tradicional que permanece como herança do individualismo e do formalismo estabelecidos pelo pensamento liberal resiste a se entregar ao repersonalismo, à despatrimonialização, à redução do espaço da autonomia privada,

¹⁷¹ Um caso exemplar foi o do “jogo” de lançamento de anão: na cidade de Morsang-sur-Orge a administração local impediu a prática do “jogo” conhecido como *lancer de nain* (arremesso de anão), em casas noturnas, que consistia em arremessar o mais longe possível, uma pessoa anã, vestida com trajes de proteção, sobre um colchão. O estabelecimento e o próprio anão, em litsconsórcio ativo, recorreram da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por “excès de pouvoir”. O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando : ‘Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine’ (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. Long, Wil, Braibant, Devolvé e Genevois, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1996, p. 790 ss. *apud* GOMES, Joaquim Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*, in *Seleções Jurídicas ADV* n. 12, 1996, pp. 17 ss.

¹⁷² Neste sentido: “O que está em questão não é mais apenas a crítica à igualdade formal e a rigidez dos pactos. Os acontecimentos recentes (em 1994) desencadeiam uma crise mais profunda no âmago da teoria geral do direito civil. Não é o caso, de apenas atender as novas exigências da convivência social do século XX, como a limitação à autonomia privada ou a formulação da função social do contrato. A real dimensão dos problemas vai mais longe do que tão somente perseguir a política de alargamento do dever de indenizar independentemente de culpa, ou do próprio conceito de dano. Se se apreende hoje, sem grandes dificuldades, a inexistência de perenidade e incolumidade desse sistema, armado sob a decadência do voluntarismo jurídico, é bem verdade que isso nele reflete o divórcio abissal entre o direito e o não-direito. O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribui a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito e o não-direito; por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como por exemplo, as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado. FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. p. 46-47.

à valorização do afeto nas relações familiares, às novas formas de família que se apresentam diante dos olhares perplexos dos conservadores. Resiste ainda a deixar o código como centro do sistema e como constituição do homem comum, insistindo na sobrevivência de um sistema que quer ter na constituição apenas um referente, diretrizes e programas, para o legislador, que ao fazer as leis estabelecem o que “realmente vale”.¹⁷³

Este novo constitucionalismo, segundo Comanducci¹⁷⁴, pode ser visto como teoria, idealismo, ou ainda como método de análise do Direito.

Como teoria de Direito viria para explicar as mudanças havidas nos sistemas jurídicos contemporâneos, em que a constituição passa a ser o centro e se irradia para todos os setores jurídicos e político-sociais.

Como ideologia viria para que os direitos fundamentais passem a figurar em um patamar superior, tendo no Estado elemento de promoção dos direitos individuais, políticos e sociais, em especial na seara do Direito transindividual (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e na redução das desigualdades sociais. Comanducci ressalta que Dworkin, Alexy e Zagrebelsky entendem que no Estado de Direito Democrático constitucionalizado deve haver

¹⁷³ Em Tepedino: “Conforme se observou, ‘a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não se pode afastar’. Decorrem daí dois aspectos fundamentais: o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do Estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, a expressão maior da onipotência do codificador, disposta a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudesse ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, a convicção de que sem a regulamentação, específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito. Nesse cenário, tornou-se bem delineado o significado constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais.” TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In Problemas de direito civil-constitucional. p. 2-3.

¹⁷⁴ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In Miguel Carbonel (org). Neoconstitucionalismo(s). *Apud* MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais.

uma necessária correlação entre Direito e moral, a qual poderia conduzir a uma obrigação moral de obediência à constituição, substituindo a ideologia positivista no sentido de que o justo não está mais na lei, mas na constituição, que deve ser observada por ser fonte, *per si*, de justiça¹⁷⁵.

Como método de análise, sustenta ainda a necessária conexão entre Direito e moral, sendo que os direitos fundamentais seriam a “ponte” entre as duas ordens, jurídica e moral, assumindo um papel ainda mais preeminente¹⁷⁶.

Na constituição de 1988 vê-se claramente a opção do constituinte em traçar limites e ao mesmo tempo dotar o legislador de diretrizes políticas e sociais calcadas em valores democráticos que fazem clara preferência pelos pobres e pela redução das desigualdades.

Mas estes valores, expressos na Carta Maior, não são meros programas ou ideais a serem alcançados, mas, tem se tornado cada vez mais evidente, perfazem verdadeiras cláusulas gerais, que têm possibilidade de aplicação direta, quer nas relações privadas, quer como garantia em face do próprio Estado.

Vários preceitos constitucionais ficaram sem aplicação efetiva ou se tornaram alvo de controvérsias, justamente porque se discutia se era ou não possível que fossem aplicados como norma cogente, sem necessidade de lei que os regulasse. Hoje, os tribunais vêm aplicando diretamente as normas constitucionais

¹⁷⁵ A crítica que se faz aqui é que, como toda ideologia, tende a tornar-se um fim em si mesmo, conformando-se em uma obediência cega que pode conduzir a novos estados totalitários e autoritarismos. Vivemos às voltas com este fantasma no que ocorre na Venezuela.

¹⁷⁶ Alexy descreve a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico: “ocupam o patamar mais alto (por estarem inscritos na Constituição), detêm a máxima força jurídica (vinculando as três funções do poder estatal), encerram bens jurídicos de máxima importância e possuem o máximo grau de indeterminação.” los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In CARBONEL, Miguel. Idem, p. 75-98 apud MARTINS, Samir José Caetano. *ibidem*. Ainda segundo Martins, “o máximo grau de indeterminação tributado ao caráter necessariamente vago de uma declaração de direitos contida na Constituição, enseja o reconhecimento pelo filósofo alemão de que existe um ponto de tensão entre os direitos fundamentais e a democracia, na medida em que uma decisão do Tribunal Constitucional retira a matéria da agenda política nacional e o leva a concluir que o fundamento dos direitos fundamentais é aquilo que cidadãos racionais com concepções distintas do bem consideram como condições de cooperação social justa tão importantes que não se pode deixar ao simples legislador a deliberação sobre elas: a “representação argumentativa” do Tribunal Constitucional se contraporia à “representação política” do Parlamento.

em grande parte das decisões em todas as instâncias, quer para declarar outras normas inconstitucionais (no controle difuso) quer para tornar efetivo o seu conteúdo material.

A funcionalização dos institutos de Direito Civil (como a propriedade e os contratos) tem seu fundamento primeiro na constituição e nos princípios ali insculpidos. Também a ética e a boa-fé objetiva já vinham sendo aplicadas nas decisões judiciais, em decorrência da égide democrática e social que a própria constituição já instituía.

Em meio à complexidade e à diversidade, o princípio que mais se destaca e que deve ser observado é o da solidariedade, que implica em uma compreensão de que o outro deve participar no discurso que forma o Estado, em condições de igualdade, para que haja legitimidade na sua formação.

Dignidade da pessoa humana não pode ser (e não é) apenas uma expressão a se invocar na defesa de ideais altruístas e na formação de belos discursos. Se não se puder efetivar o real significado destes valores e princípios (e talvez não se possa mesmo, afinal) na prestação jurisdicional, na própria atuação do Estado e ainda nas relações intersubjetivas, o fracasso se torna evidente; e de fracasso a contemporaneidade já está vivenciando a amargura do desencantamento da modernidade.

Se será ou não possível, não está em pauta, mas certamente está a tentativa de aproximação de uma realidade mais justa e que melhor responda aos anseios da sociedade e daqueles que dela não participam, vitimados e excluídos.

Neste sentido os movimentos constitucional-democráticos que deram corpo ao que se estabeleceu como neoconstitucionalismo, visam à afirmação destes valores e princípios que possam nortear a atividade dos legisladores e do Estado e serem aplicados (à vista de sua inobservância) nas relações interprivadas, a partir de uma ordem constitucional vigente no Estado Democrático de Direito.

A constituição brasileira cumpre este papel inicial, na medida em que foi dotada de inúmeros preceitos valorativos, princípios e direitos fundamentais que

podem ser protegidos por um sistema de controle constitucional difuso e concentrado.

É no controle difuso que se encontra a via de interpretação conforme a constituição que permite a efetividade, no caso concreto, não apenas dos preceitos constitucionais, mas dos direitos fundamentais, princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, os quais devem não apenas ser protegidos, mas promovidos.

O Direito Civil-Constitucional não se restringe à presença de institutos de Direito Civil no corpo da constituição, ou a mera influência ou diretriz constitucional na feitura das leis. Compreende-se por Direito Civil-Constitucional a irradiação dos valores e princípios constitucionais para o Direito Civil, afetando diretamente as relações intersubjetivas para um plano prospectivo na formação de um novo Direito, substancialmente fundado no conteúdo axio-principiológico estabelecido na ordem constitucional.

Segundo Perlingieri¹⁷⁷, tanto na aplicação indireta, “quando existir no ordenamento ordinário uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos”, quanto na aplicação direta, a norma constitucional deve ser utilizada. Não é importante se a aplicação será direta ou indireta, mas que haja eficácia da norma constitucional também nas relações intersubjetivas e sócio-econômicas, não apenas como regra de hermenêutica, mas como norma primária e justificadora “da relevância jurídica de tais relações, constituído parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.”

Daí decorre que a norma constitucional não seja apenas referência interpretativa, como coadjuvante hermenêutico, mas norma que rege as relações intersubjetivas do Direito Civil, incidindo sobre elas de forma a estabelecer uma racionalidade material, fundada nos valores e princípios constitucionais, que implica na “funcionalização” dos institutos de Direito Civil, de acordo com este conteúdo

¹⁷⁷ PERLINGERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. p. 12.

axio-principiológico.¹⁷⁸

A matéria civil não está mais concentrada apenas no código. Há algumas décadas inúmeros ramos da legislação civil vêm sendo organizados em estatutos e legislações próprias, tais como o estatuto da criança e do adolescente, o código do consumidor, o estatuto do idoso. O que tem sido comumente chamado de microssistemas e já vinha sendo referido como descodificação não quer dizer que o sistema esteja sendo fragmentado e perdendo a sua unidade.

A unidade do sistema não está mais relacionada ao código como instrumento de completude dentro de um modelo autopoietico. O que hoje se apresenta, a partir de uma nova ordem constitucional, é a unidade e a centralidade entorno da constituição.

Todavia não como outrora, uma constituição estabelecida apenas voltada para o público, mas primordialmente no seu aspecto substancial, considerando os valores e princípios que efetivamente compõem o conteúdo material do sistema, e que conferem a sua unidade.

A própria dicotomia público-privado vem sendo suplantada pelo que hoje se percebe como uma interpenetração dos ramos, sendo cada vez mais difusa a linha que os separa, se é que podemos ainda estabelecer esta separação essencial.

Aquilo que Perlingieri referiu como o “desenho global” do sistema não está mais calcado no código que antes configurava a “constituição” civilista.

Este desenho, conforme Perlingieri, deve ser construído ou, melhor dizendo, extraído, a partir da atividade do intérprete na percepção dos princípios

¹⁷⁸ Há um trabalho a ser desenvolvido pelos operadores do direito que vivem o direito civil nesta realidade do estado democrático constitucional de direito, conforme aponta Perlingieri: “Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha a atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilístico, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.” PERLINGIERI, Pietro. Idem. Ibidem.

estabelecidos na república e no Estado Democrático de Direito, calcado na constituição.

Mas, não basta apenas a constituição a legitimar as decisões e o próprio sistema, pois há o risco, que impregna o formalismo e o positivismo em um modelo liberal, de que a liberdade e a igualdade formal venham a ceder espaço aos governos totalitários, formalmente estabelecidos a partir de um documento constitucional destituído de valores e princípios que preservem a dignidade da pessoa humana e o direito das minorias; o que, em tese, pode ser afastado em um Estado democrático, todavia fundado em uma racionalidade material.

Esta racionalidade já vinha sendo construída com base neste novo constitucionalismo que passa a fazer parte da normatividade material em todos os ramos do Direito. A especialidade do Direito Civil está em sua vocação como sistema que regula a vida das pessoas em suas relações sociais intersubjetivas. Visto como ramo do Direito por excelência, que vincula a sociedade e as pessoas no que se convencionou chamar de tripé das relações jurídicas – propriedade, contrato e família¹⁷⁹ – além dos institutos que definem a própria personalidade, a pessoa jurídica, a capacidade e o direito de personalidade.

No decurso do incorporar dessa nova racionalidade axio-principiológica calcada na constituição de 1988 adveio o “novo” Código Civil, vigente a partir de janeiro de 2002, que reacendeu as discussões acerca da (re)centralidade do código como catalisador da reconstrução do Direito privado.

Cumprir analisar se o código de 2002 tem o condão de alterar os rumos da releitura que vinha se consolidando, para estabelecer um retorno ao civilismo tradicional no entorno de um “novo” código. A isto se propõe o capítulo a seguir.

¹⁷⁹ Esta nomenclatura vem cedendo espaço a uma nova amplitude que não mais se encerra em termos restritos, mas que se abre a novos conceitos e modos de apreensão e manifestação das relações humanas, outrora impensados, como se refere Fachin: “Ao eclipsar da primeira etapa da incidência de uma principiologia axiológica de índole constitucional que se projetou sobre as relações interprivadas no Brasil contemporâneo no interregno entre 1988 a 2003, impende apreender, na metodologia do Direito Civil Constitucional, um novo momento a partir daquilo que se propõe como eficácia do novo Código Civil brasileiro sobre o trânsito jurídico, as titularidades e o projeto parental.” FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. p. 11.

CAPÍTULO 2 – O CÓDIGO CIVIL DE 2002: o pretérito no presente.

No rico vale, em que povoam as discussões doutrinárias pós-advento do Código Civil de 2002, ecoam dois brados distintos que, conquanto não plenamente antagônicos, se mostram essencialmente diversos.

Um brado que conclama ser este o momento e a oportunidade de se reconstruir o Direito privado, tendo o Código como centro de um sistema que, ainda que não exatamente nos mesmos moldes das grandes codificações do século XIX, guarda as características e contornos de um período que se quer superado; outro que reforça e reitera a necessidade de releitura do sistema como um todo, a partir de uma racionalidade fundada nos valores e princípios irradiados a partir da Constituição, tendo esta como centro emanante do sistema a partir do qual se possa consolidar o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Se disse “não completamente antagônicos” porque aquele primeiro também apregoa uma vertente principiológica calcada na Constituição, todavia, permanecendo esta separada do Direito privado, ainda que irradiando seus princípios. Nesta concepção o que se pretende é resgatar o sistema anterior que vinha sendo estabelecido com base na separação público-privado. Ainda assim, mesmo esta separação, nesta vertente salvadora, é reconhecida mais tênue e difusa, no entanto ainda determinante para o estabelecimento de universos separados na essência.

Difícil, há que se reconhecer, diante da concretização de um novo código, manter-se incólume, alheio à tentação de se retornar aos projetos da modernidade, vislumbrando uma nova chance de se realizarem os sonhos de outrora, talvez com novos contornos mais abertos, que permitam que os valores e princípios repovoem o cenário do Direito Civil, a partir de um novo estatuto atraente dos institutos do Direito privado, para que no seu entorno voltem a gravitar. Não faltam vozes a apregoar um novo fôlego para as codificações, com uma roupagem nova, pós-moderna, mas

ainda com a pretensão de encerrar em si o núcleo, o centro do Direito privado.

Por outro lado, resistem aqueles que, à vista da fase moribunda do Direito Civil, reconhecem uma nova ordem que se estabeleceu a partir das constituições democráticas e que veio para, de certa forma, salvar o Direito Civil de um esfacelamento assistemático, porquanto, em suas rígidas formas, não vinha dando conta de atender às mudanças e aos anseios de uma sociedade contemporânea extremamente complexa, plural e sem fronteiras.

Por conta disso, novos caminhos foram já trilhados “para além do neo-exegese”¹⁸⁰, para fazer da nova ordem constitucional o eixo axio-principiológico sobre o qual deva estar assentado não apenas o Direito Civil, mas o Direito como um todo. Trata-se não de reconstruir o que já não tem razão de ser, mas de fundar uma nova realidade jurídica que se estabeleça a partir de uma racionalidade intersubjetivamente válida e materialmente concreta; não para ressuscitar os velhos códigos na sua pretensão de compleição e de núcleo axiológico do Direito privado.

E, neste sentido, os caminhos já trilhados ainda levam a um lugar diferente, em que haja participação no discurso para aqueles que hoje estão, ainda, à margem do sistema e do Direito. O Código de 2002 certamente tem aspectos que vêm a somar neste caminhar, mas não se percebe que possa, ou deva, deslocar o rumo que se trilhava.

Ainda há necessidade em se persistir no alvo, em se construir uma nova sistemática que tenha a sua unidade não em um estatuto, mas nos valores e princípios que emanam das Cartas democráticas que têm nas suas bases os direitos fundamentais, a promoção e a tutela da pessoa humana.

¹⁸⁰ Conforme conclui Fachin, “[...] Da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o pretérito como presente, e ao fazerem caricaturas do passado estão se projetando no objeto que perdeu sentido.” FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil contemporâneo*. p. 14.

A diferença entre uma vertente e outra pode parecer, à primeira vista e aos desavisados, irrisória ou quase inexistente, mas é no contraste entre o branco e o quase-branco que se percebe que diferem na concepção fundante e essencial, que faz a diferença entre a compreensão da instabilidade, da pluralidade e da complexidade, como elementos intrínsecos da sociedade, e não como obstáculos a serem transpostos pela concepção de um sistema que pretenda deles se abstrair.

Não parece suficiente, tampouco, apenas uma “melhoria” naquele sistema anterior, que já deu mostras de ser insuficiente para traduzir a complexidade e atender às mudanças inevitáveis em uma sociedade onde a instabilidade se mostra como parte do cotidiano. Não se trata apenas de “abrir” o sistema, ou permitir a sua porosidade, mas de rever a própria concepção do sistema.

Quando se fala em abertura do sistema por meio das cláusulas gerais, não se está dizendo nada que já não tenha sido dito. É justamente pela impossibilidade de uma compleição que se pretendia haver no sistema jurídico que as cláusulas gerais já eram enfocadas como “válvulas de escape”, no dizer de Hespanha, anteriormente citado¹⁸¹, a fim de diminuir as tensões insuportáveis.

Não se pode pensar nas cláusulas gerais apenas neste sentido de válvulas de escape em um sistema, ainda, pretensamente fechado, mas sim como instrumento de concretização dos princípios e valores que conferem a unidade axiológica ao sistema.

Também não se trata de mera técnica legislativa, mas norma valorativa que permite a aplicação direta dos princípios e valores constitucionais; não que outras normas casuisticamente estabelecidas não o permitam, tendo em vista que a aplicação direta dos princípios constitucionais é já tema suficientemente pacificado, mas a tessitura propositadamente aberta das cláusulas gerais o faz na sua gênese, ou seja, são normas (ou textos normativos) que para tal nascem, *i.e.*, pré-estabelecidas para o momento da concretização da norma afeita ao caso concreto.

¹⁸¹

Vide Parte I, Capítulo 3.

Esta concretização reclama a aplicação dos princípios e valores que informam o sistema, não com base na centralidade do código, mas naquela da Constituição.

Neste aspecto, ainda, necessário que se diga que, conforme o entendimento que aqui se espousa, não se trata da centralidade a um estatuto ou outro, haja vista que, como documento normativo, também uma constituição pode servir à opressão. Trata-se, portanto, de um a centralidade axiológica, calcada em um conjunto de princípios e valores estabelecidos constitucionalmente em um Estado Democrático de Direito¹⁸², contra os quais nem mesmo o poder constituinte derivado poderá voltar-se.¹⁸³

A interpretação passa a ser vista como uma atividade sistemática em um sistema que se funda (ainda que com base em uma constituição *escrita*) em um conjunto de valores e princípios que, por uma concepção hierárquica (e ideológica), estão insertos no texto constitucional. Oportuno transcrever as palavras de Freitas, na descrição do que ele considera um “ilustrativo preceito de interpretação constitucional sistemática, recomendado”¹⁸⁴:

Na hierarquização prudencial dos princípios, das normas estritas (no sentido de regras) e dos valores constitucionais deve-se fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer; tomando-os, na prática, como fundamento e cúpula do ordenamento. Uma vez que inexistente hipótese de hierarquização inexigível (interpretar revela-se, sempre e sempre, uma atividade

¹⁸² Porquanto há no constitucionalismo um juízo de valor, no dizer de Canotilho: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5a. ed. p. 51.

¹⁸³ Não se pretende aqui analisar a legitimidade do poder constituinte originário em estabelecer normas que atentem contra direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos, nada obstante, diante da ordem (normativa) mundial, não há como voltar a face quanto a direitos que são (hoje reconhecidos) como inerentes à dignidade da pessoa humana, contra os quais se torna cada vez mais difícil conceber que o Estado, qualquer que seja, se volte.

¹⁸⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3a. ed. rev. ampl. p. 190.

hieraquizadora), indispensável reconhecer que tal inafastabilidade converte o critério hierárquico-axiológico em diretriz superior aos demais critérios [...] ¹⁸⁵

Freitas ainda ressalta que justamente por lidar com a “Carta Maior” a interpretação constitucional deve ser principiologicamente centrada, considerando-se ainda uma hierarquização inclusive de princípios¹⁸⁶, que será tanto mais legítima quanto atender aos anseios da sociedade, conferindo ao sistema coerência e abertura para que se possa conferir uma tutela jurisdicional que atenda a estes anseios. É esta ordenação conferida pelo intérprete, com base nos princípios e valores superiores que confere ao sistema do Direito a “densidade e consistência” em seus vários ramos, “exigindo plena harmonização de seus comandos”.

Nesta linha de pensamento, não se trata de colocar a constituição (ou o código) como estatuto que confere a unidade do sistema, porque a unidade agora deve repousar sobre a teia axio-principiológica constitucionalmente estabelecida.

Não parece mais concebível um conjunto de valores e princípios que informe o Direito privado, e outro que informe o Direito público, ainda que alguns princípios sejam aplicáveis com especialidade no Direito Administrativo. Isto porque a dicotomia público-privado parece não ter mais razão de ser em um Estado Constitucional Democrático, pois é da constituição que emanam os valores e princípios que informam e ordenam o sistema como um todo. Também o Direito Administrativo e outros ramos devem se harmonizar com os princípios e valores constitucionais, sob pena de serem expurgados, na medida em que não se

¹⁸⁵ FREITAS, Juarez. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁸⁶ Entendido não no conceito abstrato da hierarquização, mas na aplicação do princípio da proporcionalidade, na atividade de ponderação dos princípios, no dizer de Freitas: “Com efeito, o princípio da proporcionalidade quer dizer finalística e essencialmente isto: fazer concordar os valores e princípios jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre outro, mister salvaguardar, justificadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, os valores em colisão. Mormente em sede constitucional, fácil constatar a diuturna presença de tensões deste jaez. Bem por isso, a Constituição elaborada em meio às tensões sociais e políticas não terá, na sua tensão interna, um defeito, antes uma virtude, qual seja, a de incorporar as contradições que desafiam permanentemente o intérprete a encontrar soluções proporcionais.” FREITAS, Juarez. *Idem*. p. 195.

coadunem com os fundamentos que conferem a unidade do sistema.

Conquanto na visão privatista se perceba o atenuar das fronteiras entre o público e o privado, numa relação de “dialética complementaridade”¹⁸⁷ permanece ainda de forma subliminar a idéia de bipolaridade no sistema, figurando em um pólo o Direito constitucional e noutro o Direito privado. Ora, nestes termos, dá-se, ainda, a separação e não a integração do sistema em torno de uma unidade axiológica.

Há um paradoxo oculto no discurso que põe no centro “do Direito publico e do Direito privado” a unidade de valor em torno da pessoa humana, e, ao mesmo tempo sustenta a manutenção de um conceito abstrato de sujeito de direito e mantém separada a fonte daquele valor, que é a constituição contemporânea, no modelo de constitucionalismo que se funda nos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito¹⁸⁸.

À primeira vista pode parecer atraente a idéia de se reformar o Direito privado sob a ótica constitucional, contudo aí repousa, ainda, o germe do separatismo que, calcado numa visão sistêmica nos moldes de Luhman¹⁸⁹, trata o

¹⁸⁷ O termo é bem utilizado por Costa, no que se refere à situação em que na atualidade se encontra, segundo seu entendimento, a idéia, antes dicotômica, de direito público e privado: “Perpassamos a origem da perspectiva dicotômica entre o direito público e o direito privado, por suas significações, que se põem necessariamente na História e só nela são compreendidas. Foi preciso, então, compreender o significado que adquiriu, para essa perspectiva, o processo de codificação, que, fotografando privilegiado momento da construção de nossa cultura moderna, também o congelou e enrijeceu. Na apreensão da historicidade dessas categorias, voltamo-nos, por fim, às idéias que permitem compreender a distinção, não mais dicotômica, mas de dialética complementaridade, entre os dois pólos constitutivos do ordenamento, o direito público e o direito privado.” COSTA, Judith Martins (org.) *Introdução*. In *A reconstrução do direito privado*. p. 15-16

¹⁸⁸ Conforme Costa: “[...] Em outras palavras, sem afastar o conceito, sempre necessário, de sujeito de direito, tentamos buscar, por detrás do véu da técnica, a esfera existencial, aquela em que se move o ‘homem situado’, percorrendo a via de um ‘direito antropocêntrico’, na raiz do qual está a ‘transição do sujeito à pessoa’, considerada como valor-fonte do ordenamento, procurando, assim, correlacionar os valores acolhidos na Constituição Federal com as normas que têm por fim disciplinar, no plano das relações interprivadas, as concretas condutas dos particulares. A unidade do ordenamento não significa, contudo, a dissolução ou substituíbilidade das diferentes funções que exercem o direito constitucional e o direito privado. Se ao primeiro incumbe fixar, no catálogo dos direitos fundamentais, os valores que determinada comunidade tem como essenciais, ao segundo cabe disciplinar a sua concreta atuação nas relações interprivadas, promovendo a sua efetiva disciplina.” COSTA. Judith Marins. *Idem*. p. 16-17.

¹⁸⁹ Conforme esclarece Pasqualini: “O homem sistêmico de Luhman se revela um ser parcial e parcializador, uma vez que somente consegue pensar o todo como fragmento, isto é, contemplando-o a partir de códigos recursivos, isolados e formais, sempre presos, autopoieticamente, às lógicas

todo no seu fragmento. A idéia de fragmentação, e de abstração do sujeito, ainda que a partir do ponto de vista técnico-didático, traz consigo a simplificação e a redução da complexidade, considerando que ao tratar da parte, se estará abrangendo o todo.

Não parece ser esta a melhor solução. E ainda que se considerem as fundamentações de que o valor central, nesta solução, ainda seria a pessoa humana, um modelo como tal apenas reformula um conceito que já deu mostras de ser insuficiente. Melhor parece a compreensão do sistema centrado na axio-principiologia constitucional que abarca o Direito de forma integral, tendo como centro a moldura de valores que dela emana e que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Daí decorre a *repersonalização* do Direito como um todo¹⁹⁰, e, conquanto se use o prefixo *re-* como algo que se *personaliza* novamente, este sentido não se aproxima daquele individualista e formalista nos moldes do sujeito de direito, abstrato e parte da relação jurídica, que somente existe na medida em que é proprietário e integra o tráfico de bens¹⁹¹; é, ao contrário, o sujeito concreto,

solipsistas da auto-referência e do fechamento operacional (*selbstreferentielle Geschlossenheit*). Nesse holismo fracionante – ou seja, um holismo sistêmico, mas não sistemático – tudo o que lhe ultrapassa e tudo o que sobrepassa tal viés funcionalista constitui, para ele, um nada, um sem-sentido, um puro limbo entregue, sem apelação e ainda com mais voragem, ao cego e envolvente sorvo da contingência pós-moderna.” PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. p. 63, nota 87.

¹⁹⁰ Conforme Szaniawski: “O direito civil, a exemplo dos demais ramos do direito, caminha para uma total *repersonalização*. O direito, como um todo, é um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico, dentro da noção de dignidade do ser humano. Neste sentido, a *repersonalização do direito civil*, segundo Orlando de Carvalho, vislumbra ‘o direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceptual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como primeiro e mais imprescindível dos valores’. Assim, todo o direito, seja qual for a categoria jurídica da qual se esteja tratando, possui, inegavelmente, um radical antropocêntrico, ou seja, se vincula profundamente com a pessoa humana em sua dignidade e em seus valores.” SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2a. ed. rev. atual. ampl. p. 57.

¹⁹¹ Neste sentido Cortiano Jr.: “A superação da ordem tradicional [anterior à formação do liberalismo] faz construir a idéia de sujeito de direito com as respectivas possíveis titularidades. Indivíduo e sujeito se equivalem. E, se todos são sujeitos, todos são iguais. A existência concreta da pessoa não é reconhecida pelo fato de se atribuir a todos o *status* de sujeito de direito. Antes, significa tão somente que todos podem ser titulares de direitos. Aqui reside a igualdade dos indivíduos, átomos de uma sociedade atomizada, átomos iguais – juridicamente – uns aos outros.” CORTIANO, Eroulths Jr. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino*

existencial, inserido no seu meio e que deve ser protegido pela essência do seu ser, por sua dignidade como ser humano e que, como tal, é atingido pelo discurso do sistema (global) dominante, ainda que como parte da comunidade de vítimas¹⁹², e que portanto deve (ou deveria) dele participar.

O Código Civil de 2002 conquanto tivesse a oportunidade de trazer inovações neste sentido, ainda que tenha absorvido (pouco) aspectos da tutela da personalidade, manteve a mesma noção de sujeito¹⁹³, como parte da relação jurídica, e ainda num sentido excludente, abstrato e universal.

A timidez do novo código não está no sentido de que não tenha discorrido ou normatizado os novos aspectos da tecnologia (se bem que também aqui poderia ter andado melhor) - ou porque tenha seu projeto demorado para ser aprovado -, mas no sentido de não ter apreendido no seu bojo a complexidade e a pluralidade (e a instabilidade) caracterizadoras da contemporaneidade, o que poderia ter sido feito

do direito de propriedade. p. 55; ainda Fachin, também citado por Cortiano em outra passagem, faz a análise do conceito de pessoa na relação jurídica: “A formulação do conceito de relação jurídica, e a própria palavra relação, fornece o conceito de presença jurídica de pessoas. No entanto, essa idéia de pessoa não recolhe uma informação a partir de um sujeito em concreto, ou seja, a partir das considerações concretas desse ou daquele sujeito, pois a relação jurídica, classicamente moldada, leva em conta uma noção abstrata e genérica de pessoas. A própria pessoa é que se coloca *in abstrato*, perfil jurídico não definido a partir de usas condições concretas; compreende imensa gama, independente de sua condição econômica, social ou histórica, noção que tem a pretensão de inscrever a todos ao mesmo tempo. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2a. ed. rev. e atual. p. 88.

¹⁹² No sentido da *Ética da libertação* de Dussel: “[...] Com efeito, a ‘verdade’ do sistema dominante é a ‘referência’ ou acesso à realidade tal como se descobre a partir do horizonte do sistema vigente. A ‘validade’ intersubjetiva dessa ‘verdade’ é alcançada mediante a participação simétrica daqueles que têm o poder no sistema. As vítimas, excluídas, descobrem que essa ‘verdade’ encobre um *novo acesso à realidade* a partir da utopia possível de libertação. Vê-se então a ‘verdade’ do sistema dominante como ‘não-verdade’ (como dizia Adorno) – a existência da vítima como critério de falseamento – e, ademais, a ‘validade’ hegemônica se opõe à nova validade crítica da comunidade de comunicação das vítimas – aparece como ‘não-válida’: critério de invalidação.” DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2a. ed. p. 467-468.

¹⁹³ Conforme se prossegue na análise de Fachin: “[...] A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro, cujo modelo se manteve em 2002. E é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal. Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, a educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas ‘de outra ordem’), e é mais um ‘indivíduo patrimonial’.” FACHIN, Luiz Edson. *Idem*. p. 88.

vinculando-se de forma mais direta com a característica axio-principiológica de índole (civil) constitucional, que informa e confere unidade ao sistema, afastando de vez a idéia de centralidade calcada em estatutos legais no modelo de códigos, e da dicotomia (mesmo em um viés mais eufêmico) público-privado, reconhecendo no conjunto de valores e princípios, estabelecidos no Estado Constitucional Democrático de Direito, a sua própria legitimidade e sua condição de validade.

Efetivamente não basta que o código tenha se utilizado (também de forma tímida) de cláusulas gerais – ainda que se reconheça o valor inegável desta iniciativa – para conferir “abertura” ao sistema, até porque, consoante tudo que já se disse, o sistema não se abre porque dotado de cláusulas gerais (como válvulas de escape), mas deve ser visto como geneticamente aberto a partir de sua concepção com base em um conjunto de valores e princípios.

A pretensa “abertura” e “mobilidade” do sistema, com base nas cláusulas gerais, já de antemão pressupõe um sistema que se concebe “fechado” e “engessado”. Não é disso que se trata a teoria crítica do Direito Civil, que percebe no sistema a sua insuficiência para atender aos anseios de justiça material justamente porque se pretende fechado, abstrato e universalizante. A solução, portanto, não parece estar na utilização de cláusulas gerais, pura e simplesmente, mas na reconcepção e releitura do sistema como um todo, partindo-se de novos pressupostos fundados não na formalidade dos estatutos, mas no conteúdo material dos princípios e valores que o orientam e numa racionalidade material e intersubjetivamente válida.

Neste contexto, as cláusulas gerais não figuram como elemento fundante ou instrumento de reconstrução daquilo que ruiu, mas certamente têm um papel relevante como instrumentos de apropriação e concretização do núcleo axiológico do sistema em face do caso concreto. Isto porque, da mesma forma, não basta a concepção de um sistema, ainda que fundado em uma racionalidade material e intersubjetivamente válida, de cunho axiológico pura e simplesmente, é necessário que este mesmo sistema seja factível e de aplicação concreta, que se reflita,

portanto, na efetividade da tutela jurisdicional de ordem constitucional, por meio de instrumentos e mecanismos que permitam a integração valorativa da norma no momento da sua aplicação no caso concreto.

Neste sentido, as cláusulas gerais, como textos normativos concebidos originariamente abertos, que carecem de valoração - e, portanto, permitem ao intérprete-juiz a formação da norma afeita ao caso -, se prestam a atuar como elementos facilitadores não apenas da construção (ou reconstrução) do sistema, mas de sua efetivação ao nível primário do caso concreto, à luz do referente primaz constitucional, que é tutela, promoção e proteção da pessoa humana.

CAPÍTULO 3 – À GUIA DE (IN)CONCLUSÕES: a complexidade e a pluralidade no modelo constitucional de Direito.

A caracterização das sociedades no atual momento histórico compreende inevitavelmente a pluralidade e a complexidade. Neste contexto, o Estado e a sociedade sofrem com a difícil compreensão acerca dos contornos legitimadores, e dos próprios conteúdos, dos sistemas normativos e das decisões e ações do Estado, que afetam todos os grupos sociais e implicam em conseqüências imediatas, mas também que afetarão as futuras gerações.

A crescente utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais tem relação com as constantes mudanças de cenário nas sociedades. A idéia de mobilidade e abertura do sistema no âmbito do ordenamento jurídico, com a possibilidade de integração da norma no caso concreto, reflete-se na própria racionalidade que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Isso implica em uma normatividade que seja apta a reger as relações sociais dinâmicas e as relações do próprio Estado na sua atuação frente ao cidadão e aos organismos sociais. As normas devem estar postas em um sistema aberto que permita a sua mobilidade, que reflita a realidade fático-social, e que permita garantir um núcleo de direitos ditos fundamentais, oponíveis em todas as relações, inclusive em face do próprio Estado.

O constitucionalismo, seja visto como teoria, como ideologia ou método, ou ainda como espécie de Estado de Direito, vem se consolidando nos sistemas normativos ocidentais como modelo que reflete a contratualidade e o pacto social que dão origem ao Estado, o modelo democrático (no Estado Democrático de Direito), e a própria legitimidade da atuação do Estado frente aos cidadãos.

Não se trata aqui de questionar a legitimidade externa da constituição, que implicaria na defesa de um modelo quer procedimental ou substancial que viesse a sustentar sua existência em si, como documento democrático e legítimo. Daí advém

sua concepção diretiva ou normativa, como fonte das fontes, ou de aplicação imediata, como conjunto de regras ou princípios.

Trata-se, portanto de uma postura teórica de uma moral que verse sobre o papel da constituição no contexto das relações jurídicas, da regulação do Estado e das instituições não governamentais, bem como dos atores e agentes no espaço público-privado.

Dentre inúmeros aspectos sobressaem questões que versam sobre a natureza normativa do texto constitucional; a legitimação da supremacia da constituição no sistema normativo; as relações entre a constituição e a soberania popular; o tratamento das lacunas e dos conflitos normativos; a legitimidade do intérprete e a intersubjetividade em um processo de construção do Direito mais democrático.

A separação entre Direito e moral afeita ao positivismo de outrora cedeu espaço às teorias que buscam a identificação ou fundamentação moral do Direito. Subsiste o tema ainda na questão da moral e do Direito em especial no que se refere a uma moral substancial alicerçada em valores e princípios ou procedimental que seja capaz de conferir validade e legitimidade ao Direito Constitucional; e ao Estado Constitucional de Direito.

Se uma tensão se forma entre os termos “Estado Constitucional de Direito” e “Estado Democrático de Direito”, imprescindível que se construam pontes e fundamentos para a sustentação de um verdadeiro “Estado Constitucional Democrático de Direito”.

Se por um lado a separação entre Direito e moral inerente ao Estado Legal de Direito, que somente visa a validade formal, foi suplantada pelo Estado Constitucional de Direito, com a preeminência dos direitos fundamentais, dos princípios e dos valores, critérios morais entronizados no constitucionalismo; por outro lado, uma moral substancial pura leva a um jusnaturalismo transcendental também superado, o que coloca a questão em como harmonizar critérios materiais e procedimentais de validade e legitimidade.

No Estado liberal o que vigora(va) em linhas gerais é o caráter abstrato e formal, que sugere uma sociedade ideal e homogênea inexistente na prática. O que caracteriza este modelo são os pressupostos do cientificismo: simplicidade, estabilidade e objetividade.

Mas, o que caracteriza o atual momento paradigmático são seus opostos: complexidade e pluralidade, instabilidade e intersubjetividade. Neste contexto, os modelos simplistas carecem de recursos para traduzir a realidade e gerar soluções intersubjetivamente válidas.

O (neo)constitucionalismo neste quadro reclama um procedimento democrático e um viés normativo mais aberto e que seja capaz de incluir a pluralidade e a complexidade por meio de deliberações intersubjetivamente válidas, e que possua mecanismos de mobilidade e atualização capazes de abarcar a instabilidade, a qual se traduz em um ritmo de mudanças tecnológicas e sociais, características da globalização, que se reflete nas relações jurídicas, que o Direito sofre em acompanhar.

As cláusulas gerais, como “técnica normativa” (não legislativa apenas) se apresentam com instrumento eficaz na determinação de um momento diferido para formação (concretização) da norma, necessariamente ante o caso concreto, e de acordo com as argumentações das partes envolvidas no conflito, e que igualmente reclama uma decisão calcada em um modelo argumentativo, fundamentado nos princípios e valores fundamentais insculpidos na unidade do sistema.

No Estado de Direito, uma constituição democrática (não no sentido de sua formação, mas de seu conteúdo), deveria garantir os direitos e interesses dos cidadãos frente ao Estado e o respeito aos direitos fundamentais também nas relações interprivadas, e ainda permitir a efetivação de uma organização política e jurídica que seja adequada aos fundamentos da democracia, permitindo a participação dos cidadãos no processo deliberativo.

Os problemas surgem quando se verifica que a prática não espelha os objetivos supostamente perseguidos pelo modelo. Os representantes eleitos passam

a refletir os interesses de grupos minoritários detentores dos recursos de acesso ao poder e ao discurso, que por via transversa se configura no poder exercido de forma elitista, que exclui a participação efetiva dos cidadãos e produz as vítimas do sistema.

De outro lado, os instrumentos de garantia dos direitos fundamentais e dos interesses dos cidadãos frente ao Estado e às maiorias, restam atrelados ao “Estado-Juiz”, que se configura em um “legislador último”, ao qual incumbe a interpretação da constituição e as soluções dos conflitos. A validade e a legitimidade das decisões judiciais, de certa forma, estão estabelecidas na constituição, ainda sob o foco formalista e positivista.

A casuística, neste sentido, traz no seu contexto histórico uma racionalidade formal e burocrática fundada na legalidade estrita e que se apresenta para o bem da estabilidade e da segurança jurídica.

São, em geral, argumentos que intentam incutir, de forma quase subliminar, na mente dos ouvintes - inclusive na comunidade acadêmica - o temor geral, o mito do caos da insegurança. O que se apregoa é que ninguém estará seguro sem a previsibilidade que permita aos cidadãos conhecer os seus direitos e pautar-se por normas pré-estabelecidas e expressamente positivadas confirmam a “certeza do direito” e a “confiança” no sistema.

As cláusulas gerais, na medida em que se abrem para uma integração valorativa de conformação dos valores e princípios, que conferem a unidade do sistema, em face à concretude do caso, propalam o discurso do temor da insurgência de um “juiz-legislador”, a usurpar o poder do legislativo e desequilibrando a tripartição dos poderes.

O positivismo, junto com o Estado liberal, surgiu como resposta a uma desconfiança do Estado e dos juízes, de tal maneira que estes passassem a representar a “boca da lei”, no intuito de suprir segurança jurídica e inibir arbitrariedades contra os cidadãos.

Inevitáveis as críticas ao sistema, que questionam a legitimidade dos juízes

em substituir os representantes eleitos, e a idéia de que os juízes estariam mais bem capacitados para sintetizar os “interesses gerais da sociedade”, que poderia implicar em uma ampla discricionariedade nas mãos da justiça.

O que sobressai é que qualquer mudança que implique em diminuição de um poder, diante do equilíbrio dos poderes, implicará em necessário fortalecimento dos outros poderes, em um círculo vicioso, dificilmente implicando na solução dos problemas, que se refletem na falta de participação de todos os afetados pelas decisões, em condições de igualdade material e formal.

De modo geral, não importando que sistema se adote, a tendência é que as instituições se neutralizem, assumindo papéis distintos e distantes da vontade popular, vontades próprias, dirigidas pelos interesses representados não pela maioria quantitativa, mas por um embate qualitativo de poder que ocorre acima das massas populares. Este embate ocorre em um contexto político, econômico e midiático que tende a manipular os rumos do Estado segundo aqueles interesses, e, por conseguinte, determinando as decisões que afetam as relações jurídicas e sociais, mantendo a sociedade em si alheia a este mecanismo.

Seria então de se aquilatar se, neste sentido, as cortes não estariam exercendo o papel de garantes dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, mas, por outro lado, criando normas basilares, que nem sempre refletem a vontade popular, mas que afetam todos os cidadãos e o próprio Estado. Poderia estar aí uma legítima crítica a esta atividade “judicial” sem qualquer mecanismo de controle ou de implementação democrática no processo deliberativo.

Talvez seja este o momento em que o ativismo judicial calcado em ideais de justiça e liberdade deva florescer encontrando o judicialismo seu lugar primaz de defensor dos direitos fundamentais e princípios fundados em valores morais; conquanto a crítica paire justamente em que este possa ser, ao contrário, o momento do risco absoluto, em que os destinos do Estado e da sociedade se encontram nas mãos de autoridades não instituídas democraticamente, e com uma margem de poder discricionário inadmissível em uma democracia; portas abertas a

uma “ditadura do judiciário”.

Neste contexto se enquadram as teorias da argumentação como instrumentos de uma razão prática procedimental que possa conferir validade e legitimidade moral às decisões tanto na esfera política quanto na esfera judicial onde a atividade é argumentativa por natureza. Contudo, as teorias do discurso representam também uma razão prático-racional, na qual a legalidade formal fica aquém do desejado para conferir legitimidade às decisões, sendo imprescindível que estas sejam permeadas por um discurso inclusivo e de cunho material, eivado de argumentos também legitimados por um processo democrático em que os afetados possam participar do processo deliberativo.

Não bastaria, portanto o formalismo legal, nem o procedimentalismo formal, que conferisse uma falsa legitimidade a uma maioria por si só, mas torna-se requisito que as deliberações se dêem por meio de instrumentos e regras que reflitam a igualdade de participação dos cidadãos, em condições materiais e formais, e que tenha por fundamento uma teoria que incorpore os valores e princípios de um Estado Democrático de Direito, ressaltando a relação intrínseca do Direito e da moral em um contexto de validade substancialmente constituída.

Referindo-se, estes valores e princípios, aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais do cidadão constitucionalmente protegidos, talvez resida aí o(um) papel para as cláusulas gerais, se as considerarmos no seu aspecto de meio à uma integração valorativa, nos moldes antes tratados, que esteja vinculada ao conjunto axio-principiológico estabelecido pelas constituições democráticas, nas quais se inclui a Constituição brasileira, que forma a unidade do sistema e que se estende de forma primaz ao Direito Civil, que é por excelência o ramo do Direito que rege as relações interpessoais que, por sua vez, reclamam critérios intersubjetivos de validade; e de validade material.

Os conflitos e as decisões nos casos difíceis se resolvem com base nos princípios e valores, haja vista que nestes casos as regras, no sistema de tudo ou nada, se tornam inconsistentes e muitas vezes inexistentes. As formas de

argumentação com o fim de se encontrar uma solução válida perpassam as teorias de Alexy e Dworkin, este no tocante ao Direito como integridade, vinculado à moral e aquele considerando a validade congruente dos princípios em um sistema que exige uma racionalidade argumentativa de ponderação ante os pressupostos fáticos.

Na doutrina de Dworkin, contudo, o juiz torna-se um ser isolado, com o mundo em suas costas, representado pela figura caricaturista do juiz *Hércules*, que teria em sua conta o dever de aferir a história e as teorias jurídicas, criando ou escolhendo uma julgasse correta. Este modelo de juiz onipotente não tem espaço em uma sociedade plural e complexa, onde os interesses e as “verdades” têm suas vertentes absolutas em cada eixo comunitário.

Por outro lado, o comunitarismo ou o pluralismo, representado nas tensões entre os grupos, de maneira que um não suplante o outro – criando um pretense equilíbrio de forças-, também soa inconsistente, na medida em que este equilíbrio em uma sociedade plural, complexa e instável dependeria de um número sem fim de fatores e variáveis, de tal maneira que o desequilíbrio sempre estaria presente. Tal equilíbrio é essencialmente utópico, principalmente um pretense equilíbrio estável, em especial neste contexto globalizado, de instabilidade e complexidade.

Em um ambiente complexo e plural, parece ser a intersubjetividade a legitimar e moralmente validar decisões que afetem os interesses envolvidos. Em dimensões menores, onde a participação de todos torna-se plausível, a obtenção do consenso por meio de uma prática discursiva que permita a participação solidária dos envolvidos, mutuamente reconhecidos como iguais, e motivados pela obtenção deste consenso; se fosse viável, talvez fosse a melhor alternativa.

Mesmo no processo democrático o consenso pode ser falseado por meio de manipulações e influência de grupos internos detentores de meios coercitivos ou de convencimento que podem distorcer o resultado e distar dos ideais de moral e de justiça.

Ainda que o processo democrático possa ser distorcido e muitas vezes maquiado numa ditadura da maioria, não se vislumbra facilmente outro sistema que

melhor traduza e permita o ambiente necessário, o palco para a realização de uma razão prática comunicativa, substancialmente válida, que conceda maior legitimação ao processo deliberativo. Com efeito, e paradoxalmente, a prática política e as desigualdades formais e materiais, se apresentam como fortes obstáculos à concretização de uma verdadeira democracia, que se supõe seja o sistema por excelência, a congregar a pluralidade.

A impossibilidade de acesso ao espaço político de decisão, e a manipulação dos grupos de poder, acabam por concentrar as decisões políticas em um restrito espaço inacessível à grande maioria da população, que acaba por quedar-se inerte no contexto deliberativo.

Contudo, a mera possibilidade de participação não exclui a preservação dos princípios e direitos fundamentais, que o constitucionalismo implica, devendo subsistir mecanismos de controle de cunho material que visem à proteção destes princípios e direitos fundamentais dentro do próprio ambiente democrático, e que deve vigorar também na esfera judicial e na solução dos conflitos inerentes às relações humanas, que se apresentam ao Direito Civil, regidas pela primazia da proteção, promoção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

O princípio vida e o princípio dignidade precedem a cidadania como possibilidade de participação ativa e efetiva no processo político deliberativo. Uma participação mais efetiva no processo deliberativo, na vida pública, além de conferir legitimidade às decisões, também passa pela garantia ou preservação de uma adaptabilidade do sistema, permitindo a concretização das normas no momento adequado, conforme a situação que se apresenta no caso concreto. A integração valorativa das cláusulas gerais, portanto, pretende-se esteja em conformidade com aqueles princípios e valores que sustentam e que, efetivamente, devem traduzir a unidade do sistema, tendo por função a aplicação de princípios de justiça previamente, ou talvez melhor, constitucionalmente, justificados, que estabeleçam um vínculo estreito entre Direito e moral, justiça e democracia.

Em um ambiente complexo, plural e instável uma racionalidade material e

intersubjetivamente válida certamente será também complexa e plural, envolvendo todos os setores, políticos, sociais e jurídicos, e contando com instrumentos que possam permitir uma participação mais igualitária e justa de todos, preservando mecanismos necessários de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, e que permitam a construção de um sistema jurídico que se coadune com os objetivos propostos ao desenvolvimento de uma justiça material mais efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade*. In Revista de Direito Renovar, n18 p. 11-19, set/dez 2000.

ALEXY, Robert. *La estructura de las normas de derecho fundamental*. In: _____. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria*. In Revista de Informação Legislativa, v. 25, n. 98, p. 235-256, abr/jun, 1998.

AMSELEK, Paul. *Norme et loi*. In Archives de Philosophie du Droit. Tome 25. Paris: Éditions Syrei, 1980.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais, cláusulas abusivas e boa-fé*. In Revista de Direito Privado, v.1, n.4, p. 9-25, out/dez 2000.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Nápoli: Jovene, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio*

do Direito Constitucional no Brasil. In Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. n. 9 mar-abr-mai/2007. Salvador: www.direitodoestado.com.br, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. *A Constituição e o Código Civil*. In Revista de Direito Privado vol. 9 jan-mar, 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do ordenamento jurídico*. Trd. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 4ª ed., 1994.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v.34, n.34, p. 275-291, 1994.

_____. *Teoria do Estado*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CALSAMIGLIA, Alberto. *Ensayo sobre Dworkin*. Prólogo In DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

CANNARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3a. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito privado na Alemanha* – In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e direitos fundamentais e o Direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2002.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil*. Carmem Lúcia Silveira Ramos et al. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARRILLO, Carlos Alberto; SANTOS, Gerson Pereira dos. (Coord). *Memória da Justiça brasileira*. v. 2 cap. 5 – publicação eletrônica: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume2/cap5.htm., 2007

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. In GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sergio Servulo. *Estudos de Direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

_____. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1988.

COSTA, Judith H. Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. In Revista de Informação Legislativa, v. 28. n. 112, p. 13-32. out/dez, 1991.

_____. *A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança*. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out/dez. 2004.

_____. *O Direito privado como um 'sistema em construção': (as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro)*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____. *A boa fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e*

direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. (Organizadora): Alexandre dos Santos Cunha *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito;* tradução: Marcio Pugliesi; revisão da tradução: M. Alexandra O. C. de Almeida. São Paulo: Ícone, 1996.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão.* 2a ed. Trad. Epphram Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio.* Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Los derechos em serio.* Tradução Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 7. ed., Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luis Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil.* Revista de Jurisprudência Brasileira nº. 172. p. 45 a 50. Curitiba: Juruá, 1994._

_____. (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil.* Carmem Lúcia Silveira Ramos *et al.* 2a. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro.* 2 Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Diálogos sobre Direito Civil* - volume II. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A “reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro*. In _____. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Leituras Complementares de Direito Civil: O Direito Civil-Constitucional em Concreto*. Salvador: Podium, 2007.

FERREIRA, Roberto Schaan. *A influência de fatores metajurídicos no sistema de Direito privado modelo aberto externo*. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 114, p. 381-396, abr/jun 1992.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de Direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989.

FILHO, Willis Santiago. *O Direito como sistema autopoietico*. In *Revista Brasileira de Filosofia*. v. XXXIX, fasc. 163. jul-ago-set/1991.

FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*. Torino: Gianppichelli, 1995.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Melhoramentos, 1995.

_____. *A interpretação sistemática do Direito*. 3a. ed. rev. ampl. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica: o juiz só aplica a lei injusta se quiser*. In *Revista*

da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. a.XIV julho. v. 40. Porto Alegre: AJURIS, 1987.

FURQUIM, Maria Célia de Araújo. *A constituição como sistema*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 5, n.20, p. 130-139, jul/set 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Vol. I. 6 ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GALGANO, Francesco. *Il Diritto privato fra codice e costituzione*. 2. ed. acres. Bologna: Zanichelli, 1979.

GALUPPO, Marcelo. *O Direito Civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema*. In Revista Trimestral de Direito Civil. a. 4, v. 13, jan-mar/2003. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

GILISSEM, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GIORGIANI, Michele. *La morte del codice ottocentesco*. In Rivista di Diritto Civile.(Tramonto della codificazione) a. XXVI n. 1, gen-feb/1980. Padova: Edizioni CEDAM, 1980.

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

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. In ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, n. 12, p. 17-20, dez. 1996.

GONDINHO, André Osório. *Codificação e cláusulas gerais*. In Revista Trimestral de Direito Civil, v.1, n.2, p. 3-25, abr/jun 2000. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *Primeira lição sobre Direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

_____. *Código y complejidad "in"* CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 149/164.

HOBBSAWN, Eric. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

_____. *A era dos impérios*. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1998.

HOFFE, Otfried. *Estúdios sobre teoria del derecho y la justicia*. 2ª ed. Espanha: Fontamara, 1997.

JÚNIOR, Eroulths Cortiano. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do estudo do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Para além das coisas (breve ensaio sobre o Direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.) *Diálogos sobre Direito Civil*. Carmem Lucia Ramos et. Al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Interpretação*. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. a.XVI março. v. 45. Porto Alegre: AJURIS, 1989.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Teoria da norma jurídica. Ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais e Ed. Da Universidade de São Paulo, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: 1984.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Universitaires de France, 1998.

KONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*: Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed., Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6ª ed. Rev. Atual. e Amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDOS, Gabriel F. *As cláusulas gerais do contrato na república federal da Alemanha*. In Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, nova série, v. 31, n. 86, p. 31-44, abr/jun, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In FARIA, Cristiano Chaves de. Leituras complementares de Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto. Bahia: Jus Podium, 2007.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da*

Filosofia, filosofia da libertação e Direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Tradução Luís Alberto Peluso. Campinas, SP: Papyrus, 1990.

MARTINS, Samir José Caetano. *Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais*. In *Revista de Direito Privado*. a. 8, n. 30, abr-jun/2007 São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In FACHIN, Luis Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil*. Carmem Lúcia Silveira Ramos et al. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de. *Systema de sciencia positiva do Direito*. Vol I *Introdução á sciencia do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro do Santos – Editor, 1922.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 19, p. 246-268, jul/dez 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Primeiro Volume. São Paulo: Brasil Editora, 1960.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Segundo Volume. São Paulo: Brasil Editora, 1960.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Brasil*, v. 65, p. 21-33,

1993.

_____. *Constituição e Direito Civil: Tendências*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os direitos de personalidade*. In Revista da Faculdade de Direito. a. 19, n. 19. Curitiba: UFPR, 1980

PAGE, Henri de. *De L'interpretation des lois. Contribution a la recherche d'une methode positive et theories en presence Henrique de Page*. Bruxelles: Librerie des Sciences Juridiques, 1925.

PASARELLI, Francesco Santoro. *Dottrine generali del Diritto Civile*. Napoli: Jovene, 1989.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Reflexões para uma tese sobre o público e o privado*. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. a.XVI março. v. 45. Porto Alegre: AJURIS, 1989.

PERELMAN, Chaim. *Les antinomies en droit*. Etudes Publiees Par Chaim Perelman. Bruxelles: E. Bruylant, 1965.

_____. (org.). *Le problème des lacunes en droit*. Bruxelles: E. Bruylant, 1968.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de*

1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. In Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 43 n. 169 jan-mar/2006. p. 101-126

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3a. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A Constitucionalização do Direito privado e a sociedade sem fronteiras*, In FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. 2a. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (Org.) *Diálogos sobre Direito Civil*. Carmem Lucia Ramos et. Al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Visão geral do novo Código Civil*. In Revista de Direito Privado vol. 9 jan-mar, 2002. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

RODOTÁ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. 2 Ed. Bologna: Il Mulino, 1973

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: Princípios do Direito político*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

2002.

SACCO, Rodolfo. *Codificare: modo superato de legiferare?* In *Rivista di Diritto Civile*. a. XXIX, n. 2, mar-apr/1983. Padova: Edizioni CEDAM, 1983.

SALDANHA, Nelson. *História, revolução e utopia*. In *Revista Brasileira de Filosofia*. v. XXXIX, fasc. 153. jan-fev-mar/1990.

_____. *“Transformação e crise” no Direito: uma visão histórico-crítica*. In *Revista de Informação Legislativa*, a. 19 n. 75, jul/set. Brasília: Senado Federal, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. José Luis Bolzan de Moraes *et al*; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____.(Org.) *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. Aldacy Rachid Coutinho...[et. al] Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 14, n. 57. out-dez/2006. p. 5-48. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. a.XIV julho. v. 40. Porto Alegre: AJURIS, 1987.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Considerações sobre o princípio da proporcionalidade*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v.32, n.33. p. 19-29, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional*

brasileiro. In _____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. (coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. Introdução. In _____. (coord.) *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Os 15 anos da Constituição e o Direito Civil*. Editorial In *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 14 abr/jun 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In _____.(Coord.) *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de Direito Civil*. Tomo II Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. *Revista EMERJ*, v. 9, n. 35.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução Yvonne Jean. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. SISTEMA DE BIBLIOTECAS. *Normas para apresentação de documentos científicos*; 1-10 Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma*

da ciência. 3a ed. Campinas: Papirus, 2002.

VELLUZZI, Vito. *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*. su Etica&Politica, www.univ.trieste.it/~etica/, revista on line, vol. VII, 1, 2006, pp. 19, *on line* em 10 de julho de 2006.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional (co-edição com a Ed. Universidade de Brasília), 1979.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou*. Vol. II Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATKIN, Thomas Glyn. *The nature of law*. Amsterdam: North-Holland, 1980.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo; revisão Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Tradução Antônio Manuel Hespanha. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto per: valori, principi o regole?(a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)* In Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno. v. 31.Tomo II. Milano: Giufre Ed., 2002..