



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

LEONARDO FERREIRA MENDES

**SISTEMAS JURÍDICOS FECHADO E ABERTO:
MUDANÇA DO PARADIGMA CONTRATUAL CIVIL
LEONARDO FERREIRA MENDES**

Londrina
2011

LEONARDO FERREIRA MENDES

**SISTEMAS JURÍDICOS FECHADO E ABERTO:
MUDANÇA DO PARADIGMA CONTRATUAL CIVIL
LEONARDO FERREIRA MENDES**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, linha de pesquisa em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof^o. Dr^o Zulmar Fachin

Londrina
2011

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

M538s Mendes, Leonardo Ferreira.

Sistemas jurídicos fechado e aberto : mudança do paradigma contratual civil /Leonardo Ferreira Mendes. – Londrina, 2011.
141 f.

Orientador: Zulmar Fachin.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais e Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Hermenêutica (Direito) – Teses. 2. Forma contratual – Teses. 3. Direito civil – Teses. I. Fachin Zulmar. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais e Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.4

LEONARDO FERREIRA MENDES

**SISTEMAS JURÍDICOS FECHADO E ABERTO:
MUDANÇA DO PARADIGMA CONTRATUAL CIVIL
LEONARDO FERREIRA MENDES**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, linha de pesquisa em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Zulmar Fachin
UEL – Londrina – Pr

Prof. Dr. Claudomiro José Bannwart
UEL – Londrina – Pr

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcon
PUC – São Paulo _ SP

Londrina, 30 de junho de 2011.

Dedico este trabalho a Talita, meu amor, minha amiga, minha inspiração...

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Talita pelo apoio e pelo amor, sem os quais não teria sido capaz de produzir essa dissertação.

Agradeço aos meus pais, por terem me incentivado e permitido alcançar mais esta conquista acadêmica.

Agradeço aos amigos do mestrado, grandes companheiros dessa jornada acadêmica, pessoas que desde já deixam muitas saudades.

Agradeço ao Francisco, sempre paciente e disposto a ajudar os alunos do mestrado.

Agradeço aos professores do mestrado em Direito Negocial da UEL, pelo empenho na transmissão de conhecimento, e por terem me permitido ampliar de sobremaneira meus conhecimentos jurídicos e humanísticos nesses dois anos de curso.

Agradeço ao Professor Zulmar Fachin pela orientação, pelo apoio e pelo incentivo nas pesquisas.

Agradeço a todos os demais que, de qualquer forma, tenham me ajudado na conclusão de mais esta etapa da minha vida.

Agradeço a Deus por ter me dado forças para enfrentar as longas madrugadas de estudo, privado da presença de minha família e de minha namorada e por ter me permitido conviver com os ótimos amigos que fiz durante o tempo que morei em Londrina.

"Nenhum homem é uma ilha, inteiramente de si mesmo; todo homem é uma parte do continente, uma parte do principal."
John Donne

MENDES, Leonardo Ferreira. **Sistemas jurídicos fechado e aberto: mudança do paradigma contratual civil**. 2011. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do Direito Contratual à luz da abertura sistêmica do Direito Civil, verificada, principalmente, com a fragmentação do sistema do Código Civil de 1916. Nesse contexto, objetiva-se estudar os novos paradigmas legislativos e hermenêuticos que norteiam o direito contratual atualmente no Brasil, em especial nos contratos regulados pelo Direito Civil. Para tanto, foi realizada uma análise dos modelos jusfilosóficos anteriores, de modo a traçar as mudanças ocorridas pelo desenvolvimento de algumas das diferentes vertentes da filosofia do Direito, cumprindo citar o jusnaturalismo racionalista inspirador do Código de Napoleão; a Escola da Exegese, que foi a vertente filosófica inspiradora das interpretações de referido Código; a teoria pura do Direito e teoria da moldura normativa de Kelsen; a teoria das normas primárias e secundárias e da textura normativa abstrata de Herbert Hart. Após, foram delineadas as tendências teóricas quanto aos métodos de engenharia legislativa e de interpretação normativa, principalmente quanto à adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e de princípios, tendo sido abordadas, em especial, teorizações de Miguel Reale, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Em seguida, foi analisada a teoria contratual à luz das diferentes linhas jusfilosóficas já citadas e foram enunciadas algumas consequências, principalmente no que tange à principiologia aplicável à teoria contratual bem como aos novos paradigmas hermenêuticos. Por fim, foi defendido que a abertura sistêmica do direito contratual é um importante instrumento de concretização de uma democracia participativa e inclusiva. O procedimento para consecução deste estudo se deu primordialmente por meio de pesquisa bibliográfica, embora também tenham sido empregadas análises jurisprudenciais. As principais conclusões alcançadas se referem à necessidade cada vez maior de que, diante de uma sociedade complexa e plural, as novas legislações que regulem matérias afetas ao que alguns chamam de Direito Privado, empreguem técnicas de abertura sistêmica, de modo a garantir segurança jurídica sem prescindir da garantia de justiça. Ainda, se faz premente que os estudiosos e aplicadores do Direito se valham dos novos paradigmas interpretativos advindos da abertura sistêmica, em especial quando o objeto em discussão sejam negócios jurídicos, como condição indispensável de respeito à Dignidade da Pessoa Humana, inclusive por meio do prestígio aos Direitos Fundamentais garantidos em sede constitucional.

Palavras-chave: Abertura sistêmica. Hermenêutica. Direito contratual.

MENDES, Leonardo Ferreira. **Sistemas jurídicos fechado e aberto: mudança do paradigma contratual civil.** 2011. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

This work has as its purpose the study of Contractual Law by the light of the system opening of Private Law, verified, mainly, with the fragmentation of the system of Civil Code of 1916. In this context, it has been objectified the study of new legislative and hermeneutic paradigms that guide the contractual law in Brazil nowadays, especially in the contracts regulated by Private Law. For this, it had been fulfilled an analysis of the previous models of law philosophy, in a way that trace the changes happened because of the development of some of the different doctrines of philosophical law, in a way that it's important to mention the rational natural law that inspired the creation of Napoleon Code; the Exegesis School, that was the philosophical doctrine that inspired the interpretations of referred Code; the pure theory of Law and the normative frame theory, both from Kelsen; the theory of primary and secondary rules and of the abstract normative texture from Herbert Hart. Then, it has been designed the theoretical tendencies about the methods of legislative engineering and of normative interpretation, meanly about the adoption of general clauses, indeterminate juridical concepts and principles, considering it had been approached, especially, Miguel Reale's, Robert Alexy's and Ronald Dworkin's theories. In sequence, it has been analyzed the contractual theory by the light of the different lines of juridical philosophy referred and it had been enunciated some consequences, mainly about the applicable principiology to the contractual theory, as well as the new hermeneutical standards. At last, it had been defended that the system opening of contractual law is an important tool of concretion of a participative and including democracy. The procedure to the consecution of this study had been done, primarily, by the bibliographical research, although it had been employed jurisprudential analysis. The mainly conclusions reached refer to the each day bigger need of, facing a complex and plural society, the new legislations that regulates the subjects related to what some people call Private Law, employ technics of system opening, in a way that it warranties legal security. Further, it is imperious that the scholars and legal professionals use the new hermeneutical standards arising the system opening, especially when the subject in discussion are the juridical business, as an indispensable condition of respect to the Human Being Dignity, including by the prestige to the Fundamental Rights warrantied by the Constitution.

Key words: System opening. Hermeneutics. Contractual law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CAMINHO HISTÓRICO DO JUSPOSITIVISMO E REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO	13
1.1 JUSPOSITIVISMO E CÓDIGO DE NAPOLEÃO: A ERA DAS CODIFICAÇÕES E O PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA	17
1.2 HANS KELSEN E TEORIA PURA DO DIREITO: SEPARAÇÃO ABSOLUTA ENTRE DIREITO E VALORES	26
1.3 HERBERT HART E O CONCEITO DE DIREITO	34
1.4 MUDANÇAS DO PARADIGMA SOCIAL E DECLÍNIO DO JUSPOSITIVISMO.....	43
2 ASCENSÃO DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO	51
2.1 O DIREITO PRIVADO E O NOVO CONTEXTO SOCIAL: FRACASSO DO DOGMA DA COMPLETUDE, FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E NECESSÁRIA ABERTURA SISTÊMICA	54
2.2 MIGUEL REALE: DIREITO COMO ELEMENTO CULTURAL E TEORIA TRIDIMENSIONAL DINÂMICA DO DIREITO	58
2.3 CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO NORMATIVO-INTERPRETATIVO DO DIREITO CIVIL	64
2.4 ABERTURA SISTÊMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS PRINCÍPIOS	72
2.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	82
3 O DIREITO CIVIL CONTRATUAL PÓS-POSITIVISTA	92
3.1 REFLEXOS DA ABERTURA SISTÊMICA NO DIREITO CIVIL CONTRATUAL	93
3.2 PRINCÍPIOS BASILARES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ETICIDADE, SOCIALIDADE E OPERABILIDADE	99
3.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL	103
3.3.1 Princípio da autonomia privada.....	103
3.3.2 Princípio da boa-fé objetiva.....	108
3.3.3 Princípio da função social	115

3.4	ABERTURA DO SISTEMA CONTRATUAL CIVIL E DEMOCRACIA SUBSTANCIAL.....	119
	CONCLUSÃO	126
	BIBLIOGRAFIA	132

INTRODUÇÃO

Principalmente por conta das ocorrências da Segunda Guerra Mundial, os planos jurídicos internacional e domésticos passaram a reconhecer como seu núcleo valorativo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. As sociedades que se espelham em referida *axio*¹ buscam, diuturnamente, a construção de democracias onde se garanta a real participação de todos. Vive-se uma época em que, ao menos ideologicamente, são prestigiados os pluralismos cultural, ideológico e político, como indispensáveis ao pleno desenvolvimento das potencialidades de todo e qualquer ser humano.

A busca por uma democracia real, que permita a participação de todos os seres humanos e promova segurança e justiça, traz uma série de novos problemas a todos os ramos do saber, em especial à Política e ao Direito. Embora os seres humanos, indistintamente, sejam iguais em dignidade, seus valores e necessidades ético-morais² variam de acordo com suas concepções religiosas, culturais e políticas, com os valores regionais de dada população e até mesmo com o transcorrer da história. O paradigma representado na diversidade e na dinamicidade traz como desafio a harmonização desta pluralidade de interesses, ante a incapacidade dos modelos legislativos clássicos, de raízes juspositivistas, em lidar e amoldar-se a essa constante mudança paradigmática (ou paradigma de conteúdo altamente mutável).

Se, por um lado, um sistema normativo fechado e baseado no dogma da

¹ A Dignidade da Pessoa Humana constitui-se no valor constitucional supremo do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, possui também força normativa, na medida em que se consubstancia em um princípio constitucional. Cf.: NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 372/373.

² Os conceitos de ética e moral são amplamente discutidos pela Filosofia. Em que pese a grande importância destes conceitos e as diferentes abordagens a depender do filósofo, tem-se que esta discussão, por conta de sua profundidade, demandaria um trabalho de dissertação autônomo. No entanto, a fim de evitar os problemas decorrentes da equivocidade dos signos, empregaremos conceituação de moral e ética, nos moldes do ofertado por Fábio Konder Comparato: "O sentido que nesta obra se dá à ética é bem largo: ela abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos – e, na maioria das vezes, largamente contraditórios – da religião, da moral e do direito". *In*: **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 18. Neste sentido, moral seria um subsistema da ética (ou seja, um sistema de dever-ser), distinto do direito e da religião.

completude garante um alto grau de segurança jurídica, por outro acaba por relegar a segundo plano outro valor extremamente caro a toda ordem jurídica democrática: a justiça. No entanto, um sistema jurídico que se confunda com valores éticos e morais, nos moldes do propugnado pelo jusnaturalismo, leva, pela grande margem de subjetivismo, à insegurança jurídica, podendo, ainda, gerar autoritarismos típicos do Absolutismo e de totalitarismos despóticos, a exemplo dos observados em países da América do Sul, da África e da Ásia. O Direito está umbilicalmente ligado ao exercício de Poder e todo exercício de Poder deve encontrar limitações muito claras, sob pena de ocorrência de abusos.

Um dos caminhos para que uma sociedade garanta justiça social sem abrir mão da segurança do positivismo jurídico é a superação tanto do dogma da completude quanto da adoção de sistemas hermeticamente fechados. Um meio para consecução de tais objetivos é a adoção de teorias do Direito e de técnicas legislativas que permitam a aplicação de determinados valores aos casos concretos. É exatamente isso o que se possibilita pela técnica de sistematização aberta, nos moldes observados na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, bem como pelas novas teorias hermenêuticas.

De outra feita, a constante e cada vez mais rápida mudança dos paradigmas socioculturais leva a uma necessária evolução e tentativa de readequação do Direito. Dentre os institutos jurídicos, poucos sofreram tantas influências quanto o dos negócios jurídicos e, em especial, o dos contratos. Fala-se hoje em boa-fé objetiva, função social dos contratos e até em flexibilização ao princípio da força obrigatória.

Boa parte das mudanças de tratamento introduzidas no sistema, nada mais são do que modalidades de abertura do sistema jurídico. A teoria contratual conta hoje com uma miríade de normas veiculadoras de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e princípios, que acabam por demandar uma necessária reestruturação da teoria contratual. Neste diapasão, este trabalho visa a um estudo da passagem das sistematizações civil e constitucional do modelo fechado para o aberto e as consequências, na teoria geral do Direito Contratual, da mudança de paradigma legislativo e hermenêutico advindas tanto da abertura do sistema do

Direito Civil quanto de sua constitucionalização.

É indispensável, para compreensão de uma realidade, conhecer o que lhe antecedeu, o que lhe deu causa. Por tal razão, o primeiro capítulo será dedicado ao estudo de algumas construções positivistas que tiveram, e ainda têm, grande influência na maneira de conceber o Direito e de interpretá-lo. Mais especificamente, serão tecidas considerações acerca de algumas características do jusnaturalismo racionalista, da Escola da Exegese e do juspositivismo. Quanto a este última corrente, serão analisadas as teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart.

Em um segundo momento foram traçadas as diretrizes básicas de engenharia legislativa que possibilitaram a construção do Código Civil de 2002, e as teorias hermenêuticas que buscam atribuir o sentido adequado às normas abertas do sistema, em especial às cláusulas gerais, aos conceitos jurídicos indeterminados e aos princípios jurídicos. Com esse escopo, foram analisadas algumas categorias criadas por Miguel Reale, as implicações dos Princípios da Supremacia da Constituição e de sua Força Normativa, a teoria dos princípios nos moldes do propugnado por Ronald Dworkin e Robert Alexy e a teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.

No terceiro e último capítulo foram abordados alguns princípios do Direito Contratual, em específico aqueles que surgiram das técnicas de abertura sistêmica e aqueles cujo conteúdo normativo sofreu maiores reflexos desse paradigma de engenharia legislativa. Nesse sentido, foram abordados os princípios que são a base da codificação civilista brasileira (eticidade, socialidade e operabilidade) e, no que tange mais especificamente ao Direito Contratual, os princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Por fim, tratou-se da relação entre abertura sistêmica do Direito Contratual e a construção de uma Democracia plural e inclusiva.

Em conclusão, defendeu-se que, apesar da demonstrada evolução na técnica de engenharia legislativa, esta se mostrará inócua se não for aliada a uma visão hermenêutica de vanguarda, que busque na atividade interpretativa das normas abertas a efetiva concretização da Dignidade da Pessoa Humana, por meio

da aplicação dos Direitos Fundamentais.

Propugnou-se, ainda, que apesar de Direito e Moral não serem coincidentes, normas jurídicas sem vínculos morais mínimos perdem sua legitimidade no intento de regular a vida do ser humano. Isso porque o ser humano é um ser moral e rege sua vida de acordo, primeiramente, com regras morais e, apenas em um momento secundário, de acordo com a norma de Direito.

Finalmente, os contratos são a modalidade de ato jurídico mais praticado quando das relações negociais privadas. Permitir que tal instituto não obedeça aos ditames constitucionais significa por ao largo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana uma grande parcela das relações jurídicas; ou melhor, a maior parte das relações jurídicas e, em consequência, da realidade social.

1 CAMINHO HISTÓRICO DO JUSPOSITIVISMO E REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO

A evolução do pensamento jusfilosófico não ocorre por meio de etapas estanques. Muito pelo contrário, a evolução de ditas correntes se dá por intermédio de uma evolução dos ideais reinantes em determinado período histórico, ocasionada por tensões dialéticas que buscam a superação dos problemas de então. As "novas ideias" surgem, geralmente, como respostas aos conflitos existentes.³

Observa-se uma forte tendência contemporânea em se repelir, quase que por reflexo involuntário, qualquer posicionamento que reflita gérmen juspositivista.⁴ Muitos relacionam tal corrente jusfilosófica ao nazi-fascismo e ao holocausto.^{5 e 6} Em muitos pontos, os críticos têm razão, mas em outros nem tanto. Na realidade, não é crível que a maior parte dos teóricos juspositivistas tivesse como meta os fatos ocorridos na Segunda Grande Guerra. Parece mais sensato pensar que velavam para que outras espécies de abusos, comuns no passado, sob a égide do pensamento jusnaturalista, não se repetissem.⁷

Não se pode olvidar que a evolução de qualquer área do saber humano ocorra por uma construção gradativa, baseada em erros e acertos. Assim, quando se fala em "superação" de uma corrente do pensamento por outra, não se pode estar querendo dizer "completo abandono". De fato, o positivismo jurídico tem como base elementos construídos pelo Direito Natural, e o que hoje chamamos de "pós-positivismo" não despreza todas as categorias criadas pelos juspositivistas.⁸

³ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 45 seq.

⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. p. XVII (prólogo). *In*: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶ TELISCHEWSKY, Eduardo. Hans Kelsen e o Juspositivismo. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1352>> Acesso em: 29 out. 2010.

⁷ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *ibid.* p. XIII (prólogo). *In*: *Id. ibid.*

⁸ Cf. AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: introdução e teoria geral. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 07. Ressalte-se o princípio da Supremacia da Constituição é sob certo aspecto reflexo direto da característica da unidade, corporificada na pirâmide normativa de Kelsen, com algumas modificações, principalmente no que se refere a adequação axiológica.

Repise-se que a própria "era das codificações" teve início após a Revolução Francesa, tendo como mote muitos dos ideais do naturalismo jurídico.⁹ O cerne deste trabalho é a passagem do modelo de sistematização fechado para o aberto e o estudo do Direito Contratual à luz da abertura sistêmica do Direito, motivos pelos quais se mostra indispensável a análise dos ideais que influenciaram o modelo de sistematização fechada, em especial o Código de Napoleão, paradigma legislativo seguido quando da criação do Código Civil de 1916.

Durante aproximadamente dois séculos o positivismo foi o viés do pensamento jurídico reinante.¹⁰ Ele ganhou força, em certa medida, com as revoluções liberais.¹¹ Buscava-se a sujeição de todos, inclusive do soberano, a um ordenamento legal. Todos deveriam se pautar pelas mesmas leis, em prol da garantia de estabilidade das relações jurídico-sociais, da segurança de ditas relações.¹²

Visava-se a consagração da isonomia em sentido formal, pelo tratamento de todos os homens de maneira igual, por intermédio da submissão aos mesmos direitos e obrigações¹³. Nos termos do iluminismo, buscava-se liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse cenário, nada mais lógico que implementar a regulação jurídica extensiva e homogênea das relações sociais. Se todos os homens são iguais, não há qualquer problema na adoção de uma postura legislativa homogeneizada. Os sistemas normativos eram hermeticamente fechados¹⁴, compostos quase que

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 23/27. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01/48.

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39/40.

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 67/70.

¹³ Id. *ibid.* p. 07 seq.

¹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. p. 53. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 01/85.

completamente por normas que mais recentemente se convencionou chamar “regras”.

Acreditava-se, ademais, que para todas as relações jurídicas, as consequências de Direito poderiam ser extraídas diretamente da letra da lei, através de uma interpretação gramatical, com aplicação do método silogístico¹⁵. Nesse contexto, inadmissível a existência de lacunas dentro do sistema jurídico-normativo. Para os adeptos de certas correntes juspositivistas, um sistema jurídico perfeito reveste-se da característica da completude.

Segundo enunciação de Bobbio, a completude expressa o princípio da certeza no Direito, de maneira que o juiz não pode criar o direito e nem se recusar a resolver uma controvérsia¹⁶. Todos os fatos que demandam resposta do Direito Positivo encontram correspondente regra jurídica, a qual deve ser aplicada por meio do procedimento silogístico. Referido filósofo cita duas teorizações que tentam solucionar o problema das “lacunas aparentes”:

a) a “teoria do espaço jurídico vazio”, formulada por Karl Bergbohm, segundo a qual não existem lacunas, no sentido que o que não está regulado pelo direito é juridicamente irrelevante¹⁷. Em crítica a esta teoria, Bobbio enuncia que se o Direito não normatiza determinada conduta, ela pode ser praticada, ou seja, consiste em uma liberdade de ação. Isso significa que tal ação é permitida. Nesse diapasão, a teoria do espaço jurídico vazio excluiria do âmbito de proteção jurídica parte das condutas permitidas, embora não obrigatórias. E isso levaria à possibilidade de prática da justiça por mão própria¹⁸, algo que se revela contraditório com o próprio dogma da completude e da certeza no Direito.

b) a “teoria da norma geral exclusiva” (ou “de exclusão”), sustentada por

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 25. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01/48.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 207.

¹⁷ Id. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Trad. SANTOS, Maria Celeste C. J. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 127/132.

¹⁸ Id. *ibid.* loc. cit.

E. Zitelmann, de modo que toda norma específica carrega consigo uma norma geral em sentido contrário – norma de clausura. A norma que diz que é proibido importar cigarro, por exemplo, diz que é permitido importar todo o resto¹⁹. Tal teorização também não é isenta de falhas. Segundo enuncia o filósofo italiano, nem sempre uma regra jurídica adota uma norma geral exclusiva. Há vezes em que veicula norma geral inclusiva, a exemplo da aplicação de uma norma a casos muito semelhantes por meio da analogia. Diante da inexistência de regulamentação explícita sobre o assunto, a grande dificuldade consistiria na identificação dos casos em que se aplica a teoria da norma geral exclusiva e nos quais se aplica a teoria da norma geral inclusiva, vez que aplicação de uma ou outra leva a resultados opostos. Ademais, a conclusão sobre a similitude entre o fato concreto e a *fattiespecies* positivada depende eminentemente da interpretação do aplicador da norma jurídica. Tudo isso leva novamente a uma lacuna, decorrente do fato do ordenamento não ter deixado claro qual das duas regras deve ser aplicada.

Vislumbra-se que o efeito da aplicação de uma teoria ou de outra é o tratamento de determinados fatos como juridicamente relevantes (suscetíveis, assim, de proteção jurídica) ou irrelevantes jurídicos. Ademais, denota-se de ambas, mais uma vez, o caráter generalizador e homogeneizante do Direito propugnado pelo positivismo jurídico.

Ante a característica da completude, verifica-se que as codificações oitocentistas²⁰ são o grande símbolo do juspositivismo²¹. Por outro lado, a fragmentação de tais codificações, principalmente a partir do final do século XIX e ao longo de todo século XX, demonstra a deficiência de tal paradigma jurídico-legislativo ante toda complexidade inerente ao ser humano e à vida social. Afinal de contas, sendo o homem um ser de incertezas e possibilidades²², a vida social está em constante mutação, motivo pelo qual a regulação extensiva de sua vida social por meio de uma sistematização hermeticamente fechada, estática, se afigura

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Trad. SANTOS, Maria Celeste C. J. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 132/139.

²⁰ Inclui-se neste rol o Código Civil brasileiro de 1916 que, apesar de criado já no século XX, é fruto dos influxos do mesmo pensamento positivista que inspirou a criação do Código de Napoleão.

²¹ BOBBIO, Norberto. *ibid.* p. 121.

²² GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 68.

impossível.

Por tais motivos, é de grande valia para os fins deste trabalho a análise do caminho histórico percorrido desde o juspositivismo até a atual tendência hermenêutico-filosófica jurídica, que muitos chamam de pós-positivismo, bem como da abertura sistêmica do Direito Civil. Entretanto, muitos dos posicionamentos positivistas sobrevêm como resposta ao jusnaturalismo, motivo pelo qual o presente capítulo será iniciado por uma breve análise da ascensão do positivismo, em específico, por meio dos ideais que gravitavam à criação do Código de Napoleão.

1.1 JUSPOSITIVISMO E CÓDIGO DE NAPOLEÃO: A ERA DAS CODIFICAÇÕES E O PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como já referido, o desenvolvimento do pensamento jusfilosófico não ocorre em etapas estanques, não sendo possível diferenciar, muitas vezes, se determinado pensador foi naturalista ou positivista. Existem verdadeira zonas de penumbra, de modo que muitos dos dogmas do positivismo jurídico tiveram seus nascedouros com filósofos considerados adeptos do Direito Natural.²³

Mas existe um momento histórico específico cuja análise assume especial importância a este trabalho: trata-se da revolução francesa, do pensamento iluminista e da conseqüente criação do Código de Napoleão. O interesse nessa transição se refere à origem do modelo legiferante hermeticamente fechado, símbolo da completude sistêmica, que é o Código Francês.²⁴ Este diploma normativo influenciou as codificações do mundo inteiro, não fugindo de tal regra o Código Civil brasileiro de 1916.^{25 e 26}

²³ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

²⁴ Id. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Trad. SANTOS, Maria Celeste C. J. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 121.

²⁵ Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04.

²⁶ Cf.: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 05. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

Em época imediatamente anterior à Revolução Francesa, a França vivia uma grave crise financeira, de modo que a população de baixa renda daquele país encontrava-se submetida a um severo regime de miséria e de fome. Em parte, a crise econômica era consequência direta dos entraves decorrentes do sistema de produção feudal, além de fenômenos climáticos.²⁷

O poder absoluto do monarca Luís XVI tinha como base teórica o direito divino, de bases jusnaturalistas, situação que passou a ser questionada pela sociedade francesa por conta da crise financeira referida, agravada ainda mais pelos gastos com a corte, com a Guerra dos Sete Anos e a participação na guerra de independência americana. Esta crise financeira levou à majoração dos tributos, o que contribuiu ainda mais para o descontentamento da população já espoliada.²⁸

A burguesia, por seu turno, apesar de seu papel econômico essencial ao Estado francês, sofria com uma série de empecilhos comerciais impostos pelo Estado absolutista, além de não contar com a influência política que entendia de Direito. De fato, a sociedade era dividida por estamentos, sendo que aqueles burgueses que não comprassem títulos de nobreza faziam parte do terceiro estamento juntamente com o povo. E era o terceiro estamento que, apesar de não contar com qualquer poder político ou qualquer privilégio, sustentava a realeza e a nobreza.²⁹

A crise financeira da época levou o Ministro Callone a sugerir que a nobreza e o clero contribuíssem com o pagamento de tributos, proposta que foi prontamente rechaçada pelos membros dos dois estamentos, tendo havido, inclusive, revoltas nas províncias em que a nobreza possuía mais força.³⁰ Diante deste fato, Callone demitiu-se, e Luís XVI nomeou Necker para o cargo. Necker, por sua vez, convocou os estados-gerais (órgão consultivo e deliberativo) para 05 de maio de 1789. Entretanto, nas assembleias dos estados-gerais, cada um dos

²⁷ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para ensino médio: história geral e do Brasil.** São Paulo: Scipione, 2001. p. 292.

²⁸ Id. *ibid.* loc. cit.

²⁹ Id. *ibid.* p. 293.

³⁰ Id. *ibid.* p. 293/294.

estamentos tinha direito a um voto, de modo que clero e nobreza se uniriam contra as propostas de interesse do povo. Nesse sentido, o terceiro estamento exigiu que a votação se desse pelo voto individual de cada deputado, com o que atingiriam a maioria de votos.³¹

Diante deste cenário, Luís XVI tentou dissolver a assembleia, impedindo que os membros do terceiro Estado entrassem na sala de sessão. Nesse momento, os membros do terceiro estamento se trancaram na sala de jogos da péla, e declararam estar em Assembleia Nacional Constituinte, de modo que só abandonariam a sala após a elaboração de uma nova Constituição Francesa. Desses fatos adveio uma série de revoltas, que culminaram com a prisão de Luís XVI, logo após uma tentativa de invasão da França pelos impérios vizinhos. Os revolucionários proclamaram, então, a República.³²

A Assembleia Nacional aprovou, ainda em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como acabou com os privilégios feudais. Os bens da igreja foram confiscados e transformados em lastro para a nova moeda criada, os *assignats*. Em 1791 a Assembleia Nacional proclamou a primeira constituição da França, criando uma monarquia constitucional com tripartição dos poderes, pelo qual o monarca exerceria o Poder Executivo. Esta constituição previa ainda o modelo de voto censitário para eleição dos membros do Poder Legislativo, de modo a privilegiar os interesses dos burgueses mais abastados.³³

Em 1792, a Assembleia Nacional Constituinte foi transformada em Convenção Nacional. Entretanto, as dificuldades econômicas se agravaram, os impérios vizinhos, temendo que a revolução se espalhasse, organizaram Coligações para invadir a França e os três grupos da Convenção (girondinos, montanheses e deputados da Planície) viviam em constantes conflitos. Dentre os pertences de Luís XVI foram encontrados documentos secretos, que ligavam o monarca aos invasores da Áustria, fato que levou à sua execução em 1793.³⁴

³¹ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para ensino médio: história geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001. p. 294.

³² Id. *ibid.* p. 295/296.

³³ Id. *ibid.* p. 295.

³⁴ Id. *ibid.* p. 296.

Em 02 de junho 1793, os jacobinos tomaram a Convenção e prenderam os líderes girondinos, dando início à Convenção Montanhesa. Sob a liderança de Marat, Hébert, Danton, Saint-Just e Robespierre, ainda em 1793 foi criada uma nova constituição francesa, que tinha como traços distintivos o sufrágio universal e a democratização. Entretanto, essa foi a fase mais radical da revolução francesa, de modo que muitos foram condenados à execução na guilhotina, sob acusação de partidarismo real. Por outro lado, foram tomadas uma série de medidas que agradaram a população, mas desagradaram a burguesia mais abastada, a exemplo da estipulação de preços máximos, abolição da escravidão nas colônias e criação de ensino público gratuito. Dentro do próprio grupo dos Montanheses, no entanto, houveram divergências, de modo que Hébert defendia a escalada da violência e Danton a interrupção da revolução. Isso levou Robespierre a ordenar a execução de ambos.³⁵

Com tal atitude, os Montanheses perderam progressivamente prestígio e poder, de modo que, em 27 de julho de 1794, a alta burguesia retomou a Convenção e derrubou os líderes da Montanha, levando-os à guilhotina. Esse movimento ficou conhecido como reação temidoriana. Em 1795 foi criada uma nova constituição, que reestabeleceu o voto censitário para eleições legislativas e instituiu um diretório, formado por cinco membros eleitos pelos deputados, com a atribuição de exercer o Poder Executivo.³⁶

O período do diretório foi marcado por grandes vitórias da França contra os impérios vizinhos. Um dos militares responsáveis por estas vitórias foi Napoleão Bonaparte, que, desde os 24 anos, já possuía a patente de general. Após colecionar uma série de vitórias contra inimigos estrangeiros, Napoleão se tornou herói nacional. Necessitando consolidar as conquistas burguesas, os girondinos desfecharam, em 1799, um golpe contra o Diretório, o que ficou conhecido como golpe do 18 de brumário. O diretório foi substituído pelo consulado, representado por Napoleão Bonaparte, o abade de Sieyès e Roger Ducos. No entanto, o poder se

³⁵ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para ensino médio**: história geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2001. p. 297.

³⁶ Id. *ibid.* p. 298.

concentrou, na verdade, nas mãos de Napoleão.³⁷

Com a finalidade de recuperar a economia francesa, em 1800 foi criado o Banco da França e uma nova moeda, o franco (que vigorou até 2002, quando foi substituído pelo euro). Em 1802 foi elaborada uma nova constituição, dando a Napoleão o controle do Poder Executivo por dez anos. Após a criação de diversas leis e decretos, Napoleão pouco a pouco acabou com as discórdias partidárias e ameaças de golpes. Em 1804 foi criado o Código Civil de Napoleão, que, inspirado no Direito Romano, assegurava, dentre outras coisas, a igualdade de todos perante a lei, o direito a propriedade privada, garantindo-se as conquistas da burguesia, inclusive pela restauração da escravidão nas colônias. Este código exerceu profundas influências em todo o ocidente capitalista.³⁸

O Código Civil Napoleônico tinha como base filosófica o jusnaturalismo da idade moderna, que apregoava que as normas jurídicas advinham da razão humana, derivadas de normas naturais superiores demonstráveis *a priori*.³⁹ Defendiam que todas as normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico até outra, até que se chegue a uma norma geral que é a base de todo sistema e constitui um postulado autoevidente. Isso constitui a característica da unidade do Direito Natural⁴⁰.

Conforme ensina Bobbio, a codificação napoleônica foi fruto do racionalismo iluminista, triunfante da revolução francesa.⁴¹ Antes da codificação, o Direito francês era fragmentado, de modo que na região setentrional vigoravam os costumes locais e na região meridional o Direito comum romano. Os iluministas apregoavam, assim, a necessidade de um verdadeiro Direito, fundado na essência da realidade, na natureza e unitário.⁴²

As revoluções Francesa e Americana assim como as Declarações e

³⁷ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para ensino médio: história geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001. p. 299.

³⁸ Id. *ibid.* p. 303.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 22/23.

⁴⁰ Id. *ibid.* p. 199.

⁴¹ Id. *ibid.* p. 64/65.

⁴² Id. *ibid.* p. 65.

Constituições que delas derivam são frutos dessa idéia de um homem racional, emancipado e livre para decidir seu próprio destino.⁴³

Com a ideia de proteger a sociedade de governos nos quais o Poder se concentrasse nas mãos de apenas um homem ou de uma instituição, pretendia-se a separação dos Poderes estatais, bem como que a constituição garantisse um mínimo de direitos a todos os cidadãos. Nesse diapasão, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia, em seu artigo 16, que "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Nesse sentido, pretendia-se criar um Código Civil com essas características do jusnaturalismo racionalista, tanto que o art. 9º do Livro Preliminar do Projeto, excluído no texto definitivo, dispunha que "Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva".⁴⁴

No entanto, a supressão deste dispositivo, aliada às disposições do art. 4º,⁴⁵ levou à instituição da teoria da onipotência do legislador, bem como ao dogma da completude sistêmica⁴⁶. Surgiu nesse período, na França, a Escola da Exegese, também chamada de "fetichismo pela lei". Esta apregoava a solução de todos os problemas interpretativos pela indagação de qual a intenção do legislador.⁴⁷

Aftalión, Olano e Vilanova caracterizam referido movimento como "um positivismo avalorativo, estatal e legalista"⁴⁸ Machado Neto, complementando a caracterização de referida escola, chama a atenção à obra "L'autorité de la loi", de Blondeau, onde este último autor defende:

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 31.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 76.

⁴⁵ "O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada."

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *ibid.* p. 74.

⁴⁷ *Id.* *ibid.* p. 77.

⁴⁸ AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 2º. vol. 5ª ed. Buenos Aires: Ed. Ateneo, 1956 p. 418. apud MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 20.

(...) o mais estrito positivismo legal, doutrinando que a sentença judicial deve fundamentar-se exclusivamente no texto legal. A interpretação é, para ele, mera exegese dos textos, sua finalidade, a descoberta da intenção psicológica do legislador.⁴⁹

É nesse cenário teórico que Bugnet cunhou a famosa expressão "Eu não conheço o direito civil, só ensino o Código de Napoleão".⁵⁰ Verifica-se a adoção ao extremo do dogma da onipotência do legislador, tudo tendo como justificante político-filosófico a teoria da separação dos poderes de Montesquieu⁵¹ que era, em última análise, um dos motes da Revolução Francesa. Nesse sentir, a aplicação do Direito, segundo a filosofia da Escola da Exegese, deveria limitar-se a uma aplicação silogística da norma ao fato normado, tudo nos moldes da conhecida construção kantiana.⁵²

Conforme elucida Reale, referida Escola trata o Direito como um sistema de conceitos "bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes"⁵³. Defendem que o verdadeiro jurista "deve partir do Direito Positivo, sem procurar fora da lei respostas que nas leis mesmas seja possível e necessário encontrar"⁵⁴. A interpretação é considerada como atividade meramente declaratória do que está expresso na regra de Direito, de maneira que, em caso de lacunas aparentes, deveria recorrer-se à vontade do legislador para, assim, determinar-se o verdadeiro conteúdo da norma jurídica.⁵⁵

A Escola da Exegese se amoldou com perfeição aos interesses da burguesia, uma vez que, durante o Absolutismo, a despeito de ser detentora do Poder Econômico, tinha pouca ou nenhuma influência política, principalmente no que tange à criação da lei.⁵⁶ A arbitrariedade do soberano gerava insegurança aos interesses da burguesia e a adoção da sistematização fechada fetichista trazia

⁴⁹ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 20.

⁵⁰ Id. *ibid.* p. 21.

⁵¹ Id. *ibid.* p. 23.

⁵² Id. *ibid.* p. 21.

⁵³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 416.

⁵⁴ Id. *ibid.* p. 416.

⁵⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 67 seq.

quadro inverso: uma segurança extremada, mesmo que com o sacrifício de outros valores antes prestigiados pelo jusnaturalismo.⁵⁷

Não se quer dizer com o exposto que todo positivista seja fetichista. Conforme elucida Bobbio, o fetichismo reflete a adoção do positivismo como ideologia⁵⁸ em contraposição à sua adoção como método e como teoria⁵⁹. No entanto, a completude sistêmica e a onipotência do legislador ressoaram em muitas das correntes positivistas⁶⁰, bem como influenciaram o modo de legislar e de compreender o Direito no Brasil durante boa parte do século XX.⁶¹

O Código Civil de 1916 incorporava as teorias citadas, e velava de forma quase que absoluta pelo valor segurança, principalmente no que tange à garantia e proteção do direito de propriedade.⁶² Suas diretrizes pautavam-se no individualismo e no patrimonialismo, de modo que, apesar de pretender regular a vida do homem em sociedade, acabava por ignorar suas necessidades, sua dignidade e sua complexidade.⁶³ Consequentemente, olvidava da complexidade das relações sociais e do seu caráter dinâmico, o que acabou por levar à sua sucessiva fragmentação.⁶⁴

David Sanchez Rubio enfatiza que os Direitos consagrados nessa época podem ser comparados a um terno, feito sob medida, para o ser humano do sexo masculino, branco, civilmente capaz, proprietário... E esse terno, a despeito de ter sido feito sob medida para um corpo com características específicas, tinha a pretensão de vestir o corpo das minorias e marginalizados, a exemplo de mulheres, negros, homossexuais, ignorantes e miseráveis. Esse tratamento isonômico do ponto de vista formal, a toda evidência, conduziu a graves iniquidades.⁶⁵

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 14.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 224.

⁵⁹ Id. *ibid.* p. 233/234.

⁶⁰ Id. *ibid.* *passim*.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. p. 27 seq. *In: Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21/46.

⁶² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 05. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.)*. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

⁶³ Id. *ibid.* p. 05/08.

⁶⁴ Id. *ibid.* p. 07/08.

⁶⁵ RUBIO, David Sanchez. **Desafios da contemporaneidade: diversidade, complexidade e direitos**

Até mesmo os direitos fundamentais consagrados nessa época referiam-se, segundo construção de Karel Vasak, ao valor liberdade.⁶⁶ Essa liberdade, exacerbada e pressupondo uma igualdade que ignorava as diferenças econômicas, culturais e sociais, teve como consequência a subserviência do mais fraco, mais pobre e mais ignorante.⁶⁷ Esse paradigma mostrou-se inadequado frente a uma maior complexidade da sociedade, derivada da revolução industrial, das mudanças advindas com as duas grandes guerras e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁶⁸ Representativos desse modelo que se pretende superar são as várias teorias positivistas, em especial as de Hans Kelsen e Herbert Hart.

Referidas teorias possuem, como ponto de confluência, a tentativa de separação entre Direito e demais sistemas éticos, de modo que as normas jurídicas poderiam possuir qualquer conteúdo, desde que criadas pela autoridade competente para tanto. A análise que a Ciência do Direito realizava sobre o seu objeto, o Direito Positivo, possuía pretensões de neutralidade axiológica, na busca de uma equiparação com as ciências ditas naturais. Conforme leciona Fábio Konder Comparato:

Na busca dessa exatidão de raciocínio, os positivistas do direito não podiam considerar objeto da teoria jurídica as ações humanas, em razão de sua variabilidade imprevisível e de sua extrema complexidade. Restavam, assim, como objeto próprio de uma análise que se pretendia científica do direito, unicamente os textos normativos, considerados sob dois aspectos: na precisão semântica de seus conceitos técnicos e no encadeamento lógico das proposições. O direito reduzir-se-ia, inelutavelmente, a puras formas normativas. O conteúdo político, econômico, religioso etc. deveria ser expurgado da teoria jurídica, a fim de que ela pudesse pretender a

humanos. Florianópolis, 13 set. 2010. Palestra de abertura do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/noticias2.php?id=572>>. Acesso em: 05 nov. 2010.

⁶⁶ Karel Vasak foi o idealizador da correlação entre o mote da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e as gerações de direitos fundamentais. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, 2006. p. 563; LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277/278.

⁶⁸ Verifica-se isso de forma muito clara quando se estuda a história do dirigismo contratual. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume III: Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 11ª ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 25/28.

algum rigor científico.⁶⁹

Dessa feita, a análise do positivismo faz-se imprescindível à boa consecução dos objetivos deste trabalho. No entanto, o positivismo jurídico possui uma série de subcorrentes, de modo que se afigura praticamente impossível a abordagens de cada uma delas. Nesse sentido, decidiu-se pela abordagem das teorias positivistas consideradas ápices dos sistemas jurídicos da *Civil Law* (Hans Kelsen) e da *Common Law* (Herbert Hart).

1.2 HANS KELSEN E TEORIA PURA DO DIREITO: SEPARAÇÃO ABSOLUTA ENTRE DIREITO E VALORES

Hans Kelsen é considerado por muitos o maior expoente do positivismo jurídico. Outros imputam às suas ideias a culpa pelos atos praticados pelo nazifascismo⁷⁰ e ⁷¹.

Na realidade, a grande preocupação do positivista austríaco, conforme se verifica já dos prefácios à primeira e à segunda edições de sua mais conhecida obra, "Teoria Pura do Direito"⁷², era com o sincretismo científico que levasse à mescla do Direito com outros saberes. Preocupação pertinente, se levados em conta períodos de sincretismo e os modelos de exercício de Poder dele decorrentes. Ademais, o referido jurista não criou esta teoria com escopo de colaborar com os regimes nazifascistas, até mesmo porque, sendo judeu, teve que fugir para os Estados Unidos, onde viveu até o fim de sua vida⁷³.

Quando Hans Kelsen, na segunda década deste século [século XX],

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 352/353.

⁷⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. p. XVII (prólogo). In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷¹ TELISCHEWSKY, Eduardo. Hans Kelsen e o Juspositivismo. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1352>> Acesso em: 29 out. 2010.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 7/15.

⁷³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *ibid.* p. XIII (prólogo); TELISCHEWSKY, Eduardo. *ibid.* loc. cit.

desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito, a Ciência Jurídica era uma espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para incluí-la em seus domínios.⁷⁴

A utilidade do estudo da teoria de Kelsen a este trabalho se refere ao fato de que o modelo de abertura sistêmica analisado nesta dissertação pressupõe atitude completiva do juiz quando do preenchimento do sentido das cláusulas gerais, dos conceitos legais indeterminados e dos princípios. Tal atitude completiva depende do diálogo do Direito com sistemas de outros saberes. A teoria de Kelsen defende posição obstativa da abertura sistêmica, tendo em vista, de um lado, sua busca pela pureza do Direito e, por outro, a defesa da existência de molduras interpretativas em todas, ou quase todas normas jurídicas, conforme será visto a partir deste ponto.

A pretensão de Kelsen foi a criação de uma teoria pura, uma teoria geral do Direito, aplicável a qualquer ordem jurídica.⁷⁵ Intentou ainda a criação de uma teoria da interpretação. Apregoava que o conhecimento do direito devia pautar-se na investigação de como ele é, não sendo de sua incumbência como ele deve ser.⁷⁶ Teve como princípio metodológico fundamental ater-se ao seu objeto que é o Direito, excluindo de seu estudo tudo que lhe fosse alheio.⁷⁷ A ciência do direito, assim, trata apenas do Direito, excluindo os elementos que lhe são estranhos, como meio de evitar o sincretismo metodológico (mistura de ciências) que, na visão do autor, obscurece seu conhecimento⁷⁸.

Segundo o autor austríaco, os atos jurídicos, apesar de serem atos-objeto das ciências sociais, também podem ser analisados do ponto de vista naturalístico.⁷⁹ Neste sentido, todo ato que ocorre em determinado tempo e local, apreensível pelos sentidos, é um ato natural, vez que tem existência natural.⁸⁰ Este ato, no entanto,

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 455.

⁷⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 336/337.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Successor, 1979. p. 17.

⁷⁷ Id. *ibid.* loc. cit.

⁷⁸ Id. *ibid.* p. 18.

⁷⁹ Id. *ibid.* loc. cit.

⁸⁰ Id. *ibid.* loc. cit.

pode ao mesmo tempo ser um ato jurídico, embora tal aferição não dependa tanto do que é apreendido pelos sentidos, mas mais do seu significado objetivo, atribuído pelo Direito. Os atos jurídicos podem, ainda, dizer algo sobre sua significação jurídica, ao passo que os atos naturais não.⁸¹

Kelsen apregoa que o que determina se um ato natural é também um ato jurídico é o sentido objetivo ligado ao ato por meio de uma norma, que lhe atribui significado jurídico.⁸² Tal se dá pelo processo de interpretação normativa.⁸³ A norma que empresta significado a um ato também é produzida por um ato jurídico que, por sua vez, recebe seu significado de outra norma.⁸⁴

De acordo com Kelsen, a ciência do Direito se dirige às normas jurídicas, as quais conferem a determinados atos o caráter de atos jurídicos.⁸⁵ As normas determinam um dever (caracterizado por um dever propriamente dito, por uma autorização ou um poder), que nada mais é que ato intencional dirigido à conduta de outrem (vez que não há como dizer que alguém agirá de determinada forma, mas apenas que deve agir de determinada forma).⁸⁶ Assim, norma "é o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém".⁸⁷

Nesse sentir, Kelsen ensina que a norma não se confunde com o ato de vontade por ela constituído, que se reveste de um "ser", enquanto que a norma veicula um "dever-ser".⁸⁸ Assim como o ato de vontade pelo qual a norma é criada está no mundo do ser, a norma que prescreve o processo legislativo e a norma criada através deste processo revelam cada qual um dever-ser.⁸⁹ Todo dever-ser corresponde a um ser, uma vez que ilustra uma conduta que pretende regular. Um ser pode corresponder a um dever-ser, mas nem todo ser corresponde a um dever-

⁸¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 18.

⁸² Id. *ibid.* p. 20.

⁸³ Id. *ibid.* loc. cit.

⁸⁴ Id. *ibid.* loc. cit.

⁸⁵ Id. *ibid.* p. 21.

⁸⁶ Id. *ibid.* p. 21/22.

⁸⁷ Id. *ibid.* p. 22.

⁸⁸ Id. *ibid.* loc. cit.

⁸⁹ Id. *ibid.* loc. cit.

ser, uma vez que as normas não cuidam de todos os fatos possíveis. Ademais, a conduta prescrita como dever-ser e a conduta do mundo do ser nunca serão as mesmas, por conta da diversidade de *modus* (uma “ser”, a outra “dever-ser”).⁹⁰

Distingue-se, ademais, o dever-ser como sentido subjetivo de um ato e como sentido objetivo. Como sentido subjetivo é um ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro.⁹¹ Se o ato também tiver objetivamente este sentido, será considerado uma norma.⁹² Para ocorrência do dever-ser como sentido objetivo de um ato, este deve ser visto como um dever-ser não apenas pelo que determina o ato e pelo que o pratica, mas também por terceiros, caso em que este dever-ser reveste-se da característica de norma válida (vigente)⁹³ A norma que atribui a característica objetiva de um dever-ser é chamada de norma fundamental (*Grundnorm*).⁹⁴ Nesse diapasão, é de uma norma que advém o fundamento de validade de outra norma.⁹⁵ Fica evidente, neste ponto, a adoção por Kelsen da característica da unidade do ordenamento jurídico, melhor explicada mais a frente.

Kelsen defende ainda que pode ocorrer de determinadas condutas serem tidas socialmente como obrigatórias por sua prática reiterada, caso em que serão consideradas costumes. Os costumes podem ter o *status* de norma jurídica ou norma moral, a depender de sua adoção ou não como norma jurídica por outra norma jurídica (Kelsen exemplifica com o caso em que a Constituição preveja o costume como norma).⁹⁶

A norma, no entender de Kelsen, além de ter o sentido de um ato de vontade, pode ter como conteúdo de sentido o de um ato de pensamento, podendo ser apenas pensada, sem ser querida, formulada, posta, positivada. Nesse caso, a norma não será posta, mas pressuposta no pensamento.⁹⁷

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 23/24.

⁹¹ Id. *ibid.* p. 25.

⁹² Id. *ibid.* loc. cit.

⁹³ Id. *ibid.* p. 26.

⁹⁴ Id. *ibid.* p. 27.

⁹⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

⁹⁶ Id. *ibid.* p. 27/28.

⁹⁷ Id. *ibid.* p. 28.

O autor explica que vigência, validade ou existência específica da norma se refere ao dever-ser, entendido como qualquer conduta humana preceituada.⁹⁸ A existência da norma é diferente do ato de vontade que lhe deu origem. Nesse diapasão, aliás, a norma só passa a existir após o ato de vontade que lhe deu origem desaparecer. É errôneo, assim, dizer que a norma representa a vontade (em sentido psíquico) do Estado.⁹⁹ Vigência (dever-ser) é diferente de eficácia (ligada ao ser, fato de ser efetivamente aplicada e observada). Mas uma norma que nunca é aplicada e ninguém age conforme seus preceitos não é válida. Ela tem que ter um mínimo de eficácia.¹⁰⁰ A norma tem como elemento pessoal um homem e como elemento material uma conduta. O que a norma impõe são condutas.¹⁰¹

Para o fechamento do sistema jurídico, Kelsen defendeu o princípio da unidade¹⁰², de modo que todas as normas decorriam de delegação sucessiva de uma norma superior, reconduzível a uma *Grundnorm* (norma fundamental).¹⁰³ Os problemas da teoria de Kelsen começam quando tenta explicar a origem da norma fundamental, referindo-se à norma hipotética fundamental, uma norma que não é posta, mas apenas pressuposta.¹⁰⁴ Neste ponto, cumpre notar que o próprio exercício de aferição de validade das normas abaixo da *Grundnorm* leva em conta tão somente aspectos formais e não de conteúdo normativo.¹⁰⁵

Do ponto de vista valorativo, o jurista austríaco defende que a norma não pode ser valorada, mas serve de parâmetro de valoração de condutas, de modo que a conduta praticada conforme a norma seria uma conduta boa e uma conduta em contrariedade com a norma seria uma conduta má.¹⁰⁶ Para o jurista, "apenas um facto da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia."¹⁰⁷

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 28/29.

⁹⁹ Id. *ibid.* p. 29.

¹⁰⁰ Id. *ibid.* p. 29/31.

¹⁰¹ Id. *ibid.* p.31/32.

¹⁰² Id. *ibid.* p. 292/300.

¹⁰³ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁰⁴ Id. *ibid.* p. 46; 305.

¹⁰⁵ Id. *ibid.* p. 273/277; 304.

¹⁰⁶ Id. *ibid.* p. 37/38.

¹⁰⁷ Id. *ibid.* p. 39.

Nesse diapasão, Kelsen defende a impossibilidade de valoração da norma, tendo em vista que os valores que as inspiram são escolhidos de maneira arbitrária pelo legislador, e, conseqüentemente, os valores por ela consagrados são relativos. A norma de amanhã pode consagrar valor oposto à norma de hoje, sendo apenas uma de ambas uma norma válida¹⁰⁸ (pode ser citado como exemplo, em nossa legislação penal, o crime de adultério). Disso demonstra-se que a valoração que se faz da norma é apenas quanto à sua validade ou invalidade.¹⁰⁹

Essa valoração da conduta real, conforme a norma, seria uma valoração objetiva, ao passo que a valoração de uma conduta de acordo com a vontade dos indivíduos de dada sociedade seria uma valoração subjetiva.¹¹⁰ O autor adverte que, no entanto, os designativos objetivos e subjetivos referem-se ao valor e não ao "juízo como função do conhecimento"¹¹¹, que deve agir de forma sempre objetiva, "independentemente do desejo e da vontade do sujeito judicante"¹¹².

Quanto à relação entre Direito e moral, Kelsen argumenta que, sendo o Direito uma ordem normativa, acaba por veicular normas morais, no sentido de ser moralmente valoroso agir conforme o Direito.¹¹³ Mas refuta a justificação do Direito pela moral, ante a inexistência de normas morais universais, mas sim de vários sistemas morais, de maneira que, o Direito justificado pela moral, o seria pela moral do mais forte ou do grupo dominante.¹¹⁴ Neste sentido, o autor defende que:

Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie).¹¹⁵

Kelsen continua, argumentando que ante a possibilidade de contradição entre Direito e Moral, não se pode justificar aquele por esta, sob pena da validade da

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 39.

¹⁰⁹ Id. *ibid.* p. 41.

¹¹⁰ Id. *ibid.* p. 43.

¹¹¹ Id. *ibid.* p. 44.

¹¹² Id. *ibid.* loc. cit.

¹¹³ Id. *ibid.* p. 100.

¹¹⁴ Id. *ibid.* p. 106/107.

¹¹⁵ Id. *ibid.* p. 106.

norma se sujeitar à sua adequação moral.¹¹⁶

Outra construção interessante de Hans Kelsen se refere à teoria segundo a qual as normas jurídicas trazem consigo uma moldura que permite uma variedade de interpretações jurídicas, todas corretas. Dessa forma, a maioria das normas jurídicas comportaria várias interpretações, todas corretas do ponto de vista jurídico-científico, mesmo que moral ou politicamente inconvenientes.¹¹⁷ Os órgãos legitimados à produção do Direito Positivo (órgãos produtores de normas gerais – por exemplo, legislador - ou específicas – por exemplo, judiciário) poderiam, inclusive, fugir desta moldura, aplicando normas advindas da Moral, Política, Justiça, dentre outros.¹¹⁸

Entretanto, a Ciência do Direito, imbricada que está na missão de estudar o Direito Positivo, tem como função indicar as interpretações possíveis dentro da moldura normativa. Nesse diapasão, a atividade dos operadores do Direito que não têm poder para "pôr" normas jurídicas, em especial dos advogados, quando propugnam pela adoção de uma única solução jurídica correta, nada mais é do que exercício de política jurídica, não se confundindo com ciência do Direito¹¹⁹. Fica claro que para o autor, Direito é norma jurídica, de modo que só produz norma jurídica os legitimados à produção de Direito Positivo.

Interessante notar que o autor, ao tecer estas considerações acerca da interpretação jurídica, veicula críticas ao posicionamento pretensamente científico de que cada norma jurídica possua apenas uma interpretação correta. Em seu entender, esta espécie de ficção visa amoldar o Direito a um ideal de Segurança Jurídica, ideal político dissociado do objetivo científico da Ciência Jurídica.¹²⁰

A grande crítica que se pode fazer à teoria de Kelsen, com relação ao objeto do presente estudo, tange à sua tentativa de desvincular o Direito de quaisquer espécies de valores, de modo que, para o autor, tudo aquilo que possua

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 106.

¹¹⁷ Id. *ibid.* p. 473.

¹¹⁸ Id. *ibid.* p. 470.

¹¹⁹ Id. *ibid.* p. 472.

¹²⁰ Id. *ibid.* p. 473.

forma de Direito, independentemente de seu conteúdo, é Direito. Em sua concepção, a justiça é uma questão alheia à ciência do direito, inclusive por corresponder a um valor relativo.¹²¹

Embora a preocupação de Kelsen possua fundo de legitimidade e, ao que parece, tenha motivações de caráter histórico¹²², acaba por tornar o Direito refém de si mesmo. O Direito torna-se subserviente ao Poder, incapaz de controlar seus abusos. A teoria de Kelsen transforma o Direito em mero instrumento de controle social a serviço dos detentores do Poder, sem qualquer perspectiva de emancipação social por intermédio do próprio Direito.

Fábio Konder Comparato, por seu turno, elenca uma série de contradições entre o discurso kelseniano e diversos pontos de sua teoria do Direito. Se em um primeiro momento Kelsen defende a total separação entre o mundo dos fatos e o Direito Positivo, de outro admite que o surgimento da ordem jurídica deriva de um fato fundamental, pressuposto lógico de sua existência.¹²³ De outro lado, a atribuição de caráter jurídico unicamente às normas dotadas de sanção impossibilita o reconhecimento de direitos humanos¹²⁴, defeito este superado por Herbert Hart, com sua concepção de normas secundárias.

Outro equívoco que Comparato imputa a Kelsen é o fato de, ao dissociar o Direito de expectativas de justiça e de determinados fins sociais, a ordem jurídica passa a existir como fim em si mesma.¹²⁵ Por fim, Comparato considera falso o argumento de que o Direito, caso se amolde a sistemas morais, acabará por se amoldar aos interesses dos mais fortes. Defende que os sistemas jurídicos não se vinculam a uma única pauta de valores, mas que possuem sua própria orientação axiológica.¹²⁶

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 106/107.

¹²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. p. XIII (prólogo). In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹²³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 358.

¹²⁴ Id. *ibid.* loc. cit.

¹²⁵ Id. *ibid.* p. 359.

¹²⁶ Id. *ibid.* p. 361.

Ademais, acaba demonstrando-se impossível a concepção de Direito com ausência de valores, até mesmo porque os criadores da norma jurídica, sendo seres humanos, consciente ou inconscientemente, guiam-se por valores.¹²⁷ Neste sentido, Perlingieri, ao se referir aos fatos jurídicos, leciona que:

Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no ordenamento.¹²⁸

Afinal de contas, o ser humano é um ser hermenêutico e em constante busca de sentido.¹²⁹ No fim das contas, o grande defeito desta teorização é a defesa, mesmo que implícita, da pauta de valores mais conveniente aos detentores do Poder.

1.3 HERBERT HART E O CONCEITO DE DIREITO

Herbert Lionel Adolphus Hart foi um importante filósofo do Direito inglês, pertencente ao positivismo jurídico em sentido amplo, ou mais especificamente, ao realismo jurídico.¹³⁰ Sua principal obra foi o livro *O conceito de Direito* ("*The concept of law*"), que em sua versão original foi lançado em 1961. Neste título, Hart concebeu o Direito como um conjunto de normas primárias e secundárias e defendeu a existência da chamada "textura normativa aberta". Ambas as teorizações são de suma importância para os fins desta dissertação, em especial porque trazem um abrandamento à estrutura formalista do direito, típica das teorizações positivistas, bem como mitiga a "pureza" propugnada por Kelsen.

¹²⁷ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 144/145.

¹²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 90.

¹²⁹ GOMES, Sergio Alves. *ibid.* p. 81/92.

¹³⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 15ª ed. à luz da Lei 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 88. Cumpre asseverar que muitas das construções de Hart são críticas ao próprio realismo jurídico inglês, o que mais uma vez demonstra a dificuldade de enquadramento e a diversidade de linhas do pensamento positivista em sentido lato.

Cumpra ressaltar antes, entretanto, que em diferentes traduções das obras de Hart para o português, ora é utilizada a palavra *regra*, ora *norma*¹³¹, de forma que ambas serão empregadas indistintamente neste tópico, sem o rigorismo da classificação das normas (gênero), regras e princípios (espécies) empregada pela Teoria dos Princípios.

Hart inicia a teorização de sua concepção de Direito narrando a hipotética organização de uma sociedade primitiva. Uma sociedade pouco desenvolvida pode não possuir aparelhamento estatal, mas apenas normas que veiculam obrigações (normas primárias), baseadas em padrões de comportamento e com sancionamento difuso. Tal sociedade deverá possuir normas básicas, a exemplo das que limitam o uso livre da força, bem como deverá contar com uma maioria que aceita suas normas (se os que respeitam as regras sociais forem a minoria, não haverá como haver sancionamento pelos desvios).¹³²

Em sociedades simples isso é possível. Mas em sociedades mais complexas, começam a surgir problemas relativos ao reconhecimento de quais são as normas ou seu âmbito de aplicação, o que, diante da ausência de quem dirima tal dilema, leva ao surgimento de incerteza.¹³³ Ademais, não haverá a possibilidade de mudança das normas existentes, criação de novas regras ou extinção de normas obsoletas, ao menos não de forma imediatista. Isso se possibilitaria apenas pelo emprego de certos hábitos sociais por grande período de tempo, como se estes hábitos fossem obrigatórios, ou pela progressiva não aplicação de determinadas regras. Este fator leva ao engessamento das normas, tornando-as estáticas.¹³⁴ Por fim, há a incerteza sobre a violação ou não das normas, o que leva à ineficiência da pressão social difusa.¹³⁵ Isto ainda poderia levar à ocorrência de vinganças

¹³¹ Na tradução "HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009." emprega-se a palavra **norma**. Já em "HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3ª ed. Trad. MENDES, A. Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001." utiliza-se o termo **regra**.

¹³² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p.118/120.

¹³³ Id. *ibid.* p. 119/120.

¹³⁴ Id. *ibid.* p. 120/121.

¹³⁵ Id. *ibid.* p. 121.

mascaradas de sanção.¹³⁶

O remédio para cada um desses defeitos está nas três classes de normas secundárias, que acabam por converter as normas primárias em um sistema jurídico. Estas normas são diferentes das normas primárias, estão em um plano diferente, vez que são relativas às próprias normas primárias.¹³⁷

Ao problema da incerteza, o autor destaca como remédio as normas de reconhecimento, que basicamente são normas por meio das quais se reconhece quais regras fazem parte do sistema. Esta espécie de normas pode se manifestar por diversas formas, desde documentos escritos até, em formulações mais complexas, referirem-se à criação por determinado órgão, sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais. Tem-se aqui a ideia base de validade jurídica no pensamento de Hart.¹³⁸

O remédio para a qualidade estática do sistema descrito anteriormente é encontrado nas normas de modificação, por intermédio das quais as regras podem ser alteradas, extintas ou criadas. Tais normas são muito próximas dos poderes privados de alteração de suas posições iniciais sob o domínio de regra primária¹³⁹ (ao que parece, poder de celebração de negócios jurídicos, por exemplo).

O remédio para a qualidade de ineficácia daquele sistema são as regras de julgamento, que identificam quem pode julgar e o processo que deve ser seguido. Esta espécie de regra refere-se ainda à centralização das pressões sociais, de modo que estas passam a ser sanções oficiais centralizadas.¹⁴⁰

As regras de alteração e de julgamento são também regras de reconhecimento. As regras de alteração devem reconhecer na nova regra que esta seguiu o procedimento adequado para sua criação¹⁴¹ e as regras de julgamento

¹³⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 121.

¹³⁷ Id. *ibid.* p. 121/122.

¹³⁸ Id. *ibid.* p. 122/123.

¹³⁹ Id. *ibid.* p. 124/125.

¹⁴⁰ Id. *ibid.* p. 125/126.

¹⁴¹ Id. *ibid.* p. 124.

reconhecem as regras aplicáveis ao caso concreto.¹⁴²

Hart defende, ainda, a existência de uma textura normativa aberta nas normas jurídicas. Por ser o principal instrumento de controle social, o Direito deve se referir preferencialmente a classes de condutas, de pessoas, coisas e circunstâncias, para que assim possua uma capacidade difusa.¹⁴³ A comunicação desses padrões gerais pode se dar através de aplicação máxima (legislação) e aplicação mínima (precedente).¹⁴⁴

As condutas reguladas pelo Direito, no entanto, podem trazer incerteza quanto à conduta exigida pela norma, ante a imprecisão dos exemplos (precedente) ou por conta da equivocidade da linguagem (legislação e precedente).¹⁴⁵ Os termos gerais sempre carecem de interpretação, quando do momento de se classificar uma conduta como enquadrada em uma ou outra classe normativa. Aqueles casos que aparentemente dispensam interpretação quanto ao enquadramento, na realidade são os mais corriqueiros, sobre os quais, diante do grande número de decisões existentes, já existe um juízo consensual quanto a como agir e interpretar.¹⁴⁶

Nesse ponto, há um juízo de comparação entre o caso simples incontroverso e o caso limítrofe carente de classificação (casos difíceis ou, em inglês, *hard cases*), de modo que o intérprete acaba por realizar uma escolha sobre a classificação daquele fato sobre o qual exista dúvida, empregando para tanto as diretrizes incertas da norma com termos gerais.¹⁴⁷ Esses casos de imprecisão caracterizam o que Hart denomina textura aberta do Direito.¹⁴⁸ Para o autor, tal imprecisão é até desejável, na medida em que o ser humano não pode prever todas as situações fatuais possíveis, o que, por via reflexa, acaba também por levar a uma imprecisão dos objetivos da norma, a qual vai sendo construída na medida em que são realizadas as escolhas de categorização normativa dos fatos.¹⁴⁹

¹⁴² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 126.

¹⁴³ Id. *ibid.* p. 161.

¹⁴⁴ Id. *ibid.* p. 161/164.

¹⁴⁵ Id. *ibid.* p. 162/166.

¹⁴⁶ Id. *ibid.* p. 164.

¹⁴⁷ Id. *ibid.* p. 163/165.

¹⁴⁸ Id. *ibid.* p. 166.

¹⁴⁹ Id. *ibid.* p. 167/168.

As investidas conceituais e homogeneizantes, que buscam aplicar a casos distintos as mesmas interpretações dadas às texturas abertas, bem como a exploração exagerada da textura aberta, por meio de constantes reinterpretações são criticadas por Hart.¹⁵⁰ Aquela postura ignora as razões e os fins sociais prestigiados quando da eleição da interpretação aplicada; esta, por sua vez, gera alto grau de indeterminação e insegurança. Neste diapasão, o autor afirma que embora exista um grau de indeterminação, existe também um espectro de interpretações que são, *prima facie*, colidentes com a norma jurídica.¹⁵¹

Essa miríade de possibilidades interpretativas pode ser preenchida pela autoridade administrativa ou pelo Tribunal.¹⁵² Ocorre que muitas vezes os particulares devem agir antes que haja uma determinação oficial sobre como deve ser interpretada a norma jurídica. O autor cita como exemplo o instituto anglo-americano do *due care*¹⁵³ (devida precaução, que, ao que nos parece, se assemelha ao dever objetivo de cuidado, presente no sistema pátrio de responsabilidade civil¹⁵⁴ e na aferição da tipicidade em crimes culposos, na esfera penal¹⁵⁵).

Ante a textura aberta normativa, permite-se diante do caso concreto a adoção de decisões divergentes de precedentes já existentes. O *distinguish* pode levar à consideração, pelo tribunal, de peculiaridades de um caso inexistentes em um precedente, ou não levadas em conta nos casos anteriores (ressalte-se que o autor analisa neste ponto a realidade jurídica inglesa, onde vige o princípio do *stare decisis*)¹⁵⁶.

Quanto às relações entre direito e moral, Hart já de início descarta que "um sistema jurídico deve *necessariamente* mostrar alguma conformidade específica

¹⁵⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 168/169.

¹⁵¹ Id. *ibid.* p. 170/171.

¹⁵² Id. *ibid.* p. 169/172.

¹⁵³ Id. *ibid.* p. 171/172.

¹⁵⁴ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32/33.

¹⁵⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁵⁶ HART, Herbert L. A. *ibid.* p. 174/176.

com a moral ou a justiça, ou basear-se *obrigatoriamente* numa convicção amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei".¹⁵⁷

Neste diapasão, Hart apregoa que, tendo o ser humano algumas características comuns básicas, todas as sociedades possuem caracteres e necessidades mínimas¹⁵⁸, de modo que o direito deve obedecer a algumas diretrizes basilares, trazidas pelo Direito Natural e pela moral¹⁵⁹, quais sejam:

I) *A vulnerabilidade humana*, de modo que o ser humano é fisicamente vulnerável, de onde decorre a necessidade de normas que restrinjam o uso de violência que cause morte ou lesões corporais;¹⁶⁰

II) *A igualdade aproximada entre os homens*, no sentido de que os seres humanos em geral, possuem características físicas de força, agilidade e capacidade intelectual semelhantes, motivo pelo qual, para que haja possibilidade de vida social, devem os seres humanos estabelecer sistemas de abstenções e acordos recíprocos;¹⁶¹

III) Os seres humanos têm como característica um *altruísmo limitado*, no sentido que não são inteiramente bons, nem maus. Por conta disto, são necessárias normas exigindo autocontrole.¹⁶²

IV) *Os recursos dos quais os seres humanos dependem são limitados*, sendo, portanto, necessárias normas que instituem a propriedade, para que se possa nelas produzir e ter um mínimo de segurança. Essas normas são estáticas. São necessárias ainda normas dinâmicas, que permitam aos seres humanos entabularem negócios jurídicos (vender, comprar e trocar produtos produzidos, criar direitos e obrigações e etc). As normas devem proteger estas relações, de modo a

¹⁵⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 239. Destaques do autor.

¹⁵⁸ Id. *ibid.* p. 258.

¹⁵⁹ Id. *ibid.* p. 257.

¹⁶⁰ Id. *ibid.* p. 251/252.

¹⁶¹ Id. *ibid.* p. 252/253.

¹⁶² Id. *ibid.* p. 253.

propiciar a existência de uma segurança e uma previsibilidade mínimas;¹⁶³

V) Nos homens *a compreensão e a força de vontade são limitadas* no que tange ao benefício pelo respeito às normas. Em decorrência, torna-se indispensável a existência de um sistema coercitivo.

Hart contrapõe essas características à afirmação positivista de que o Direito pode ter qualquer conteúdo.¹⁶⁴ Diz ainda que dentro dessas características básica deve reinar um ideal de isonomia entre o tratamento dispensado às pessoas, de modo que as desigualdades devam ser pautadas em algo além dos simples interesses de terceiros.¹⁶⁵ Em seguida, no entanto, defende que o direito e a moral não precisam tutelar com tais balizas todos que estejam em sua órbita social, admitindo que ambos sistemas normativos possam tratar alguns como cidadãos de segunda categoria ou não-cidadãos (quando exemplifica com as sociedades escravocratas, pode-se entender até como não-pessoas).¹⁶⁶ Desta feita, o poder coercitivo institucionalizado pode ser empregado tanto para coibir a delinquência quanto para manter alguns grupos de seres humanos subjugados por outros.¹⁶⁷

A adoção das normas secundárias, em especial quando determinada sociedade se torna mais complexa, pode trazer, segundo o autor, benefícios e prejuízos. "As vantagens são a adaptabilidade às mudanças, a certeza e a eficiência"¹⁶⁸ e "o custo é o risco de que o poder centralmente organizado seja usado para a opressão de um grande número de pessoas de cujo apoio pode prescindir (...)"¹⁶⁹.

Por fim, no que tange às ligações entre direito e moral, Hart discute seis formas de alegação:

I) Não são necessariamente verdadeiras as inferências de que os homens

¹⁶³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 254/255.

¹⁶⁴ Id. *ibid.* p. 258.

¹⁶⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁶⁶ Id. *ibid.* p. 259.

¹⁶⁷ Id. *ibid.* p. 260.

¹⁶⁸ Id. *ibid.* p. 261.

¹⁶⁹ Id. *ibid.* loc. cit.

respeitam as leis porque entendem ser moralmente valoroso, de modo que podem respeitar o sistema jurídico por uma diversidade de razões;¹⁷⁰

II) A moral ingressa no direito, tanto por meio de legislações, quanto através das decisões judiciais. Dessa feita, pode ser exigido pela própria legislação, por exemplo, que quando da prática de negócios jurídicos sejam respeitados determinados valores morais.¹⁷¹ Para o autor, a própria estabilidade dos sistemas jurídicos depende dessa espécie de correspondência com a moral.¹⁷²

III) A textura aberta permite uma discricionariedade do julgador ao interpretar a norma, motivo pelo qual "os juízes não têm à sua disposição somente as alternativas da escolha cega e arbitrária ou da dedução 'mecânica' a partir de normas de significado predeterminado",¹⁷³ podendo guiar-se no sentido de que o objetivo da norma é razoável e não busca a injustiça ou ofensa a princípios morais.¹⁷⁴ No entanto, alerta o autor, que estes princípios podem ser empregados tanto para justificar a observância quanto o desrespeito às normas.¹⁷⁵

IV) Hart lembra que vários sistemas jurídicos e morais consideravam justas normas que hoje são consideradas injustas, como a escravidão de certos grupos.¹⁷⁶

V) O autor relaciona o princípio da legalidade como embrião da ideia de justiça, por dispensar tratamento igual a uma generalidade de pessoas, submetendo todos às mesmas normas.¹⁷⁷ Entretanto, o próprio Hart admite que o princípio da legalidade pode gerar graves iniquidades.¹⁷⁸

VI) Neste ponto, o autor traz interessantes indagações (muitas delas, a

¹⁷⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 261/262.

¹⁷¹ Id. *ibid.* p. 263.

¹⁷² Id. *ibid.* p. 264.

¹⁷³ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁷⁴ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁷⁵ Id. *ibid.* p. 265.

¹⁷⁶ Id. *ibid.* p. 265/266.

¹⁷⁷ Id. *ibid.* p. 266/267.

¹⁷⁸ Id. *ibid.* p. 266.

nosso ver, veiculadoras de casos difíceis). Explica que após a segunda guerra, os tribunais alemães se depararam com o fato de que muitas das pessoas encarceradas o foram por conta de normas produzidas durante o regime nazista, consideradas então como injustas. A questão era se essas pessoas deveriam ser soltas ou não. Ainda, outra questão insurgente era sobre se os oficiais nazistas deveriam ser punidos por práticas injustas, mas resguardadas pelas leis do regime vencido.¹⁷⁹ Nesse ponto Hart indaga se a ideia de validade jurídica deve ser estrita (são válidas apenas as normas jurídicas que respeitem as normas morais) ou ampla (todas as normas que seguiram os trâmites adequados de produção normativa, e sejam respaldadas pelas normas de reconhecimento). O autor responde que deve ser adotada a perspectiva ampla de validade e, inclusive, sustenta que o respeito a uma norma jurídica deve anteceder a uma análise moral, admitindo inclusive, em caso de incompatibilidade, o desrespeito à norma de direito vigente.¹⁸⁰

Verifica-se de tudo que foi exposto até aqui quanto às ideias de Hart que o mesmo já não trata o Direito com o mesmo "cientificismo matemático" de Kelsen, de modo que, inclusive, admite e entende ser indispensável o respeito pelo direito de algumas regras morais mínimas.

No entanto, sua teoria de normas primárias e secundárias traz uma série de problemas. A maneira como concebidas as normas secundárias torna o sistema jurídico algo potencialmente arbitrário, terreno fértil para manifestações totalitárias e em total desrespeito à dignidade humana. Da maneira como formulada, verifica-se que as normas secundárias traduzem uma pauta de condutas ou de reconhecimentos de Poder tidas como obrigatórias pelos próprios detentores do Poder. Em sentido análogo, Daniel Sarmiento pondera:

Com freqüência, a resposta para o problema concreto não oferece maiores dificuldades, reduzindo-se a aplicação mecânica da norma, mas, em certas hipóteses, que ele chama de "casos difíceis" (*hard cases*), o que realmente vai decidir é a vontade do juiz.¹⁸¹

¹⁷⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 269/270.

¹⁸⁰ Id. *ibid.* p. 270/273.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 59.

Sua teorização sobre a textura normativa aberta é superior à de Kelsen em alguns sentidos, uma vez que de forma indireta apregoa a necessidade de respeito pelo intérprete (em especial, o Poder Judiciário) de balizas morais mínimas, além dos fins sociais almejados com a norma. No entanto, peca quando admite que quando esta norma ou sua aplicação (norma do caso concreto) possa ofender a valores morais (em sentido amplo) inerentes à dignidade da pessoa humana, desde que sejam respeitadas as cinco balizas morais mínimas. Neste sentido, acaba por pecar no mesmo ponto que Kelsen: admite o controle de validade das normas apenas quanto à sua forma, e não ao seu conteúdo, sua conformação a normas superiores, em especial à constituição e às normas internacionais sobre Direitos Humanos.

1.4 MUDANÇAS DO PARADIGMA SOCIAL E DECLÍNIO DO JUSPOSITIVISMO

Apesar das teorizações juspositivistas, em geral, não representarem uma adesão aos regimes nazista e fascista, sua formulação de maneira despida de valores, pura, possibilitou que seu conteúdo fosse preenchido de acordo com os interesses que bem aproovessem aos detentores do Poder estatal, inclusive quando em dissonância com a Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme frisado, a maior parte dos teorizadores do positivismo jurídico (ao que nos parece, ambos os estudados neste trabalho) não criaram suas teorias de modo a colaborar com os regimes citados ou no sentido de legitimá-los. No entanto, a criação de uma teoria do Direito que considere ser possível tenha este, como substância, qualquer conteúdo, torna a criação e aplicação do Direito atividades descontroladas e dissociadas de seu fim: a dignidade do ser humano.¹⁸²

Norberto Bobbio, quando trata das concepções de positivismo jurídico, o faz sob três diferentes perspectivas: como método, como teoria e como ideologia. A

¹⁸² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. p. 33. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31/56.

adoção do positivismo como método não implica a adoção do positivismo como teoria e a adoção deste não implica sua adoção como ideologia. Entretanto, a adoção do positivismo como ideologia implica sua adoção como teoria e como método, e sua adoção como teoria implica sua adoção como método.¹⁸³ Diferenciando os três elementos, o método positivista visa atribuir ao estudo do direito um caráter científico e experimental.¹⁸⁴ A teoria visa uma abordagem meramente cognoscitiva de seu objeto de estudo, em atitude meramente informativa. Já a ideologia constitui uma atividade avaliativa da realidade, visando influir sobre ela, modificando-a.¹⁸⁵

Nesse diapasão, a diferença entre o realismo jurídico e o positivismo jurídico em sentido estrito se refere à aplicação do mesmo método (o positivista) a realidades jurídicas diferentes – o realismo tem como foco a pragmática, o "ser", enquanto que o positivismo em sentido estrito tem como foco a norma geral e abstrata, ou seja, o "dever-ser".¹⁸⁶

A teoria consiste em uma atitude puramente cognoscitiva, informativa, que tem como finalidade descrever determinado fato.¹⁸⁷ Já a ideologia visa influir sobre a realidade, consistindo em um sistema de valores.¹⁸⁸ Uma teoria pode ser criticada através de juízos de verdade e falsidade.¹⁸⁹ Já a ideologia só pode ser avaliada por juízos valorativos (boa ou má, por exemplo).¹⁹⁰

Embora a teoria vise estudar o Direito como ele deve ser, Bobbio assume que a teoria positivista não conseguiu ser totalmente fiel a tal propósito, de modo que toda teoria acaba por empregar, mesmo que indiretamente, uma ideologia.¹⁹¹ Um exemplo a ser citado é o dos juspositivistas alemães que empregavam a concepção hegeliana de Estado. Nesse diapasão, o Estado não teria um puro valor

¹⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233/234.

¹⁸⁴ Id. *ibid.* p. 122 seq.

¹⁸⁵ Id. *ibid.* p. 223.

¹⁸⁶ Id. *ibid.* p. 142/143.

¹⁸⁷ Id. *ibid.* p. 223.

¹⁸⁸ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁸⁹ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁹⁰ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁹¹ Id. *ibid.* p. 223/224.

técnico, não seria um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos, mas um valor ético, "a manifestação suprema do Espírito no seu dever histórico e, portanto, é ele mesmo o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados".¹⁹²

Bobbio assevera que o positivista, ao descrever o Direito, faz escolhas, valorações.¹⁹³ Nesse diapasão, as críticas ao positivismo se referem a dois sentidos distintos: à teoria (geralmente, crítica empregada pelos realistas) e à ideologia (crítica dos jusnaturalistas).¹⁹⁴

Quanto ao positivismo como ideologia, Bobbio entende que seria melhor denominada de positivismo ético, e não como positivismo jurídico.¹⁹⁵ Basicamente, tal ideologia defende o dever absoluto e incondicional de obediência à lei enquanto tal. Isso se deve a caracteres históricos, em específico à formação do Estado moderno, quando a lei se tornou a única fonte do direito e o direito legislado o único ordenamento normativo. Nesse momento, o direito estatal passa a ser a única pauta de condutas da sociedade, de modo que as normas religiosas, por exemplo, deixam de ser obrigatórias. O direito converte-se, aparentemente, em única fonte de valores morais e até mesmo éticos. Por conta disto, o dever de obediência às leis seria absoluto e incondicionado, vez que não há outro sistema normativo a embasar eventual crítica ou desvio de conduta.¹⁹⁶ Na escolástica, o pensamento era semelhante, com a diferença de que este movimento propugnava a obediência à lei enquanto justa, e o positivismo defende a obediência à lei enquanto lei, enquanto válida.¹⁹⁷

Existe, ainda, a versão moderada do positivismo ético, que afirma que o Direito tem valor enquanto tal, independentemente de seu conteúdo, mas não por ser justo sempre que válido, e sim porque prestigia o valor "ordem".¹⁹⁸ Nesse contexto, os defensores desta vertente consideram o direito como uma realidade técnica e não ética, por preferirem o direito à anarquia. A ordem é, para esta

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 224.

¹⁹³ Id. *ibid.* p. 224/225.

¹⁹⁴ Id. *ibid.* p. 225.

¹⁹⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

¹⁹⁶ Id. *ibid.* p. 226.

¹⁹⁷ Id. *ibid.* p. 226/227.

¹⁹⁸ Id. *ibid.* p. 229/230.

vertente, o resultado da conformidade de um conjunto de acontecimentos a um sistema normativo. Pressupõe a realização do sistema normativo. Isso explica a importância da coação na teoria do direito, vez que é o instrumento do Direito para obtenção da ordem.¹⁹⁹

Bobbio assinala que poder-se-ia fazer a objeção no sentido de que o fim próprio do direito não é a ordem e sim a justiça.²⁰⁰ Para o autor, pode-se, no entanto, responder que na concepção mais tradicional e mais ampla do termo justiça ela nada mais é que legalidade, ou seja, respeito à lei e, via de consequência, ordem.²⁰¹ Isto também vale quando não se fala em justiça de ação e sim justiça da própria lei (conformidade da lei com uma lei superior ou divina). Em certo sentido, para os adeptos desta corrente do pensamento, ordem e justiça são termos equivalentes.²⁰²

Em geral, o positivismo sustenta, ainda, que a lei é a forma mais perfeita de direito, desde que possua as seguintes características:²⁰³

a) generalidade (garante justiça através de igualdade formal);

b) abstração (ao não comandar ação singular, mas categoria de ações, garante certeza jurídica).

O próprio filósofo italiano, no entanto, tece críticas a essa concepção, ao argumento de que a lei pode ser individual e concreta, de modo que considerar a lei como a forma mais perfeita de direito e atribuir-lhe características necessárias nada mais é do que fazer exercício valorativo de como uma lei deve ser.²⁰⁴

Ainda, a versão moderada do positivismo ético defende que a ordem nem sempre é o valor supremo, de modo que se tal valor passar a ser outro, rompe-se o

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 230.

²⁰⁰ Id. *ibid.* p. 231.

²⁰¹ Id. *ibid.* loc. cit.

²⁰² Id. *ibid.* loc. cit.

²⁰³ Id. *ibid.* p. 231/232.

²⁰⁴ Id. *ibid.* p. 232.

ordenamento jurídico e forma-se um novo (por meio de revolução, por exemplo).²⁰⁵

Mesmo com todas essas considerações e ressalvas, tem-se que o positivismo jurídico, ainda assim, traz uma construção insuficiente. Isto porque torna o Direito uma ciência indefesa, subserviente aos variados e transitórios interesses políticos de quem porventura detenha o Poder. Nesse diapasão, embora o valor "segurança" ou, conforme citado por Bobbio, "ordem", seja importante, tem-se que sua adoção como valor supremo de dada sociedade traz consigo um Direito incapaz de coibir os abusos praticados com legitimação nesse próprio Direito. Quer dizer, o Direito, como parâmetro de legitimação de si mesmo, torna-se indefeso no que tange ao controle dos abusos praticados, ante a ausência de marcos valorativos para sua criação e exercício.

Muitos dizem que o grande problema do positivismo jurídico foi a recusa em adotar valores.²⁰⁶ Em que pese o respeito a esse posicionamento, tem-se que seu maior defeito é exatamente o contrário: é a possibilidade de adoção, pelo ordenamento jurídico, de um único valor, supremo, que quando prestigiado de maneira exagerada acaba por levar a ofensas à Dignidade da Pessoa Humana. O valor único, sendo a única influência axiológica na criação de normas/legislação, acaba por se fazer irradiar por todo ordenamento jurídico, mesmo que de forma implícita, levando a excessos.

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.²⁰⁷

Tanto que o que possibilitou as práticas nazistas e fascistas em nível intranacional foi a adoção de alguns poucos valores extremados,²⁰⁸ aliada a um

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. p. 232.

²⁰⁶ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 135/140.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 26. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01/48.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *ibid.* p. 224/225.

Direito que não possuía, pela maneira como concebido, maneiras de se autotutelar contra eventuais abusos na sua criação e exercício. Nessa perspectiva, oportunas as considerações de Fábio de Oliveira Azevedo:

*O positivismo jurídico, nas mãos de ditadores, é uma arma perigosa e letal. Direito, moral e justiça não são institutos completamente inconfundíveis, ao contrário do que prega o positivismo jurídico. Devem conviver harmonicamente, pois anseiam por um objetivo comum, consistente na adequação valorativa e unidade da ordem jurídica, que são os pilares sobre os quais se ergue o sistema jurídico. Nesse sentido avança a melhor doutrina, prestigiando o pós-positivismo e a constitucionalização dos direitos.*²⁰⁹

Em sentido análogo ao já exposto, Simone Goyard-Fabre menciona três incertezas que minam as doutrinas positivistas:

Por um lado, o positivismo se pretende a-filosófico; mas é impossível ganhar essa aposta, pois a auto-suficiência de uma teoria que, em sua pretensa "neutralidade axiológica" se limitasse apenas à fenomenalidade do direito é uma ilusão. Por outro lado, afastando do campo jurídico toda normatividade transcendente, essa teoria jurídica – que tem forte propensão a rebaixar o direito, aquém de suas próprias prescrições, ao plano das condições empíricas, sociais ou históricas que as motivaram – redundaria contraditoriamente afirmando a autonomia do direito na negação do caráter especificamente jurídico do direito. Por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida. (...) Com efeito, quando a geração gradual do direito obedece apenas ao critério da compatibilidade das normas jurídicas com as normas que lhes são superiores e, pouco a pouco, com as disposições constitucionais, embora ele seja levado em consideração, o conteúdo material do direito permanece secundário ao modelo de organização em cadeia do *corpus* jurídico.²¹⁰

Com o fim da Segunda Guerra, ante o fracasso do modo como o Direito era concebido até então, principalmente por sua imprestabilidade em tutelar o valor "dignidade humana", passou a haver uma série de movimentos no sentido de se reintroduzir normas de caráter valorativo nos sistemas jurídicos, o que levou

²⁰⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 11. Destaques do autor.

²¹⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. BERLINER, Claudia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 101/102. Destaque da autora.

consequentemente à sua abertura.²¹¹

Exemplo desta ruptura é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento internacional que consagra várias normas de alto caráter axiológico e que, apesar de não se revestir de roupagem de tratado ou convenção internacional²¹², é tido como de caráter obrigatório por ampla parcela dos internacionalistas, que o considera norma de *jus cogens*²¹³. Esse instrumento, além de realizar a introjeção de normas axiológicas no sistema dos Direitos Humanos, ainda rompe com um dos dogmas do positivismo, qual seja, o formalismo²¹⁴, uma vez que não é veiculado por quaisquer dos instrumentos previstos pelos tratados, convenções e costume internacional de até então. Note-se que tais normas tiveram força suficiente para impor condenações internacionais, até mesmo para fatos atentatórios à dignidade humana para os quais não houvesse prévia legislação internacional prevendo tipo penal e correspondente pena (o que gera severas críticas doutrinárias até hoje).²¹⁵

As concepções de Direito exageradamente formalistas começam a ruir. A busca pela pureza do Direito, ante sua insuficiência em proteger o homem das violações à sua dignidade durante a Segunda Guerra, passa a ser revista.²¹⁶ O Direito dissociado de um mínimo de valores éticos e filosóficos perde força, de modo que Herbert Hart, um dos grandes nomes do positivismo jurídico, não trata mais o Direito com o rigor formal dos positivistas que o antecederam.

Ainda assim, conforme já visto no tópico anterior, sua doutrina não empreendeu uma formulação adequada sobre a criação e a aplicação de normas com alta carga valorativa. Apesar dos avanços de sua teoria da textura normativa aberta, e em que pese admitir o influxo de um mínimo de normas morais no sistema

²¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 72/76.

²¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 789.

²¹³ Normas de *jus cogens* são normas de Direito Internacional Público, rígidas, inderrogáveis pelas vontades dos Estados ou mesmo por costume internacional. São as normas de hierarquia mais alta do Direito Internacional Público. Cf.: Id *ibid.* p. 132/137; 790.

²¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995. . 224/225. p. 144/146

²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *ibid.* p. 829/833.

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. *ibid.* p. 73/74.

jurídico, o que pode, talvez, ser justificado pelo fato de sua obra ser posterior à Segunda Guerra, ainda assim tem-se que sua concepção de norma de direito não possibilita a abertura adequada e coerente do sistema jurídico.

Ante estas considerações, passa-se no capítulo seguinte à análise de teorias sobre a abertura sistêmica, em especial sobre as construções de Miguel Reale, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

2 ASCENSÃO DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Muito se fala hoje em pós-positivismo. A maneira como insculpida e empregada esta expressão leva a crer tratar-se de uma corrente do pensamento com linhas jusfilosóficas bem assentadas, contraposta e superadora do naturalismo e do positivismo jurídicos. Trata-se essa constatação, entretanto, de um grande equívoco. De fato, o pós-positivismo é um movimento jusfilosófico que busca a superação do positivismo jurídico. Entretanto, não é ainda um movimento bem definido, embora se possa perceber a tendência na adoção de um conjunto de teorias, principalmente no campo hermenêutico.

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.²¹⁷

O pós-positivismo surgiu como consequência às violações da Dignidade da Pessoa Humana ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, em muito auxiliadas por um viés extremado do pensamento positivista.²¹⁸ Nesse diapasão, o grande intento do pós-positivismo jurídico é arraigar com normas de caráter axiomático um sistema silogístico formado, eminentemente, por normas fechadas.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.²¹⁹

Ainda, enunciando algumas aspirações da teoria crítica do Direito com vias à construção de uma teorização que rompa com os equívocos do juspositivismo, seguem as palavras de Fábio de Oliveira:

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

²¹⁸ Id. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

²¹⁹ Id. *ibid.* p. 249.

Nesta esteira, são combatidas noções rígidas e irrefletidas do juspositivismo, tais como: a auto-suficiência do direito positivo, a identificação sem mais entre *jus* e *lex*, a subsunção silogística-axiomática do fato à norma por um formalismo lógico-mecânico, o caráter apolítico e neutro da lei e da hermenêutica, a separação absoluta entre Direito e Moral, a pureza científica dogmatista, a negação da lógica dos juízos de valor no raciocínio jurídico, a completude objetiva e hermética do ordenamento legislado.²²⁰

Os movimentos de fragmentação do Direito Civil, bem como sua releitura por meio de valores constitucionais, principalmente no que tange aos princípios e direitos fundamentais, de certa forma não deixam de representar influência pós-positivista no Direito Civil, principalmente no Direito Contratual. Cumpre frisar que, neste sub-ramo do Direito Civil, houve uma drástica mudança de paradigmas interpretativos, em especial por conta dos princípios da função social, da boa-fé e da solidariedade, todos decorrentes direta ou indiretamente do texto constitucional.²²¹

Conforme já citado, o pós-positivismo representa uma série de tendências, não sendo um movimento jusfilosófico consolidado. Nesse diapasão, é algo extremamente difícil e, por outro lado, inútil, qualquer tentativa de enquadrar tal ou qual autor como representante deste viés do pensamento jurídico. Entretanto, algumas ideias e teorias acabam sendo empregadas pelos defensores desta nova tendência. Por tudo isso, não se está defendendo que os autores representativos dos marcos teóricos adotados neste capítulo são pós-positivistas, embora algumas de suas ideias possam ser consideradas como tal.

Por conta de tudo isso, sobreleva a importância do estudo do pós-positivismo para os fins deste trabalho, o que será realizado com base no culturalismo e na teoria tridimensional do direito, na visão de Miguel Reale; na mudança do núcleo normativo-interpretativo do ordenamento jurídico, que passou do Código Civil para a Constituição e; na teoria dos princípios de Alexy e Dworkin. Por fim, serão analisadas neste capítulo as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como as principais técnicas de abertura sistêmica empregadas pelo Código Civil.

²²⁰ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 03.

²²¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75.

Antes disso, no entanto, fazem-se necessárias algumas considerações prévias. Boa parte do que será abordado a partir daqui é fruto de críticas tecidas a pontos das principais teorias juspositivistas, em especial às teorias de Kelsen e Hart. Entretanto, não se quer dizer com isso que será defendido um completo abandono das teorizações do juspositivismo, mas sim sua superação naquilo em que é considerado falho.

Ante essas considerações, traz utilidade a análise de algumas críticas tecidas por Dimitri Dimoulis ao pós-positivismo²²². O autor acusa os pós-positivistas brasileiros de criticarem uma teoria caricaturada do positivismo jurídico, de não adotarem o pós-positivismo nos moldes germânicos, onde possui caracteres bem distintos e defende que os pós-positivistas brasileiros propugnam uma teoria idealista do Direito, que recorre a categorias metajurídicas.

Realmente, muitas das críticas ao juspositivismo empregam como parâmetro uma teoria caricaturada. Kelsen, conforme se demonstrou acima, não defendeu a aplicação de um silogismo mecanicista na interpretação da norma jurídica e até criticou essa concepção hermenêutica. Mas, por outro lado, não se pode ignorar que na práxis jurídica brasileira, de fato, por muito tempo, a aplicação do direito empregou o referido método silogístico, próprio da escola da exegese²²³. Ainda hoje não é raro encontrar decisões judiciais que simplesmente empregam normas-regra e utilizam como fundamentação tão-somente o enquadramento do fato jurídico à *fattiespecie* normatizada, inclusive, em casos que, analisados à luz da principiologia constitucional aplicável, podem ser considerados casos difíceis.²²⁴

Quanto à não correspondência do pós-positivismo às teorias germânicas de mesmo nome, o pós-positivismo verificado no Brasil, conforme mencionado alhures, não é uma teoria perfeita e acabada, representando muito mais uma série de tendências na maneira de se encarar o Direito. Até mesmo a nomenclatura

²²² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 45/63.

²²³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 415.

²²⁴ Cf.: NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163/166; 228/231.

significa que esta série de tendências representa algo posterior ao domínio das teorias positivistas (daí a partícula "pós") e está longe de refletir um título definitivo de uma teoria consolidada.

No que tange à adoção de normas metajurídicas, tal acusação não procede. Os princípios jurídicos representam valores positivados, constantes do próprio sistema jurídico. São princípios que remetem a valores morais, políticos ou de outros sistemas, mas que são também valores jurídicos, na medida em que presentes no sistema jurídico por meio das normas abertas. Neste diapasão, sendo valores ambivalentes (jurídicos e de outras esferas do saber) é indispensável um diálogo com esta outra esfera do conhecimento, de modo a se inferir qual o verdadeiro conteúdo e alcance desta norma-valor.²²⁵

Após estas considerações, passa-se à análise das teses já referidas, contrapondo-as as teses positivistas já vistas no capítulo antecedente.

2.1 O DIREITO PRIVADO E O NOVO CONTEXTO SOCIAL: FRACASSO DO DOGMA DA COMPLETUDE, FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E NECESSÁRIA ABERTURA SISTÊMICA

No Brasil, o Código Civil de 1916 bem representou os ditames do pensamento liberal-positivista inspirador do Código de Napoleão, um Código que pretendia regular toda a vida privada, mesmo sendo hermeticamente fechado.²²⁶ O centro axiológico da antiga codificação civil (não sendo exagero dizer que de todo sistema jurídico) pautava-se na proteção a um direito de propriedade individualista e quase absoluto²²⁷ e ²²⁸. Em tudo consentâneo com o espírito dos direitos fundamentais de primeira geração que, por definição, têm caráter individual e, na

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35 seq.

²²⁶ SANSANA, Maureen Cristina. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17226>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

²²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13/15.

²²⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. p. 98. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87/114.

mesma esteira, buscam a abstenção do Estado nas relações privadas.²²⁹

Conforme já referido, os direitos tinham como paradigma protetivo a abstração de um ser humano do sexo masculino, branco, proprietário, em pleno gozo da capacidade civil. As tendências homogeneizantes do Direito atuavam como um rolo compressor quanto às diferenças culturais, sociais e ideológicas, *standartizando* tudo nos moldes da abstração de ser humano que o ordenamento entendia ser merecedor de proteção jurídica. Nesse mesmo sentido, se refere Juan Carlos Velasco Arroyo, contrapondo a problemática da pluralidade de identidades e a tendência homogeneizante cultural e, em consequência, jurídica:

En las sociedades contemporáneas, profundamente polifónicas en sus manifestaciones, los sujetos encuentran con frecuencia enormes dificultades para amoldarse a un único patrón de identidad colectiva, más aún si ésta adopta tonos monolíticos, densos y exclusivos. Por ello, y para poder abarcar la complejidad del sujeto moderno, las identidades colectivas “han tenido que hacerse más abstractas conforme ha crecido y se ha ensanchado la diversidad de roles y escenarios, normas e instituciones, subculturas y grupos de referencia en que han de actuar los agentes” (McCarthy, 1993, 15-16). Es cierto que también hay quienes se empeñan, como se verá más adelante, en hacer justo lo contrario e intentan encorsetar la multiplicidad en moldes uniformes y hormas homogeneizadoras.²³⁰

Com o aumento da complexidade social,²³¹ e com o posterior surgimento da Constituição Federal de 1988, não podendo ser ignorado ainda o crescimento do pensamento pós-positivista, passou a haver uma séria inadequação entre o diploma privatista, a Carta Magna e a realidade social.

²²⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 64/67.

²³⁰ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Pluralidad de identidades e integración cívica. **ARBOR ciencia, pesamiento y cultura**, n. CLXXXII, p. 721/740, nov./dez. 2006. p. 728/729. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/4010/1/arbor_722_725740.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2011. Em tradução livre: Nas sociedades contemporâneas, profundamente polifônicas em suas manifestações, os sujeitos encontram com frequência enormes dificuldades para amoldarem-se a um único padrão de identidade coletiva, mas ainda assim esta adota tons monolíticos, densos e exclusivos. Por isso e para poder abarcar a complexidade do sujeito moderno, as identidades coletivas “têm de fazer-se mais abstratas conforme crescem e se proliferam a diversidade de papéis e cenários, normas e instituições, subculturas e grupos de referência em que tem de atuar os agentes” (McCarthy, 1993, 15-16). É certo que também existem os que se empenham, como se verá mais adiante, em fazer justo o contrário e tentam acomodar a multiplicidade em moldes uniformes e normas homogeneizadoras.

²³¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 06 seq. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

Essa discrepância entre sociedade e codificação civil levou a uma progressiva fragmentação do Direito Civil, uma vez que as novas relações jurídicas, em especial as contratuais, acabaram por revelar um Código Civil que, apesar das pretensões de completude, estava ultrapassado.²³² Nesse contexto, surgiram leis esparsas regulando relações jurídicas específicas, a exemplo da Lei do Inquilinato, das leis trabalhistas, da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei do Divórcio dentre outros.²³³

Por outro viés, o fenômeno da diferença também atuou como protagonista na erosão das pretensões da codificação vigente em regular toda a vida social. As diferentes identidades culturais, anseios, classes sociais e a consequente diversidade de necessidades, negociais inclusive, ensejaram cada vez mais a ruptura entre a realidade do "ser" e o plano normativo do "dever-ser".

Verificou-se que a pretensão de completude sistêmica era uma utopia. O modelo de engenharia legislativa, impregnado por normas fechadas, revelou sua fragilidade frente à dinâmica social e ao caráter histórico da cultura humana.²³⁴ A cultura não é estática, encontra-se em constante e ininterrupta transformação. Ainda mais na época atual, onde a cada dia surgem novas tecnologias e, via de consequência, novas modalidades negociais. O paradigma das relações sociais é extremamente volátil, as mudanças são drásticas, e ocorrem em pouco tempo. "O Direito não é imutável, e tem de se adequar à realidade à qual se aplica. Daí as revisões necessárias, de tempos em tempos."²³⁵

Esse fenômeno não ocorreu apenas no Brasil, de modo que são verificáveis discussões sobre o assunto na Europa (cite-se como exemplo Perlingieri

²³² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 06 seq. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

²³³ *Id. ibid.* p. 07. *In*: *Id. ibid.* loc. cit.

²³⁴ SANSANA, Maureen Cristina. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17226>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

²³⁵ ROUANET, Luiz Paulo. Positivismo jurídico *versus* justiça social? p. 199. *In*: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 191/200.

na Itália e Alexy na Alemanha) e nos Estados Unidos (podendo ser exemplificado pelos ensaios de Dworkin). O ser humano é ser de incertezas e possibilidades e que, no desenvolvimento de suas potencialidades, pode alcançar diferentes resultados, a depender de seus valores culturais, sua história, o meio social em que se encontra inserido. As necessidades de cada ser humano são variáveis e o ordenamento jurídico não pode ignorar este fato.²³⁶ Sendo produto da inventividade humana e visando regular a vida social do homem, o Direito deve imiscuir-se na realidade social e na diversidade cultural. Nesse diapasão, buscando o conceito de "pessoa humana", e diferenciando-o de categorias abstratas como a do "sujeito de direito", são oportunas as palavras de Judith Martins-Costa:

Busca-se as pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu "modo de ser" peculiar.²³⁷

Todo o exposto trouxe um novo desafio ao Direito Positivo e à ciência que o estuda: como regular a vida social garantindo um mínimo de segurança jurídica e estabilidade social e ao mesmo tempo permitir que o Direito se adeque à diversidade cultural, ao avanço tecnológico e à decorrente mutação constante dos paradigmas sociais? O caminho traçado pelo Código Civil de 2002 foi a abertura do sistema do Direito Civil, através da adoção de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, muitos dos quais veiculadores de normas-princípio. Essas categorias normativas serão analisadas ao longo dos tópicos seguintes.

Entretanto, cabe ressaltar desde já que o Código Civil foi promulgado em 2002, quase 30 anos após ter sido projetado e, ainda assim, trouxe uma série de mudanças ao Direito Civil. Assentou-se em três princípios básicos, a saber, a operabilidade, a socialidade e a eticidade, donde derivam as normas abertas de seu sistema.²³⁸ Talvez por ter como base normas com alta carga valorativa, mesmo com todo esse atraso em sua aprovação, o novo Código Civil apresenta-se, quando

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 71. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

²³⁷ Id. *ibid.* loc. cit. *In*: Id. *ibid.* loc. cit.

²³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. rev. atual. ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 2006. p. 688/689.

analisado em sua integralidade, como um Código moderno. O Código Civil de hoje possui roupagem totalmente diferenciada, influenciada pelos valores pós-positivistas, com primazia de normas de caráter axiológico e supremacia dos Direitos Humanos.²³⁹ Deve obediência, antes de tudo, à Constituição Federal, que lhe é norma hierarquicamente superior. Como sub-ramo do Direito Civil, o Direito Contratual também não passou incólume pelo curso da história.

O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica. Esta, construindo a noção de personalidade, o faz com base num dado pré-normativo, que é, ao mesmo tempo ontológico (a pessoa **é**) e axiológico (a pessoa **vale**).²⁴⁰

Essa mudança de núcleo normativo - do Código Civil para a Constituição - e axiológico – do patrimônio para o ser humano – acabou por irradiar efeitos por todos os institutos de Direito privado, permeando-os com carga normativo-axiológica impensável quando da sistemática anterior.

2.2 MIGUEL REALE: DIREITO COMO ELEMENTO CULTURAL E TEORIA TRIDIMENSIONAL DINÂMICA DO DIREITO

Toda estrutura de engenharia legislativa verificável no Código Civil de 2002 tem como idealizador Miguel Reale²⁴¹ e, como base filosófica, o culturalismo, a historicidade e sua teoria tridimensional dinâmica. Nesse sentido, mostra-se indispensável aos fins do presente trabalho a análise de tais teorizações, haja vista constituírem a *ratio essendi* da codificação civil brasileira.

²³⁹ SANSANA, Maureen Cristina. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17226>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

²⁴⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. p. 41. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31/56. Destaques do autor.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 88. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168.

Miguel Reale entendia o ser humano como um ser cultural, situado em determinado contexto histórico. Desta forma, o Direito, sendo uma pauta de condutas humanas, é também um elemento cultural. As normas jurídicas devem ser compreendidas de acordo com o contexto histórico-social que visam regular, uma vez que, para o autor, "a história está para a espécie humana como a memória está para o indivíduo, como cerne de sua personalidade"²⁴².

Miguel Reale é um culturalista por sua própria definição e por ter fundado sua concepção de conhecimento, ciência e direito, a partir da ação do homem como um ser cultural, imerso na história e em constante relação com a natureza desenvolvida na linha do tempo.²⁴³

É basicamente nesta premissa básica que se situa a teoria tridimensional do Direito nos moldes propugnados por Reale: o Direito é elemento complexo, situado na História, composto não apenas de normas, mas também de fatos e valores. Segundo o autor, não há maneira de se compreender adequadamente o fenômeno jurídico sem que se leve em conta, de maneira integral, estes três planos de manifestação do Direito. Nesse sentido:

Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearam segundo três elementos fundamentais: - o elemento *valor*, como intuição primordial; o elemento *norma*, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento *fato*, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada.²⁴⁴

Na análise da nomogênese jurídica²⁴⁵, Reale assevera que o fenômeno poderia ser descrito como um fecho de luz, representativo dos valores, que incide sobre os fatos. Os fatos, por sua vez, levam à reflexão desse feixe de valores, em várias possibilidades de normatização, as quais sofrem a influência do Poder, que

²⁴² REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 04.

²⁴³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. p. 02. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 01/85.

²⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 509. Destaques do autor.

²⁴⁵ Processo de nascimento de uma norma jurídica.

elege uma dessas possibilidades normativas.²⁴⁶ A escolha normativa realizada pelo Poder constitui um modelo jurídico, "uma estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações, de forma bilateral atributiva"²⁴⁷.

O Poder, na visão de Reale, não representa uma estrutura de escolhas arbitrárias, uma vez que está vinculado ao meio histórico, cultural e normativo em que se insere. Nesse diapasão, as escolhas do Poder estão também vinculadas aos valores daquela sociedade. De outra feita, quanto mais normas referido Poder cria, mais se vincula à ordem jurídica já existente e, via de consequência, aos valores por ela prestigiados. "(...) a decisão, que é a alma do Poder, não se verifica fora do processo normativo, mas inserindo-se nele, para dar-lhe atualidade ou concreção: o *Poder*, no fundo, é um ato decisório munido de garantia específica."²⁴⁸

Daí já se verificam importantes diferenças para as concepções de Direito ofertadas por Kelsen e Hart, na medida em que Reale situa os valores como parte integrante indissociável do fenômeno normativo. Ademais, a normatização não se reveste de mera escolha arbitrária do Poder, conforme se deflui de Kelsen e Hart, mas de escolha vinculada à normatização e aos valores existentes. Ou seja, vinculada à História e à Cultura. Isso fica ainda mais claro quando Reale apregoa que:

De outro lado, se fizermos abstração do "quantum" de *positivação* representado pelo Poder, as exigências axiológico-jurídicas se esvaem em modelos normativos inoperantes, o que demonstra que o problema do Poder só se compreende devidamente como o faz a teoria tridimensional, isto é, como momento de tensão fático-axiológica na concreção do processo nomogenético.²⁴⁹

A norma é criada para ter um mínimo de perenidade, de modo a conservar um mínimo de previsibilidade e segurança jurídica. No entanto, retornando à ideia de historicidade do viver humano, verifica-se que os fins sociais almejados e as demandas de determinada estrutura social não são estáticas ao longo do tempo. Elas variam com o decorrer da história e com as mudanças do contexto-fático-social.

²⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 552 seq.

²⁴⁷ Id. *ibid.* p. 554.

²⁴⁸ Id. *ibid.* p. 557.

²⁴⁹ Id. *ibid.* p. 561.

Os imperativos emanados dos valores, bem como os fatos sociais se transmudam, exigindo também uma transformação da norma jurídica.

A História do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança.²⁵⁰

A princípio é possível uma mudança de interpretação da norma jurídica, mudança de seu conteúdo semântico. Neste sentir, verifica-se uma boa dose de semelhança com a teoria da textura normativa abstrata de Hart. No entanto, existe um ponto em que o texto da norma não permite elasticidade hermenêutica suficiente a adequá-la ao novo contexto (parafrazeando Kelsen, a interpretação necessária não encontra lugar na moldura normativa), momento em que deve se dar a retirada da norma jurídica.²⁵¹

É por esse motivo que a tridimensionalidade propugnada por Reale é dinâmica: o processo de atualização normativa é incessante, tendo como consequência que a relação dialética de implicação entre fato e valor tenha como produto uma norma, que sofre constante processo de atualização pelos fatos e valores, de modo que a norma pode, no ínterim de sua vigência, sofrer mudanças de sentido (alteração de seu conteúdo semântico) ou até mesmo vir a ser revogada por inadequação aos fatos e valores do momento histórico em questão.

Foram essas constatações que levaram Reale a empregar na construção do Código Civil de 2002 a técnica legislativa da abertura sistêmica, por intermédio de normas veiculadoras de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Pode-se observar tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil o emprego de tais técnicas de engenharia legislativa, as quais permitem ao aplicador do Direito uma maior justiça ao amoldar determinada norma jurídica geral e abstrata a um caso concreto, por conta de termos normativos semanticamente abertos. Corroborando o exposto, Judith Martins Costa preleciona:

²⁵⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 572.

²⁵¹ Id. *ibid.* p. 562/564.

(...) a técnica utilizada foi a das cláusulas gerais, que permitem tanto a ligação intra-sistemática (entre as normas do próprio Código) quanto a conexão intersistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva).²⁵²

O conceito jurídico indeterminado “descreve conduta e sanção, mas a aplicação da regra passa pela análise do juiz sobre o texto, que contém expressão vaga e imprecisa.”²⁵³ Pode ser citada como exemplo as disposições do art. 1.136, IV do Código Civil²⁵⁴, uma vez que, embora as sanções estejam especificadas no parágrafo segundo do referido dispositivo, a *fattiespecie* normatizada traz expressões vagas e imprecisas, cujo sentido dependem de atividade interpretativa do aplicador da norma diante do caso concreto.

As cláusulas gerais, por seu turno, possuem um grau de indeterminação ainda maior, uma vez que a norma se limita a apontar um valor, sem, no entanto, descrever qualquer fato ou mesmo uma consequência jurídica.²⁵⁵ Um exemplo de dispositivo que contém cláusula geral é o art. 187²⁵⁶ do Código Civil, que apesar de qualificar como ilícito o exercício de um direito que atente contra a boa-fé, não traz o significado de boa-fé nem tampouco diz quais são as consequências pela desobediência a esta norma. Deve o aplicador da norma, neste caso, verificar se há (in)adequação da situação fática ao valor prestigiado e criar a solução que melhor atenda ao caso concreto. Ou, nas palavras de Perlingieri, "Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 99. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168.

²⁵³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 93.

²⁵⁴ Código Civil. Art. 1.336. São deveres do condômino:

(...)

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

(...)

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

²⁵⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *ibid.* loc. cit.

²⁵⁶ Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

norma às situações de fato."²⁵⁷

Já os princípios são normas que “contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”²⁵⁸. Por serem normas axiológicas, não há uma medida pré-estabelecida exata para sua aplicação. São na realidade mandatos de otimização: o valor perseguido deve ser garantido na máxima medida possível, de modo concertado com outros princípios prestigiados pelo sistema²⁵⁹. Podem ser citados como exemplos os princípios da eticidade, da socialidade, da operabilidade, da função social e da boa-fé objetiva, sendo que aqueles três primeiros são os princípios inspiradores do Código Civil. Essa técnica de abertura sistêmica será abordada com maior minúcia nos tópicos que seguem.

Assevere-se que apesar das duas primeiras técnicas legislativas serem objeto de discussão, via de regra, dentre os estudiosos do Código Civil de 2002, também podem ser encontradas na Constituição Federal de 1988, diploma normativo hierarquicamente superior do ordenamento jurídico brasileiro. O emprego de tais artifícios de engenharia normativa tem dentre suas finalidades a sobrevivência de grandes corpos normativos às mudanças histórico-culturais, além da busca de justiça no caso concreto. Isso fica claro das palavras de Reale na "Exposição de motivos do Supervisor da Comissão Revisora e elaboradora do Código Civil", quando salienta que:

Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.²⁶⁰

²⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 31. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01/48.

²⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. atual. até a EC. n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55/56.

²⁶⁰ BRASIL. **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p. 112. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70327/14/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

Em que pese o fato do Código Civil de 2002 ter sido publicado quase três décadas após sua criação e a conseqüente obsolescência de alguns de seus institutos, tem-se que ainda assim tal *Codex* realizou verdadeira inovação na ordem jurídica, modernizando o chamado “Direito Privado”. Tal se deve à técnica legislativa já referida, que permite sejam suas normas constantemente reinterpretadas de maneira consentânea com o contexto histórico-social que visam regular. Nesse ponto, parece que os intentos dos idealizadores do referido Código foram bem sucedidos, no sentido de elaborá-lo resistente à força do tempo. Por outro lado, vislumbra-se que tal técnica legislativa traz a segurança própria do sistema fechado, mas também permite a justiça através de aberturas sistêmicas pontuais.

As cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados possuem, segundo doutrina civil-constitucional de vanguarda, mais uma importante utilidade hermenêutica: possibilitam a infiltração dos valores salvaguardados pelos direitos fundamentais na seara do direito privado, em especial por meio da eficácia irradiante dos direitos fundamentais²⁶¹, assunto que será mais bem analisado em tópico específico.

2.3 CONSTITUIÇÃO COMO PARÂMETRO NORMATIVO-INTERPRETATIVO DO DIREITO CIVIL

Durante a vigência do Código Civil de 1916, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, encarava-se o Código Civil como diploma de centralidade na regência da vida privada.²⁶² À Constituição eram relegados assuntos atrelados ao funcionamento e à estruturação do Estado, de modo que apenas as relações jurídicas que tivessem o Estado como parte recebiam incidência constitucional.²⁶³ Dessa feita, a Constituição era tida em muitos pontos como uma

²⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 127.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 67/68. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

²⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. rev. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2005]. p. 43.

"carta de intenções", sem força normativa.²⁶⁴

Nesse sentir, é até mesmo compreensível que o Código Civil de 1916 representasse a centralidade normativa do ordenamento jurídico. Ainda mais se, com os fatos expostos, for colimada a inspiração do Código Civil de 1916 no Código de Napoleão²⁶⁵ e, por via de consequência, a adoção em certa medida de posturas semelhantes à da Escola da Exegese.²⁶⁶ O Código Civil anterior, portanto, tinha como centralidade axiológica a defesa da propriedade e da segurança jurídica. Primava pelos interesses patrimoniais, deixando de lado os existenciais²⁶⁷.

Em comentários ao Código Civil italiano de 1865, as palavras de Perlingieri se encaixam perfeitamente à realidade brasileira do início do século XX:

Modelado no Código Civil francês de 1804, o Código de 1865 caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *mortis causa*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui "é".²⁶⁸

Desde Konrad Hesse, a Constituição deixou de ser encarada como mera folha de papel descritiva das forças reais de poder e passou a representar a norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico. Muitos podem tecer como objeção o fato de que Kelsen já previa a Constituição como norma legitimante do sistema jurídico que institui, inclusive como decorrência da teoria da unidade. Entretanto, para Kelsen a legitimação quanto à adequação constitucional se

²⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 262/263.

²⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. p. 23. *In: Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21/46.

²⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *passim*. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 89/106.

²⁶⁷ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *passim*. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87/114.

²⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04.

circunscreve ao aspecto formal²⁶⁹, enquanto que pelas construções de Hesse e dos neoconstitucionalistas, as normas infraconstitucionais devem conformidade à Constituição também no que tange ao seu conteúdo (Princípio da Supremacia da Constituição).²⁷⁰

A construção que tem a Constituição como núcleo normativo dos sistemas jurídicos é, hoje em dia, a que prevalece.²⁷¹ Todas as normas infraconstitucionais devem obediência àquele diploma normativo, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios constitucionais deles decorrentes.²⁷² "Cada juiz e operador do direito, nos casos concretos em que se defrontarem, têm a obrigação de interpretar as normas jurídicas de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental."²⁷³

Essa mudança na centralidade normativa, por si só, promoveu importantes mudanças no modo de interpretar o Código Civil de 1916, dando-lhe, em certa medida, cara nova.²⁷⁴ Mas, por conta dos valores que inspiraram sua criação, tem-se que suas normas possuíam pequena abertura semântica, de modo que esta pequena elasticidade hermenêutico-normativa dificultava a perfeita adequação da codificação privatista à Constituição da República de 1988.²⁷⁵

Ademais, a grande valia dessa mudança na centralidade normativa não se resume a mudança na dogmática interpretativa e legitimadora do Direito, pelo menos não no caso brasileiro: as consequências que mais repercutiram têm como causa a adoção pela Constituição brasileira de 1988 do valor Dignidade da Pessoa

²⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979. p. 273/277; 304.

²⁷⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. passim.

²⁷¹ MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://espacodireitoacademico.blogspot.com/2010/08/caminho-de-um-direito-civil.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

²⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 48/49; 288/289.

²⁷³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 124.

²⁷⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. p. 16/17. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03/29.

²⁷⁵ SANSANA, Maureen Cristina. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17226>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

Humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁷⁶. Dessa feita, todas as normas jurídicas do sistema pátrio devem adequação à referida *axio*, representada, em especial, pelos Direitos Fundamentais insculpidos em sede constitucional.²⁷⁷

Verifica-se, por outra senda, uma verdadeira crise da antiga dicotomia que separa(va) direito público e direito privado. O Direito Constitucional, que em sua concepção clássica cuidava apenas do interesse dito público, pelas construções mais modernas incide diretamente nas relações dos sujeitos privados.²⁷⁸ Disso decorre uma maior proteção ao ser humano, uma vez que as normas constitucionais passam a determinar também a validade das normas de direito privado, bem como dos negócios jurídicos que as têm como base.²⁷⁹ Ou seja, por conta da mudança de modelo hermenêutico, a Constituição passou a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, sejam nas áreas tipicamente reguladas pelo direito público, seja nos domínios do direito privado.²⁸⁰ Esse primeiro fenômeno já evidencia a crise da antiga categorização dicotômica referida, representando uma típica manifestação do que hoje é chamado "Constitucionalização do Direito Civil" ou "Constitucionalização do Direito Privado".²⁸¹ Discorrendo sobre a constitucionalização do Direito Civil e sobre as críticas tecidas a este paradigma, seguem ponderações de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A crítica à constitucionalização do Direito Civil com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas é fetichização de uma racionalidade sistêmica fechada, que encara o direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento das demandas impostas para a

²⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

²⁷⁷ PICCIRILO, Miguel Belinati. A dignidade humana da pessoa e a inclusão da pessoa com deficiência. p. 167/170. *In*: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 161/177.

²⁷⁸ MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://espacodireitoacademico.blogspot.com/2010/08/caminho-de-um-direito-civil.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

²⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 48/49.

²⁸⁰ MORAES, Maria Celina B. *ibid.* loc. cit.

²⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. p. 40/42. *In*: **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21/46.

concretização da dignidade da pessoa.²⁸²

Conforme apregoam os constitucionalistas e os civilistas de vanguarda, qualquer interpretação ou aplicação de uma norma de Direito, incluindo-se o Direito Civil, deve empregar como primeiro prisma interpretativo as regras e princípios constitucionais²⁸³, sem o que não possuem validade dentro do ordenamento²⁸⁴. Já aqui nos é demonstrada a necessidade de uma reestruturação de várias construções da dogmática, bem como uma reflexão acerca do núcleo axiológico do direito privado: a tutela do patrimônio ou a tutela da dignidade da pessoa humana?²⁸⁵

Constata-se que a axiologia constitucional, que tem como núcleo (ou "valor-fonte"²⁸⁶) a dignidade da pessoa humana, impôs à antiga lógica privatista a necessidade de readequação de seus institutos a essa nova pauta valorativa. A propriedade não é mais o valor fonte do ordenamento jurídico ou de qualquer dos seus ramos. O Direito não possui como finalidade precípua a proteção da riqueza dos "sujeitos de direito", mas sim a defesa e a promoção da dignidade dos seres humanos.²⁸⁷ A propriedade deixa de possuir fim em si mesma, ao passo em que se adota a formulação kantiana de dignidade humana e de ser humano como fim e nunca como meio.²⁸⁸ A propriedade passa a contar com um perfil instrumental de

²⁸² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. p. 101. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 89/106.

²⁸³ MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://espacodireitoacademico.blogspot.com/2010/08/caminho-de-um-direito-civil.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. rev. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2005]. p. 46. Em que pesem as divergências quanto às consequências no que tange à inconstitucionalidade das normas jurídicas, prevalece na doutrina e na jurisprudência pátrias tratar-se de caso de invalidade e não de inexistência ou de ineficácia. Entretanto, despontam técnicas mais modernas de controle de constitucionalidade, que visam principalmente o respeito às opções do legislador e ao princípio da Segurança Jurídica. Sobre o assunto: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. atual. até a EC. n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1296/1355.

²⁸⁵ MORAES, Maria Celina B. *ibid.* loc. cit.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 71. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

²⁸⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. p. 34/35. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 13/62.

²⁸⁸ Trata-se da chamada "fórmula do objeto", pela qual Kant defende que o ser humano deve ser encarado sempre como fim, e nunca como meio para um fim. Cf.: KANT, Immanuel. *Fundamentação*

promoção a esta dignidade.²⁸⁹ Nesse diapasão, Luiz Edson Fachin preleciona:

O pólo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional.²⁹⁰

A mudança de perfil do direito de propriedade leva a uma conseqüente despatrimonialização²⁹¹ do direito privado, à mesma medida em que promove sua personalização²⁹²: o ser humano é tido como fim do Direito, e a propriedade como meio de promover sua dignidade. Nos moldes do exposto por Perlingieri, isso não significa um aumento ou diminuição na tutela dos direitos patrimoniais, mas sim a sua tutela sob uma roupagem qualitativamente diversa.²⁹³ Daí a necessidade da compreensão do alcance da correta hermenêutica de todos os institutos de direito privado, em especial daqueles que carregam princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

De tudo quanto exposto, tem-se que aquele intérprete agarrado tão-somente aos métodos hermenêuticos clássicos²⁹⁴ com muita frequência chegará a conclusões interpretativas inconstitucionais e dissonantes dos valores irradiados pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não se quer dizer com isso que tais métodos carecem de importância. Apenas que são insuficientes. Nesse sentido, preleciona Lenio Luiz Streck:

da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. HOLZBACH, Leopoldo. [São Paulo]: Martin Claret, 2006. p. 68.

²⁸⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. p. 32/33. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31/56.

²⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

²⁹¹ MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Disponível em: <<http://espaodireitoacademico.blogspot.com/2010/08/caminho-de-um-direito-civil.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011

²⁹² NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em "O império do Direito". p. 12. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 1/ 36.

²⁹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33/34.

²⁹⁴ Métodos gramatical, teleológico, sistemático e histórico.

Com Castanheira Neves, não é demais lembrar, ainda para reafirmar a incompatibilidade acima especificada, que a interpretação é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos, pelo que não há *uma* interpretação gramatical, *uma* interpretação histórica, etc. (e acrescento: não há *uma* interpretação sistemática, *uma* interpretação teleológica, etc.), mas, sim, um elemento gramatical, um elemento histórico, etc., que, conjuntamente, *concorrem para o ato interpretativo*, e assim por diante, donde não se torna desarrazoado afirmar que pugnar por uma hermenêutica constitucional enquanto método ou técnica nada mais é do que agregar ao processo de interpretação tradicional ("métodos" gramatical, teleológico, sistemático, etc.) "o" ou "um" *elemento* constitucional, o que se afigura, a toda evidência, em uma insuficiência hermenêutica.²⁹⁵

A interdisciplinaridade entre Direito Civil e Direito Constitucional torna-se, dessa feita, imprescindível. Tais constatações, ao passo que trazem maior complexidade ao processo hermenêutico, levam o intérprete a verdadeiras encruzilhadas, conclusões hermenêuticas que, a primeira vista, parecem todas corretas. Uma importante ferramenta para eleição da interpretação mais adequada, principalmente no que tange às normas abertas, se encontra na teoria dos princípios, na técnica de ponderação de interesses e nas teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ambas a serem analisadas nos tópicos que seguem.

Outra teoria que traz grande utilidade ao estudo ora empreendido é o de Peter Häberle, quanto à sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Häberle defende, em síntese, que não são apenas os órgãos estatais e os demais juristas que possuem legitimidade para realização da interpretação constitucional. Os demais membros de uma sociedade também possuem referida legitimação.

Os argumentos de Häberle se referem à necessidade da constituição disciplinar a vida social. Ainda, parte da constatação de que também os intérpretes oficiais estão inseridos no meio social, sofrendo, portanto, influências deste. Dessa feita, todo cidadão é um intérprete da constituição, seja do ponto de vista teórico ou prático. Nesse sentido, seguem ponderações de Häberle:

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 322/323. Destaques do autor.

A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.²⁹⁶

Consequentemente, a esfera pública efetua, em primeiro plano, a interpretação constitucional, sendo esta, posteriormente, chancelada ou não por um intérprete oficial, seja a administração pública, seja o Poder Judiciário. Em argumentos defendendo esta ponderação, o autor o faz em três dimensões distintas. Primeiramente, o faz quanto à teoria do direito, teoria da norma e teoria da interpretação, defendendo que a ampliação do círculo de intérpretes é consequência da necessidade de integração da realidade no processo hermenêutico.²⁹⁷

Em um segundo ponto, argumenta a favor da concepção ampla de intérpretes legitimados com base em reflexões sobre a teoria da Constituição. Nesse ponto, e como decorrência da necessidade da correlação entre Constituição e realidade social, o autor aduz que a Constituição dispõe sobre a organização, tanto do Estado, quanto da própria sociedade. Sendo os cidadãos membros das duas esferas de atuação, não podem ser tratados como meros objetos da ciência constitucional, e sim como sujeitos. Ademais, a prática cotidiana dos sujeitos estatais e sociais atua na legitimação da teoria e não o contrário.²⁹⁸

Por fim, o autor procura defender sua tese com base na Teoria da Democracia. Para tanto, aduz que o direito à cidadania é um direito fundamental e esta dá competência objetiva interpretativa ao partido político, à opinião científica, ao grupo de interesse e ao cidadão. A democracia, segundo concepção moderna, não se limita a transferir a soberania estatal do monarca ao povo, mas deve ser encarada tendo como prisma os direitos fundamentais.²⁹⁹ Segundo palavras do próprio autor:

²⁹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. [Porto Alegre]: Sergio Antonio Fabris editor, [ca. 1997]. p. 30.

²⁹⁷ Id. *ibid.* p. 30/33.

²⁹⁸ Id. *ibid.* p. 33/35.

²⁹⁹ Id. *ibid.* p. 36/40.

Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.³⁰⁰

Verifica-se, assim, que os órgãos estatais não são os únicos intérpretes da constituição, até mesmo porque boa parte dos fatos sociais não passa pela análise dos poderes públicos. Nesse ponto, Häberle se refere ao processo interpretativo como um processo de tentativas, erros e acertos, de modo que as tentativas equivocadas empreendidas pelos cidadãos podem ser posteriormente controladas pelos poderes públicos, com base nos mecanismos de controle de constitucionalidade.³⁰¹

Se por um lado todos que estão submetidos a uma constituição são seus legítimos intérpretes, por outro isso traz importantes implicações. A constituição não atribui às pessoas submetidas à sua força normativa apenas direitos, mas também obrigações. Essas obrigações não atingem somente os atores estatais, mas também obrigam aos particulares. Estes últimos devem observar a constituição em todos os momentos da vida social. Em específico, devem observar a constituição quando da realização de negócios jurídicos. Todos esses argumentos servem, também, para análise do cabimento ou não da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assunto abordado em tópico próprio.

2.4 ABERTURA SISTÊMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A abertura do sistema do Direito Civil acaba por levar a um imprescindível diálogo de fontes normativas, algumas das vezes de natureza intersistêmica (diálogo entre normas de diversos sistemas do Direito, dentro do jurídico), outras vezes extrassistêmica (diálogo com saberes extrajurídicos, a exemplo da moral, da política

³⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. [Porto Alegre]: Sergio Antonio Fabris editor, [ca. 1997]. p. 36/37.

³⁰¹ Id. *ibid.* p. 41/44.

e da economia).³⁰²

Dentre os modelos de diálogo existentes, assumem importância a este trabalho o que ocorre entre o Direito e outros saberes quando da interpretação e determinação do conteúdo de um princípio diante de um caso concreto, e o diálogo entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados presentes na legislação civil com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal. Deste último modelo de diálogo, surgiu uma série de discussões sobre o modelo de eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, pontos estes que serão tratados no tópico seguinte. Reserva-se este tópico às considerações acerca da teoria dos princípios.

Cumprе assinalar, entretanto, que os estudos atinentes ao modelo de sistematização aberta não são exclusivos do Direito Civil. Também no Direito Constitucional são travadas referidas discussões, de modo que, com as adequadas adaptações, os estudos dos constitucionalistas podem ser aplicados ao horizonte do Direito Civil. Parece, nesse ponto, que a caracterização elaborada por J. J. Gomes Canotilho acerca da Constituição portuguesa tem plena aplicação à Constituição brasileira, vejamos:

(...) o sistema jurídico do Estado de direito português é um **sistema normativo aberto de regras e princípios**. Este ponto de partida carece de <<descodificação>>: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.³⁰³

A Constituição da República de 1988, assim como a Constituição

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 78. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 1159.

portuguesa, é um sistema jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas, uma vez que prestigia uma série de normas abertas, que fazem referências a valores. A interpretação quanto ao conteúdo destes valores, por seu turno, sofre constantes modificações, uma vez que nem o paradigma nem os valores sociais são estáticos. Eles variam com o decorrer da história e as mudanças sócio-culturais. Dessa feita, o sistema jurídico é dinâmico, uma vez que sua sistematização é aberta. Se não o fosse, a Constituição seria engessada, incapaz de se autoatualizar. Fadada, assim, à extinção por obsolescência. Nesse diapasão, analisando a concepção de Canotilho apresentada acima, Yuri Carneiro Coelho obtempera:

Importante também ressaltar que a Constituição, conquanto seja um elemento sistêmico harmônico, não traduz uma completude plena de seus dispositivos no ordenamento, posto que é, fundamentalmente, um sistema aberto de regras e princípios, denotando, assim, a impossibilidade de compreender-se o sistema constitucional de forma fechada, completa.

As lacunas existem, os aspectos valorativos, a realidade conjuntural, a todo momento impõem um redimensionamento dinâmico de seus valores, não se podendo tratá-los de forma estática, o que, sem dúvida, torna a Constituição em um sistema aberto de normas e princípios.³⁰⁴

Em seguida, Canotilho defende que a constituição é um sistema aberto, uma vez que possui estrutura dialógica que permite a autoatualização do sistema constitucional. Esta é, conforme já observado quando dos estudos da teoria tridimensional de Reale, uma das grandes vantagens da adoção de normas jurídicas com abertura semântica: elas permitem ao Direito se adaptar às mudanças do paradigma social, aos novos valores éticos e culturais. Discorrendo sobre a diversidade de valores albergados pela Constituição de 1988 e o consequente emprego de normas abertas, seguem as palavras de Guilherme Sandoval Góes:

A Constituição de 1988 é *híbrida*, nitidamente **compromissória** na medida em que tenta albergar, a um só tempo, as vertentes do liberalismo burguês e da social democracia. Daí a tendência de positivar o texto constitucional de modo amplo e sem maiores detalhamentos acerca das condutas necessárias para a realização dos fins pretendidos, optando-se por fórmulas abertas que projetam "estados ideais", cuja exegese é mais complexa, na medida em que

³⁰⁴ COELHO, Yuri Carneiro. Sistema e princípios constitucionais tributários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1282>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

o intérprete fica obrigado a definir a ação a tomar. Em essência, a Constituição de 1988 fica dividida entre valores contrapostos (axiologicamente fragmentada), ou seja, de um lado, os direitos sociais pressionando por ações estatais positivas superadoras da reserva do possível e, de outro, as liberdades privadas requerendo estatalidade mínima ou negativa.³⁰⁵

Neste diapasão, as normas abertas abrem um espaço de conformação aos três poderes estatais, de modo que, em casos de omissão legislativa e necessidade de conformação à constituição, podem o Judiciário e o Executivo proceder à atualização de sentido normativo da norma aberta.³⁰⁶ Em conceituação mais precisa da terminologia "aberto", Canotilho assenta que:

Um sistema normativo considera-se em termos lógicos como um *sistema aberto* quando se não pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido. *A contrário*, o exemplo de *sistema normativo fechado* reconduz-se à fórmulas típicas como: <<o que não é proibido é permitido>>, ou o <<que não é permitido é proibido>>. De uma forma sintética, poder-se-ia caracterizar o sistema fechado como aquele em que só a norma explícita (sic) (proibido, autorizado, imposto) é relevante.³⁰⁷

Ainda sobre a concepção de Canotilho, a constituição é um sistema normativo de regras e princípios. Essa caracterização enuncia que o sistema jurídico-constitucional não é formado apenas por normas-regra, nos moldes do propugnado pelos defensores das mais diversas escolas positivistas. Os princípios também são normas jurídicas, e ajudam a compor o sistema jurídico, de modo que ambos os modelos de normas possuem grande importância ao ordenamento jurídico como um todo.

Boa parte dos constitucionalistas³⁰⁸ assinala que a teoria dos princípios nos moldes empregados hoje tem como idealizadores Ronald Dworkin e Robert Alexy, este estudioso do direito alemão e aquele filósofo dos Direitos estadunidense

³⁰⁵ GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. p. 116/117. BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113/150. Destaques do autor.

³⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2001. 318/320.

³⁰⁷ Id. *ibid.* p. 440. Destaques do autor.

³⁰⁸ Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, 2006. p. 264/266.

e inglês.

A teoria dos princípios nos moldes propugnados por Ronald Dworkin tem como nascedouro uma análise crítica, denominadas pelo autor de "ataque geral contra o positivismo"³⁰⁹. Para tanto, o mesmo autor enuncia que a principal teorização positivista atacada será a concepção de Direito criada por Hart, e já demonstrada no primeiro capítulo deste trabalho.

Dworkin lança seus principais ataques a dois pontos da teoria de Hart: à ideia de regra de reconhecimento e ao fato de Hart defender que, diante de casos difíceis, o julgador decide com base em uma discricionariedade praticamente desregrada, absoluta. Dessa feita, o autor faz uma diferenciação entre regras e princípios, nos termos que seguem:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.³¹⁰

Já os princípios não trazem consequências jurídicas automáticas,³¹¹ nem estabelecem condições que tornam sua aplicação necessária. A norma-princípio enuncia "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular."³¹² Nesse diapasão, esclarecer mais o enunciado de um princípio, seja através da descrição, seja através da inclusão de exemplos e contra-exemplos não tornam seu conteúdo mais exato ou mais completo.³¹³ Quando de sua aplicação a um *hard case*, sempre necessitarão ser veiculados através de uma regra para o caso concreto³¹⁴.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35.

³¹⁰ Id. *ibid.* p. 39.

³¹¹ Id. *ibid.* p. 40.

³¹² Id. *ibid.* p. 41.

³¹³ Id. *ibid.* loc. cit.

³¹⁴ Id. *ibid.* p. 46.

Da diferenciação acima, surge uma segunda característica dos princípios, qual seja, eles possuem uma dimensão de peso, de modo que, diante de um caso concreto, diante de uma colisão de princípios, um terá mais peso que outro; diferentemente das regras que, diante de uma colisão, sofrem uma análise de validade de uma com conseqüente invalidade de outra³¹⁵. A regra inválida se encontra fora do ordenamento jurídico, enquanto que o princípio afastado em um caso concreto pode ter aplicabilidade (ou maior peso) em outro.³¹⁶

Quanto à regra de reconhecimento, Dworkin argumenta que o simples fato dos princípios não poderem ser reconhecidos por uma regra de tal espécie não significa que não possuam obrigatoriedade jurídica, ou que não façam parte do Direito. A não adequação da realidade do Direito à teoria que pretende explicá-lo revela falha da teoria e não do Direito. Afinal de contas, não é o objeto de estudo que deve se amoldar à teoria que pretende descrevê-lo, e sim o contrário.³¹⁷

De outra feita, não se revela suficiente dizer apenas que a adoção de princípios por um julgador revela mera prática comum embora não obrigatória. A invocação de princípios para solução de um caso difícil não representa apenas algo que os julgadores fazem comumente, de acordo com sua discricionariedade. Isso porque, muitas das vezes, princípios são invocados para afastamento da aplicação de regras. Nesse sentido, se as regras são de aplicação obrigatória, não faz sentido que os princípios que as afastam sejam de aplicação puramente discricionária. Se assim o fosse, não existiria regra obrigatória.³¹⁸

Ainda, demonstrando a importância da vagueza das cláusulas gerais, com argumentos que também justificam tal característica nos conceitos jurídicos indeterminados e nos princípios, assevera Dworkin:

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

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42/43.

³¹⁶ Id. *ibid.* loc. cit.

³¹⁷ Id. *ibid.* p. 58/59.

³¹⁸ Id. *ibid.* p. 59.

remendadas, incompletas ou esquemáticas de estabelecer concepções particulares. Se as encarmos como apelos a conceitos morais, um maior detalhamento não as tornará mais precisas.³¹⁹

Com base na teorização de Dworkin, Robert Alexy criou uma concepção mais precisa dos princípios³²⁰. Alexy adota a tese de que os princípios são analisados, quando colidentes, na dimensão de seus pesos e, em seguida aponta que determinados princípios têm precedência sobre outros sob determinadas condições ou em determinado caso concreto.³²¹ Nesse diapasão, os princípios são mandamentos de otimização, aplicáveis em maior ou menor medida a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso sob análise.³²²

O autor alemão discorda de Dworkin quanto à aplicabilidade das regras no modelo de tudo ou nada, dizendo que podem ser inseridas exceções às regras existentes quando em análise um caso concreto, inclusive em decorrência da aplicação de um princípio.³²³

Dessa forma, as regras também podem possuir um caráter *prima facie* (aqui em contraposição a caráter definitivo). Entretanto, o caráter de razão *prima facie* das regras é mais forte que o dos princípios, pois é elidível apenas quando o princípio em contraste com o princípio que sustenta a regra tiver mais peso que esse princípio oposto e que os princípios que sustentam o caráter *prima facie* das regras em geral³²⁴. Os princípios possuem um caráter *prima facie* que pode ser fortalecido através de uma carga argumentativa, mas que sempre é mais fraco que o das regras.³²⁵

Alexy propõe, ainda, um modelo de sopesamento entre princípios antagônicos, o qual denomina de *máxima da proporcionalidade*, e que possui como

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 214.

³²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 37; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, 2006. p. 281.

³²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2008]. p. 93/94.

³²² Id. *ibid.* p. 90.

³²³ Id. *ibid.* p. 104.

³²⁴ Alexy denomina esses princípios de "princípios formais". Cf.: Id. *ibid.* p. 105.

³²⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

máximas parciais a *máxima da adequação*, a *máxima da necessidade* e a *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*.³²⁶ Ditas máximas decorrem das características dos princípios como mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas (adequação e necessidade) e jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito).³²⁷

Adequação exprime se a medida adotada é adequada ao fim perseguido pelo princípio sob análise. Já a necessidade determina que, dentre todos os meios possíveis para realização dos fins propostos pelo princípio, seja escolhido o que traga menos gravames a um princípio colidente. Invocando construção do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o conteúdo da máxima da proporcionalidade, quando em jogo direitos fundamentais, esta significa que "o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo"³²⁸. Se ambas as medidas eleitas afetam o Princípio colidente com outro Princípio, nesse caso passa-se à proporcionalidade em sentido estrito, que realizará o sopesamento dos princípios conflitantes diante das possibilidades jurídicas.³²⁹ De outro lado, "A lei [leia-se norma-regra] é o mecanismo pelo qual o sistema político democrático realiza o processo de ponderação primária entre direitos."³³⁰ Por fim, seja na ponderação de princípios, seja na aplicação de regras, cria-se uma regra específica para o caso sob análise.³³¹

O princípio da proporcionalidade traz ainda duas outras importantes construções teóricas, quais sejam, o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) as quais, no entanto, estão mais relacionadas com a tutela dos direitos fundamentais, motivo pelo qual serão analisadas no tópico seguinte.

³²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2008]. p. 116/117.

³²⁷ Id. *ibid.* p. 118.

³²⁸ Id. *ibid.* p. 119.

³²⁹ Id. *ibid.* p. 120.

³³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 48.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 29. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1/48.

A teoria dos princípios, nos moldes delineados acima ou extremamente semelhantes, é amplamente aceita hoje pelos constitucionalistas brasileiros de vanguarda³³² e aplicada pelos tribunais.³³³ Superam, assim, deficiências dos modelos positivistas demonstrados no primeiro capítulo deste trabalho, além de vincular o Estado, no exercício das suas três atribuições gerais (legislar, administrar e julgar) ao sistema jurídico vigente, haja ou não norma regra para o caso sob análise.

Nesse diapasão, Canotilho defende que os princípios possuem função "normogenética" e função "sistêmica", vez que fundamentam as regras jurídicas e "têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite <<ligar>> ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional"³³⁴. Ainda, assevera que o modelo constitucional português, no que também enquadra o brasileiro³³⁵, é um sistema constitucional tendencialmente principialista, o que permite ao sistema respirar, legitimar, enraizar e caminhar, nos moldes delineados abaixo:

A respiração obtém-se através da <<textura aberta>> dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescrua-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa e judicial) das mensagens normativas da constituição.³³⁶

Denota-se a imprescindibilidade dos princípios como instrumento normativo-interpretativo do sistema jurídico, além de seu papel como "liga coesiva" do sistema. A grande preocupação quanto à sua aplicação, no entanto, se refere à sua interpretação equivocada ou, até mesmo, ao seu emprego com fundamentação

³³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, 2006. passim.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 33. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1/48.

³³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 1163. Destaques do autor.

³³⁵ Id. *ibid.* p. 1164.

³³⁶ Id. *ibid.* p. 1163. Destaques do autor.

deficiente ou com baixa carga argumentativa. Nesse sentido, Daniel Sarmento alerta:

A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não o fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados.³³⁷

A interpretação das normas jurídicas deve ser realizada por meio de um sistema hermenêutico complexo pelo qual, em um primeiro passo, todas as normas do ordenamento devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal. E isso engloba regras e princípios constitucionais, aqueles à luz destes e assim por diante. As normas de Direito Civil, após esse primeiro passo, devem passar por sistema hermenêutico semelhante de interpretação dentro deste subnível interpretativo: as normas-regra de Direito Civil devem ser interpretadas à luz das normas-princípio, com eventual possibilidade de afastamento de uma regra em vista da eventual colisão de princípios dentro do sistema de Direito Civil.

A própria diversidade de valores inspiradores do ordenamento jurídico torna a interpretação mais complexa, conforme alerta Oscar Vilhena Vieira:

Esta tentativa de conciliar princípios liberais, democráticos, sociais e comunitários ou solidários gera necessariamente uma enorme dificuldade não apenas ao intérprete da Constituição, mas especialmente àqueles que têm como responsabilidade primária implementá-la.³³⁸

Observe-se ainda que também quando da colisão de princípios deve-se atentar às regras de hierarquia. Uma norma princípio de Direito Civil sem sustentação de uma norma constitucional em um caso concreto, se em confronto com outra norma princípio constitucional, deve ceder espaço a esta última. Sobre o assunto, no tópico que segue serão analisados os tipos de eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas, bem como um estudo de Wilson Steinmetz

³³⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 123.

³³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 41.

sobre a colisão entre o princípio da autonomia privada e outros princípios veiculados por normas de Direitos Fundamentais.

Assinale-se desde já, entretanto, que conforme alertado por Eros Grau e Paulo Bonavides, quanto mais complexo o modelo de interpretação constitucional proposto, mais difícil fica estabelecer critérios interpretativos absolutos.³³⁹ Na realidade, as mudanças de paradigma hermenêutico advindas da teoria dos princípios, do princípio da supremacia da constituição e da teoria dos direitos fundamentais são relativamente novas. E repercutem em todo o ordenamento jurídico, de cima para baixo, desde a constituição até os atos infralegais, o que demanda haja uma acomodação de todos os institutos do Direito a esta nova realidade. Quanto mais antigos os institutos, maiores são as resistências às mudanças, e maiores as dificuldades à elaboração de uma teoria hermenêutica hábil a colmatar os múltiplos interesses e valores em conflito.

2.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já ressaltado, um outro diálogo de fontes que interessa sobremaneira à presente investigação se refere aos modelos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Vislumbra-se que a grande problemática atinente ao assunto se refere à intervenção de normas de direito público e, nesse caso, de direitos fundamentais com sede constitucional, na sistemática liberal presente nas relações entre privados, regidas que são pelo princípio da autonomia privada.

Tendo em conta essa premissa básica, os principais modelos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas são o da ineficácia horizontal (ou eficácia apenas vertical), o da eficácia horizontal indireta e o da eficácia horizontal direta. Mas para entender um pouco a razão da construção desses três modelos, será necessário recorrer, em certa medida, à teoria geral dos direitos fundamentais.

³³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14^a ed. rev. atual. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2010]. p. 162.

Segundo parte da doutrina³⁴⁰, os direitos fundamentais têm seu nascedouro com as revoluções liberais, em especial com as revoluções francesa e americana. A razão para consagração desta espécie de direitos tem ligação direta com o paradigma social e político que lhe é anterior, qual seja, o Absolutismo monárquico e a insegurança advinda do modelo de Direito dele decorrente. Dessa feita, os direitos fundamentais então surgidos tinham como preocupação nuclear delimitar e limitar os poderes de intervenção estatal nas relações privadas³⁴¹ de modo que, os chamados "direitos fundamentais de primeira dimensão" ou "direitos fundamentais de defesa" demonstram de forma muito clara esta índole de abstenção estatal.³⁴² Por isso, são denominados em sua maioria direitos de status negativo,³⁴³ ou direitos de abstenção.³⁴⁴

Aqueles Estados que ainda hoje sofrem maiores influências do pensamento liberal, a exemplo dos Estados Unidos, tratam dos direitos fundamentais dessa forma, como direitos oponíveis pelo cidadão ao Estado. O fundamento para este comportamento é a garantia, nas relações privadas, dos princípios da autonomia privada e a segurança jurídica. Por conta disso, o paradigma eficaz dos direitos fundamentais nestes Estados obedece à lógica da ineficácia horizontal ou da eficácia tão-somente vertical (Estado-cidadão). Tal é a doutrina da *State Action*.

Alguns países que adotam esta teoria criaram um artifício de equiparação entre particulares e o Estado. Referido artifício equipara o ente privado ao Estado em algumas circunstâncias específicas. Em regra, as pessoas jurídicas de direito privado não se sujeitam aos direitos fundamentais daquele Estado (nos Estados

³⁴⁰ Essa é a posição adotada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *in*: **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 30/32.

³⁴¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. p. 92. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 89/106.

³⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *ibid.* p. 64/67.

³⁴³ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. p. 07. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os "novos" direitos no Brasil**: naturezas e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 01/30.

³⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. atual. até a EC. n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

Unidos, por exemplo, os entes privados não se sujeitam à *Bill of Rights*). Entretanto, os entes privados que recebam qualquer espécie de incentivo estatal, como incentivos fiscais, são tratados como se fossem o próprio Estado no que tange ao dever de respeito aos direitos fundamentais. Trata-se da aplicação da *public function theory*.³⁴⁵

No entanto, as relações jurídicas entre particulares nem sempre são verdadeiramente horizontais, uma vez que o conhecimento técnico e, principalmente, o poder econômico, muitas das vezes sobreleva o poder de negociação de uma parte em relação à outra.³⁴⁶ A título exemplificativo, o modelo contratual mais corriqueiro após a revolução industrial e a segunda guerra mundial é o dos contratos de adesão, que trazem ínsitos o modelo do *take-it-or-leave-it* (pegar ou largar).³⁴⁷

Dessa feita, conforme observa Canotilho, ainda causa perplexidade o fato de, no mais das vezes, "as angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações *jurídico-privadas*, pois também aí parecem registrar-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias".³⁴⁸ Esta disparidade nas relações entre particulares, que parte das vezes possuem poder até mesmo superior ao de Estados, levaram outros países, em especial Alemanha, Espanha e Portugal, a adotar postura diversa, reconhecendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁴⁹ Argumentando, ao que parece, a favor da adoção da teoria da eficácia horizontal, seguem as lições de Oscar Vilhena Vieira:

O pacto social não pode ser visto apenas como um instrumento voltado a mediar as relações da sociedade com o Estado. Antes disto, o pacto realiza-se entre os membros da sociedade. Assim, se estabelecemos a vida como um direito, isto significa que todas a

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 187/197.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 70/71. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

³⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. rev. atual. ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 2006. p. 71/78.

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Provedor de justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. p. 85. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2004. p. 85/96 Destaques do autor.

³⁴⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 368.

peças têm a obrigação de respeitar a vida dos demais. Se vivemos em comunidade, o direito de um exige condutas compatíveis com sua implementação por parte dos demais. (...) De forma genérica, no entanto, pode-se dizer que o Estado tem obrigações não apenas de respeitar os direitos fundamentais como, também, de garanti-los. Já aos indivíduos cumpre primeiramente respeitar os direitos dos demais, sem que tenham o mesmo ônus que o Estado na garantia destes direitos.³⁵⁰

As teorias que defendem este paradigma se baseiam na construção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Pela dimensão objetiva propõe-se, basicamente, que a axiologia salvaguardada pelos direitos fundamentais constitui uma pauta objetiva de valores juridicamente tutelados. Nesse diapasão, quando são abstraídos de dado direito fundamental seus aspectos subjetivos, chega-se a um bem jurídico constitucionalmente protegido, que deve ser respeitado por toda sociedade e não apenas pelo Estado. Tal bem jurídico seria merecedor de tutela não apenas contra ações estatais, mas também contra ações de quaisquer particulares.³⁵¹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz alguns desdobramentos importantes ao presente trabalho, em especial a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e os deveres de proteção. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais decorre do fato de que, constituindo-se em pauta objetiva de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, os direitos fundamentais devem ser respeitados e servir de prisma interpretativo de quaisquer normas do ordenamento jurídico, seja quando da criação da norma jurídica, seja quando de sua aplicação.³⁵² Dessa feita, qualquer atividade que envolva interpretação, criação ou aplicação de direito deve sempre se vincular aos direitos fundamentais, sob pena de invalidade por ofensa à Constituição.

Já os deveres de proteção determinam que o Estado não deve apenas se abster de violar os direitos fundamentais de seus cidadãos, mas também deve velar

³⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 46/47.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2008]. p. 524/528.

³⁵² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 124/129

para que sejam respeitados, inclusive por terceiros nas relações privadas.³⁵³ Por esta ótica o Estado deixa de ser encarado apenas como violador dos direitos fundamentais, e passa a ter a responsabilidade de promovê-los e defendê-los. Tais incumbências cabem ao Estado como um todo, às atividades legislativa, administrativa e judiciária.³⁵⁴ Conforme leciona Daniel Sarmiento:

O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão.³⁵⁵

Em sentido análogo, empregando o modelo de Canotilho quanto às funções dos Direitos Fundamentais³⁵⁶, Zulmar Fachin assevera a importância da sua função prestacional na promoção de justiça social e isonomia material, conforme se verifica abaixo:

A função de prestação social dos direitos fundamentais tem grande relevância em sociedades, como é o caso do Brasil, onde o Estado do bem-estar social tem dificuldades para ser efetivado. Essa realidade impõe que milhões de pessoas fiquem à margem dos benefícios econômicos, sociais e culturais produzidos pela economia capitalista. Essa carência não permite a fruição do mínimo existencial.³⁵⁷

Relacionando o princípio da proporcionalidade com as teorias eficazes dos Direitos Fundamentais e os deveres de proteção, cumpre ainda citar o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e o princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ambas as teorias se referem à aplicação e sopesamento proporcionais dos direitos fundamentais.

O princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) apregoa,

³⁵³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 279/280.

³⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. p. 72/73. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 63/87.

³⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 129.

³⁵⁶ São as funções de defesa ou de liberdade; de prestação social; de proteção contra terceiros; de não discriminação. Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p.407/410.

³⁵⁷ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 217/218.

basicamente, que o Poder Público tem o dever de, quando da eleição dos meios para consecução do interesse público, agir com proporcionalidade, a fim de não gerar excessos. Ele tem como origem o princípio da proporcionalidade, em especial, quando aplicado com vias a limitar as intervenções do Poder Público nas esferas de interesses dos particulares.³⁵⁸

Dessa feita, referido princípio traz a ideia de que o Estado deve, na busca do interesse público, limitar os direitos fundamentais na mínima medida possível. A limitação aos direitos dos cidadãos deve se restringir ao estritamente necessário, sob pena de desproporcionalidade inconstitucional. E isso vale também para os atos administrativos discricionários. O exercício da discricionariedade administrativa não é, conforme alerta Canotilho, "uma autorização em branco"³⁵⁹. Bem representativo dessas diretrizes é o artigo 18, 2 da Constituição de Portugal, ao determinar que:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Esse princípio, em que pese ser instrumento poderoso na consecução dos direitos fundamentais de índole negativa, mostra-se insuficiente frente aos direitos fundamentais de natureza prestacional. Daí a teorização do princípio da proibição de proteção deficiente. Nesse sentido, são as lições de Lenio Luiz Streck:

(...) é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (Untermassverbot). (...) Deflui de todo o exposto que o Estado deve possuir aparelhamento e instrumentos adequados de promoção da dignidade da pessoa humana, encarnada nos direitos fundamentais. Dessas construções, surgem dois principais modelos de eficácia horizontal, a saber, o modelo da eficácia horizontal indireta ou mediata e o modelo

³⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 266.

³⁵⁹ Id. *ibid.* p. 735.

da eficácia horizontal direta ou mediata.³⁶⁰

O princípio da proibição de proteção deficiente determina, portanto, que o Estado deve tomar as medidas necessárias à tutela dos direitos fundamentais. Os atos estatais, incluindo os do Poder Judiciário, devem primar pela satisfação de exigências mínimas de eficiência na tutela dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por desproporcionalidade. Como se pode notar, este princípio apresenta extrema semelhança com a teoria dos Deveres de Proteção, do que se permite presumir que o dever Estatal de garantir os direitos fundamentais com condutas positivas possui, em nosso Estado, mais de uma fonte teórico-normativa. Ademais, leva às construções das teorias da eficácia horizontal mediata e da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais. Juarez Freitas, enunciando proposições interpretativas relativas aos direitos fundamentais, em uma delas apregoa que:

Os direitos fundamentais devem iluminar todas as searas do direito, sendo condição para que se evite a perpetuação de uma ordem insuportavelmente injusta, impondo-se uma acentuada mudança de mentalidade que extraia conseqüências mais fundas do princípio da constitucionalidade (autônomo em face do princípio da legalidade). *A omissão passa a ser tão violadora dos direitos fundamentais como os excessos.* Em certo sentido, para assegurar os direitos fundamentais é que existe o Estado, ao menos legitimamente: *toda interpretação deve ser leal às exigências da totalidade dos direitos fundamentais, consorciados sempre como deveres.*³⁶¹

Novamente tendo como cerne das preocupações a dinâmica privatista, que tem como centros axiológicos a autonomia privada e a segurança jurídica, a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata propugna que a atuação dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva se dá por meio de erupções na legislação infraconstitucional.³⁶² Tais erupções seriam as cláusulas gerais e os conceitos legais

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista clássico. p. 15. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=77&Itemid=29>. Acesso em: 12 mai. 2011.

³⁶¹ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta. p. 344. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** 1ª ed. [S.l.]: Malheiros Editores, [ca. 2007]. p. 317/356. Destaques do autor.

³⁶² BENDA, Ernesto et. al. **Manual de derecho constitucional.** 2ª ed. Madri: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales: Madri, 2001. p. 108.

indeterminados³⁶³, os quais, possuindo conteúdo abstrato e plasticidade interpretativa, abrem espaço para uma interpretação conforme a Constituição ou, mais especificamente, aos direitos fundamentais.³⁶⁴ Nessa esteira, a grande função das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados seria exatamente permitir a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, quando da interpretação da norma a ser aplicada.

Tal posicionamento sofre uma série de críticas, em especial por ignorar o princípio da Supremacia da Constituição, bem como por deixar a concretização dos direitos fundamentais sujeita ao alvitre e aos humores do legislador ordinário.³⁶⁵ Tratando-se a Constituição de verdadeiro direito positivo e não de mera carta de intenções políticas, os críticos argumentam que a concretização dos direitos fundamentais através de sua aplicação e respeito é um dever oponível a todos, possuindo eficácia *erga omnes* e vinculante não só para o Estado como também para os entes privados. Daí exsurge a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata.

A teoria da eficácia horizontal direta ou imediata propugna a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas de forma direta, independentemente de mediação legislativa. Entretanto, admite que a aplicação não se dá nos mesmos moldes das relações entre o cidadão e o Estado, uma vez que se faz necessário seja resguardado o princípio da autonomia privada. Nesse diapasão, Canotilho defende seja utilizado como parâmetro de calibração desses efeitos o grau de desigualdade da relação jurídica privada.³⁶⁶

De todo o exposto, verifica-se que o principal argumento de resistência à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais reside na possibilidade de descaracterização da dinâmica privatista, mais especificamente em seu

³⁶³ BENDA, Ernesto et. al. **Manual de derecho constitucional**. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales: Madri, 2001. p. 108.

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 198.

³⁶⁵ Id. *ibid.* p. 205.

³⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 1293.

aniquilamento pelo desrespeito do princípio da autonomia privada.³⁶⁷

Sobre o assunto e, ao que parece, defendendo a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, Wilson Steinmetz³⁶⁸ partiu da premissa de que o princípio da autonomia privada também é um princípio constitucional e criou um critério hierárquico fraco (precedência, elidível através de argumentação eficiente após ponderação da colisão no caso concreto) para colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo³⁶⁹, contrapondo o princípio da autonomia privada a direitos fundamentais de índole pessoal e a direitos fundamentais de índole patrimonial, todos frente a relações de igualdade e desigualdade entre as partes da relação jurídica. Para tanto, empregou os critérios de ponderação de interesses defendidos por Alexy, demonstrados no tópico anterior.

Dessa análise, conclui Wilson Steinmetz que o princípio da autonomia privada apenas teria precedência no caso de colisão com direito fundamental de índole patrimonial, numa relação de desigualdade entre as partes. Nos demais casos a precedência seria dos direitos fundamentais em sentido estrito, elidível apenas através de argumentação jurídica eficiente a justificar a prevalência do princípio da autonomia privada no caso concreto, após realização da ponderação de interesses³⁷⁰.

Note-se que em um país assolado pela miséria e pela desigualdade social não há como se negar a aplicação da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. As relações jurídicas brasileiras acabam por se revelar verdadeiros espelhos da dinâmica social: assim como existe desigualdade social, há desigualdade jurídica. Se a desigualdade econômica inviabiliza a aquisição de bens indispensáveis à subsistência, também constitui obstáculo de difícil transposição para acesso ao judiciário. Nessa linha de raciocínio, a inadmissão da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais acaba configurando mais um fator de

³⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 185 seq.

³⁶⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *passim*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1ª ed. [S.I.]: Malheiros Editores, [ca. 2007]. p. 11/53.

³⁶⁹ Conceito empregado por Alexy ao se referir a colisão entre bens constitucionais diversos de direitos fundamentais em sentido estrito. Cf.: Id. *ibid.* p. 29. In: Id. *ibid.* loc. cit.

³⁷⁰ Id. *ibid.* p. 48/53. In: Id. *ibid.* loc. cit.

desigualdade jurídica, perpetuando o domínio do mais forte sobre o mais fraco.

Se a Constituição da República de 1988 é o texto normativo de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico estatal, e se conta com supremacia normativa, não há porque se discutir a aplicabilidade horizontal direta de suas normas: tal acaba sendo consequência inarredável das premissas anteriores. Ademais, em nenhum momento os dispositivos que tratam dos direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 especificam destinatários específicos. Diante do princípio da Máxima Efetividade³⁷¹, a interpretação mais adequada para este dado é que as normas de direitos fundamentais têm como titulares e destinatários todos os cidadãos.

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 1224.

3 O DIREITO CIVIL CONTRATUAL PÓS-POSITIVISTA

O tratamento dispensado pelos positivistas ao Direito Contratual não diferia muito do tratamento dado à legislação em vigor. Analisava-se o contrato como um amontoado de cláusulas avalorativas, expressão do exercício do princípio da autonomia privada. Aquilo que o sujeito contratava o vinculava invariavelmente, pouco importando suas condições sociais, seu conhecimento técnico quanto ao que se contratava ou mesmo mudanças posteriores nas condições fáticas de quando da realização do negócio jurídico.

O Direito tutelava apenas o fiel cumprimento do avençado, não assumindo qualquer importância as condutas dos contratantes que não violassem as cláusulas contratuais ou mesmo o sistema instituído pelo Código Civil de 1916. Este, como já pôde ser visto, era permeado por regras, e suas diretrizes principiológicas tinham como valores reinantes a manutenção da segurança, a garantia da autonomia privada e a tutela de uma isonomia de cunho meramente formal.

Isso pode ser bem demonstrado pelos princípios contratuais estudados, pela doutrina, durante a sistemática anterior. Eram citados os princípios da autonomia privada, do efeito vinculante dos contratos, da relatividade dos contratos, da intangibilidade do contratado.³⁷² Em suma, princípios todos derivados do princípio da autonomia privada e da lógica individualista-patrimonialista, que buscava a garantia de isonomia formal, de uma liberdade aprisionadora dos mais fracos, mais humildes e mais ignorantes.³⁷³

Com o influxo de todos os movimentos e contramovimentos demonstrados até aqui, o Direito Civil teve que se adaptar à nova realidade social, filosófica e jurídica. A influência liberal da qual era tributário todo o direito privado de outrora agora cede espaço a valores de matiz social. A ampla liberdade de contratar, inalcançável ao controle do Poder Público, hodiernamente cede espaço aos valores

³⁷² Em sentido análogo, cf.: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: v. III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

³⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277/279.

da solidariedade social, da isonomia material, da função social da propriedade, todos de sede constitucional. Ao tempo em que estes princípios ganharam espaço, o mesmo ocorreu com seus consectários, em especial os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.³⁷⁴

A partir dessa realocação dos pesos dos princípios do direito privado, muitos passaram a empregar o termo "crise" quando se referem a essa mudança de paradigmas. Fala-se em crise dos contratos, crise da autonomia privada,³⁷⁵ crise da responsabilidade civil. Entretanto, conforme se pretende demonstrar, o que ocorreu foi uma readequação da concepção de Direito e da dogmática jurídica à necessidade premente de tutela e valorização da pessoa humana, inclusive e em especial nas relações entre sujeitos privados. Se levado em conta que o valor central privatista anterior se baseava na valorização e proteção do patrimônio, e que a nova dinâmica jurídico-social reconheceu que o fim da tutela de qualquer ramo do Direito deve ser a Dignidade Humana, é compreensível que tenham havido mudanças tão drásticas.

Isso não significa que tenha sido extirpado de nosso ordenamento o princípio da autonomia privada, ou mesmo o princípio da segurança jurídica nas relações negociais. Significa apenas que tal princípio deve ser subserviente ao princípio da dignidade da pessoa humana e que deve ser ponderado com os demais princípios constitucionais. E mais: nos moldes da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, os princípios inspiradores do direito privado passado não possuem peso absoluto, devendo sofrer ponderação com outros princípios da ordem jurídica, em especial os com assento constitucional.

3.1 REFLEXOS DA ABERTURA SISTÊMICA NO DIREITO CIVIL CONTRATUAL

Nos tópicos do capítulo anterior foram demonstrados alguns reflexos da

³⁷⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74 seq.

³⁷⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 3: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 88.

abertura sistêmica do Direito Civil. Esse tópico terá como objeto as modificações operadas pela abertura sistêmica no direito contratual em específico.

Pelas concepções clássicas, os contratos tinham como finalidade precípua o trânsito jurídico de riquezas, permitindo que bens migrassem de um patrimônio a outro.³⁷⁶ Dessa feita, o contrato é considerado como principal fonte obrigacional.³⁷⁷ No entanto, será que com a abertura do sistema do Direito Civil, em especial com a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana, essa concepção se mantém?

Parece que não. Por um lado, não há como negar que a função do contrato como instrumento de transferência de riquezas permanece, mas por outro não há como afirmar que essa seja sua única finalidade³⁷⁸, ou mesmo sua finalidade precípua. Se todas as instituições de Direito se submetem à Constituição Federal e ao valor "Dignidade Humana", e se todo o Direito deve ser interpretado tendo como prisma os direitos fundamentais, deflui-se que a principal finalidade dos contratos é a promoção da dignidade humana. Como assevera Perlingieri, "unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa"³⁷⁹. Referido valor se espraia, portanto, em todos os institutos jurídicos.

O modelo contratual do Código Civil de 1916, por um breve período, teve êxito na regulação das relações jurídicas negociais. Mas este sucesso não se deve necessariamente à correspondência do ordenamento jurídico às expectativas sociais. Na verdade, no cenário social em que surgiu o Código revogado, a maior parte da população brasileira vivia em propriedades rurais, de modo que a busca do Poder Judiciário para solução de eventuais conflitos era extremamente rara. Não seria equívoco dizer, inclusive, que a moral e a religião exerciam um papel coercitivo mais eficaz que o próprio Direito. O êxodo rural, o aumento populacional e a atuação do fenômeno da diversidade cultural revelaram, no entanto, toda a fragilidade do

³⁷⁶ ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução dos contratos e de sua função social. p. 33 seq. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 19/50.

³⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: v. III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01/03.

³⁷⁸ ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. *ibid.* p. 34. *In*: *Id.* *ibid.* loc. cit.

³⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276.

modelo jurídico contratual de um código fechado e que condicionava o fenômeno do "ser" ao do "ter".

Conforme frisado, o tráfego de bens jurídicos continua a ser uma finalidade do direito contratual. Daí decorre que boa parte dos princípios ligados ao direito de propriedade acaba por ter influência nesse ramo do Direito. Inclusive, os problemas daquele ramo repercutem aqui. A concepção de propriedade como direito absoluto e a segurança extremada das relações sociais, temas já abordados nos tópicos antecedentes, trazem como consequência, diante dos novos paradigmas jurídicos, uma colisão entre vários princípios e valores, muitos com assento constitucional; de um lado, segurança, propriedade e isonomia formal e, de outro, solidariedade social e justiça.

Em boa parte, essa dualidade é representada pelo problema da normatividade dos princípios, abordado no tópico antecedente. Ana Paula de Barcellos salienta que existem basicamente dois valores fundantes de qualquer ordem jurídica: de um lado, o valor justiça e, de outro, o valor segurança. O valor justiça é representado, dentro de um sistema jurídico, pelas normas principiológicas, uma vez que o princípio permite a aplicação do direito de forma mais consentânea com as especificidades do caso concreto. Já o valor segurança é representado pelas normas-regra, uma vez que tal espécie de norma traz previsibilidade ao sistema. Quanto mais regras o sistema jurídico possuir, mais previsíveis serão as decisões jurídicas tomadas dentro desse sistema.³⁸⁰

Por outro viés, no entanto, ambas as espécies normativas trazem consigo problemas. Um sistema permeado excessivamente por princípios será também um sistema extremamente inseguro, instável, uma vez que a aplicação dos princípios não traz consigo a mesma previsibilidade jurídica das regras. Já um sistema jurídico excessivamente constituído por normas-regra será um sistema iníquo, por afastar-se das expectativas de justiça inerentes a todo e qualquer ordenamento jurídico.³⁸¹ Conforme preleciona Ana Paula de Barcellos:

³⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. p. 78/80. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49/118.

³⁸¹ Id. *ibid.* loc. cit. In: Id. *ibid.* loc. cit.

Ora, se as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, conclui-se que, quanto mais normas-regras houver no sistema, mais seguro, isto é, mais previsível, mais estável ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais normas-princípios houver no sistema, maior será seu grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia. Repete-se, portanto, o que parece bastante óbvio: uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá suficiente segurança e justiça.³⁸²

Sintetizando a ideia exposta por Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso enuncia: "Para que possa satisfazer adequadamente à demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras".³⁸³

Verifica-se, dessa maneira, que os valores propriedade e dignidade humana não são valores contrapostos, sendo que aquele valor é imprescindível à consecução deste, e vice-versa. Tanto é assim que o direito de propriedade faz parte do rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição Federal), devendo, entretanto, haver o respeito à sua função social (artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal).

Os valores segurança e justiça devem ser ponderados de maneira a permitir uma convivência estável e justa das expectativas jurídico-sociais de determinada sociedade. Por conta disso, embora o sistema do Direito Contratual tenha sido permeado por novos valores, como os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ainda é tributário da autonomia da vontade e de seus princípios consectários. Inclusive, o pós-positivismo surge em um momento histórico em que o Direito positivista não se mostra capaz nem de garantir justiça nem segurança, conforme ponderado por Luiz Roberto Barroso:

³⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. p. 79/80. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49/118.

³⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). p. 33. *In*: Id. *ibid.* p. 1/48.

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.³⁸⁴

A construção de uma sociedade verdadeiramente justa e plural, mas também estável, passa pelo adequado equacionamento entre todos esses valores que, se sob um primeiro olhar são colidentes, após um exame mais atento são complementares e imprescindíveis todos à construção de um Estado Democrático de Direito que prime pela Dignidade da Pessoa Humana. Aquele que fará a análise do caso concreto, em especial o membro do Poder Judiciário, terá que se atentar para a necessidade de equacionar esses valores que, à primeira vista, são antagônicos, de modo a permitir a aplicação de cada um deles na proporcional medida. Em argumento quanto à indissociabilidade dos valores referidos, Paulo Nalin assevera:

Percebe-se, assim, haver intrínseca relação entre autonomia privada, constituição e solidariedade social, cabendo ao Judiciário a árdua e precípua tarefa de conjugar todos estes valores, tomando como norte o indivíduo, não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim, na coletiva material e existencial, pois, sob este prisma, lei alguma disporá.³⁸⁵

³⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 17 mai. 2011. Destaques do autor. Em negrito no original.

³⁸⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 173.

Dessa feita, ao lado da concretude e segurança propiciada por normas fechadas, as normas abertas possibilitam a adaptabilidade do sistema jurídico contratual às mudanças sócio-culturais e à inventividade humana. Inventividade esta que, assevere-se, tanto leva à criação de novas formas negociais, quanto à elaboração de novos mecanismos de exploração do semelhante. Nesse sentido, mostra-se a importância do conceito de Canotilho, referido alhures, quanto a "sistema aberto". É um sistema que não se reduz a fórmulas homogeneizantes quanto aos fatos tutelados pelo direito, bem como quanto aos fatos permitidos ou proibidos.

Nos moldes do apregoado por José Neure Bertan, pelo paradigma anterior a análise moral da relação jurídica contratual se dava com base no próprio sistema jurídico, em termos muito semelhantes aos defendidos por Kelsen. O cumprimento do contratado era tido por moralmente bom, porque tal atitude estava de acordo com a legislação e de acordo com o contratado.³⁸⁶ No entanto, se antes, era considerado imoral o descumprimento da avença contratual, hoje, a depender do caso analisado, a conclusão pode ser diametralmente oposta. A abertura do sistema jurídico contratual permite isso, por possibilitar ao Direito a busca de valores no macrossistema da ética e, até mesmo, em outros sistemas.

A Constituição da República de 1988 exige estas novas posturas hermenêuticas, na medida em que a multiplicidade de valores da Carta Constitucional exige do direito privado uma adaptabilidade ao caso concreto, colimando a multiplicidade de valores constitucionalmente prestigiados. Fórmulas como o *pacta sunt servanda* devem sofrer uma releitura, buscando-se sua razão de existência para, então, serem colimadas com eventuais princípios em conflito. Trata-se da busca dos constitucionais anseios por justiça.³⁸⁷

Nesse sentido, imprescindível, inclusive, uma releitura da teoria geral do negócio jurídico, uma vez que as concepções clássicas, baseadas numa leitura míope dos elementos sujeito, objeto e forma já não se mostra suficientemente adequada às visões pós-positivistas do Direito. A ocorrência de negócios jurídicos

³⁸⁶ BERTAN, Neure José. **Propriedade privada & função social**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 70.

³⁸⁷ Id. *ibid.* p. 71.

onde todos os elementos formais de existência, validade e eficácia estejam preenchidos não significa, automaticamente, que o ato jurídico praticado seja lícito, existente, válido e eficaz. A conclusão demanda um exame mais profundo, substancial, baseado nos valores prestigiados pelo ordenamento jurídico, desde a Constituição até o Código Civil. Mais: deve se amoldar, quando a abertura sistêmica o exigir, a valores extrassistêmicos, como valores morais, sociológicos, econômicos e culturais. Até mesmo classificações estanques ensejadoras de inexistência, nulidade, anulabilidade e ineficácia deverão sofrer uma releitura, baseada nos princípios norteadores do Código de 2002, especialmente nas diretrizes da eticidade e da socialidade. Nenhuma relação contratual produz, verdadeiramente, efeitos apenas interpartes. Mesmo que indiretamente, todo contrato repercute no meio social.

Esse influxo de novos valores tem como nascedouro, por um lado, a irradiação das normas constitucionais por todo ordenamento jurídico. De outro passo, a nova dinâmica jurídico-contratual possui fundamentos na estruturação principiológica do novo Código Civil, qual seja, nos princípios da eticidade, da operabilidade e da socialidade, já referidos ao longo deste trabalho e melhor explicitados a seguir.

3.2 PRINCÍPIOS BASILARES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: ETICIDADE, SOCIALIDADE E OPERABILIDADE

Os três princípios fundamentais do Código Civil de 2002 são, segundo Miguel Reale, os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.³⁸⁸ O princípio da eticidade visa incluir valores éticos nas normas do Código Civil, através de normas com abertura semântica, que demandam o diálogo do Código com outros sistemas, em especial, da moral. Conforme assinala Reale, "Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo

³⁸⁸ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado** 9, p. 9 ss, jan. – mar. 2002. apud MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. rev. atual. ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 2006.

rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais"³⁸⁹. Ademais, conforme assevera Judith Martins-Costa:

Em vários artigos [do Código Civil de 2002] pode-se observar, como uma das mais salientes características do novo Texto Civil, a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil, seja como *mandamento de equidade*, seja, ainda, como *dever de proporcionalidade*.³⁹⁰

A diretriz da eticidade acaba, portanto, tendo a meta de promover a adequação axiológica entre o sistema de Direito Civil e os valores socialmente prestigiados. Em entendimento semelhante, Gerson Luiz Carlos Branco apregoa que "Tal princípio trata do reconhecimento da relação bipolar e dialética entre a realidade e o direito, a força que a moral social, o poder social possuem e os efeitos que provocam sobre o direito."³⁹¹ Pode-se dizer que houve, nesse ponto, a aplicação de uma versão infraconstitucional da teoria de Häberle, já referida anteriormente. Atribui-se, dessa feita, força interpretativo-normativa à coletividade, por meio da abertura sistêmica do Direito Civil à ética social. Sobre a repercussão do princípio no Código Civil, Gerson Luiz Carlos Branco assinala que a base ética do direito obrigacional é o equilíbrio dos contratos, o que pode ser observado das disposições sobre estado de perigo, lesão, resolução por fatos imprevisíveis e etc.³⁹²

O princípio da socialidade tem como função básica extirpar das relações privadas a supremacia da ideia individualista que impregnava o Código de 1916. Dessa feita, é exigido agora que, nos moldes constitucionais, a propriedade e, conseqüentemente, os contratos, não se amoldem apenas aos interesses egoísticos dos proprietários e contratantes.³⁹³ A propriedade e seu principal instrumento de circulação devem atender a uma função social, amoldando-se aos interesses da

³⁸⁹ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

³⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 133. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168. Destaques da autora.

³⁹¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. p. 63. *In*: Id. *ibid.* p. 1/85.

³⁹² Id. *ibid.* p. 64. *In*: Id. *ibid.* loc. cit.

³⁹³ REALE, Miguel. *ibid.* loc. cit.

coletividade.³⁹⁴ Nesses termos, uma propriedade não ocupada, em área urbana, mantida assim por interesses especulativos, não atende à sua função social. O direito de propriedade não possui fim em si mesmo, devendo atender à diretriz constitucional de respeito à sua função social.

Por seu turno, conforme enfatiza Claudio Luiz Bueno de Godoy, baseado nas lições de Luigi Ferri, não importa ao Direito o individualismo, e sim a análise do indivíduo diante do coletivo.³⁹⁵ Trata-se de atribuir ao Direito seu lugar como instrumento de afirmação da Dignidade Humana, através, conforme leciona Reale, de uma correlação necessária entre indivíduo e coletividade.³⁹⁶ Para tanto, nos termos do defendido por Gerson Luiz Carlos Branco, deve ser abandonada aquela mentalidade do Código de 1916, individualista e voltada para a exegese do texto legal, sob pena da aplicação do Código Civil de 2002 não trazer consequências relevantes no que tange à socialização das relações privadas.³⁹⁷

Enunciando verdadeira ponte entre os princípios da eticidade e da socialidade, Claudio Luiz Bueno de Godoy ressalta os deveres instrumentais à melhor consecução das obrigações, de modo que as partes não devem curar apenas ao cumprimento das obrigações contratuais principais, mas devem também primar pelos deveres instrumentais que visam facilitar o cumprimento contratual. Tais deveres anexos seriam decorrência de deveres de cooperação, advindos da boa-fé objetiva e função social do contrato, sendo, portanto, consectários do solidarismo, que é um valor constitucional.³⁹⁸

Já o princípio da operabilidade mira a simplificação da aplicação do Código Civil, aproximando-o da realidade social que visa regular. Conforme sintetizado por von Jhering, "O direito é feito para ser operado"³⁹⁹. É com esta ideia

³⁹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. p. 65. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.1/85.

³⁹⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

³⁹⁶ *Id.* *ibid.* p. 122.

³⁹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *ibid.* 72. *In*: *Id.* *ibid.* loc. cit.

³⁹⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *ibid.* p. 75.

³⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 93. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *ibid.* p. 87/168.

que o princípio da operabilidade permeia todo o sistema do Código Civil de 2002: o código é um todo lógico, estruturado de forma sintética⁴⁰⁰, e deve ser interpretado de maneira que seja facilitada sua aplicação. Um exemplo foi o tratamento dado aos institutos da prescrição e da decadência, antes de conceituação e diferenciação truncadas⁴⁰¹. Outro efeito de referida diretriz é o emprego de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados⁴⁰² e princípios de modo a possibilitar a perpetuação do Código frente à dinâmica da História e da cultura. Nas palavras de Reale, a função de referido princípio é:

Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.⁴⁰³

As três diretrizes combinadas levam à adoção da técnica legislativa aberta. O princípio da eticidade leva ao diálogo do Direito Privado com outros sistemas, em especial o da moral. Em sentido análogo, são os efeitos produzidos pelo princípio da socialidade, demandando uma constante análise, quando na interpretação e aplicação de normas, dos fins e expectativas socialmente apreciáveis, em especial no que tange às projeções traçadas constitucionalmente para promoção de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. O princípio da operabilidade, por sua vez, busca a adequação entre o sistema de Direito Civil e a realidade que visa regular, seja pela facilitação operacional do Código, seja pela possibilidade de sua constante atualização através de novas interpretações dos conceitos semanticamente vagos.

Estes princípios acabam por consagrar, em nível infraconstitucional, muitos dos valores já elencados pela Constituição da República. Baseados todos na

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 96. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168.

⁴⁰¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: introdução e teoria geral. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 113.

⁴⁰² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121.

⁴⁰³ BRASIL. **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p. 112. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/70327/14/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

Dignidade da Pessoa Humana e na busca de justiça e solidariedade sociais, são responsáveis pela promoção da tão esperada compatibilização do sistema de Direito Civil à sistemática constitucional.⁴⁰⁴

3.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

Não se tem a intenção de analisar todos os princípios aplicáveis ao direito contratual. Tendo em vista que o objeto deste capítulo é a análise das influências da abertura sistêmica do Direito Civil no Direito Contratual, este tópico terá como escopo um exame dos princípios que sofreram ou provocaram maior impacto por conta da abertura sistêmica promovida pela codificação civil de 2002. Sobre os princípios centrais do Direito Contratual no Código Civil de 2002, Eduardo Corte Danelon argumenta:

São vários os princípios contratuais, mas, tendo em vista o Código Civil de 2002, três podem ser postos como axiais ou centrais, dos quais os demais se conectam: a autonomia privada, a boa-fé e a função social do contrato.⁴⁰⁵

Por conta disso, nos subtópicos que seguem serão analisados os princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

3.3.1 Princípio da autonomia privada

Já foi referido em diversos pontos deste trabalho que o princípio basilar do Direito Privado é, para a doutrina clássica, o princípio da autonomia privada. Sua eleição como princípio reitor da dinâmica privatista se liga à exigência de liberdade,

⁴⁰⁴ SANTOS, José Camacho. O novo Código Civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3344>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

⁴⁰⁵ DANELON, Eduardo Corte. A função social do contrato: a mudança de paradigma e suas implicações práticas. p. 109. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre: Notadez, n° 379, ano 57, p. 105/124, mai. 2009.

um dos motes da Revolução Francesa.⁴⁰⁶ O combate aos mandos e desmandos do Soberano, aliados à busca de segurança das relações privadas, são as bases históricas de consagração deste princípio. É segundo esta mesma ideologia que surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, os quais possuem de forma muito arraigada os mesmos valores inspiradores do princípio da autonomia privada.⁴⁰⁷

Por conta disso, não se apregoa aqui que tenha havido, com a abertura sistêmica, a sua extinção ou mesmo obsolescência. Conforme já demonstrado alhures, além de ser um valor do Direito Privado, o princípio da autonomia privada é também um direito fundamental, ou seja, um valor constitucionalmente tutelado. Em sentido análogo, Diogo Luna Moureira enuncia que "*Reconhecer a autonomia privada no Direito é reconhecer a possibilidade da pessoa humana se construir enquanto pessoa humana*"⁴⁰⁸. Entretanto, com as mudanças dos paradigmas jurídico-sociais, este princípio deixou de ser encarado de forma absoluta. Referida norma não possui grau hierárquico superior aos demais princípios do direito contratual, de modo que, diante de uma colisão de princípios, deve ser ponderada com os demais interesses em conflito, bem como deve se amoldar aos ditames da defesa e promoção da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, analisando a realidade jurídica italiana, Perlingieri obtempera:

A doutrina da autonomia privada não corresponde à teoria geral do contrato, ainda que as aquisições alcançadas nesta matéria devam ser consideradas em toda sua importância; superou-se o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia e colocaram-se em evidência os limites à extensão desse poder (e o sentido dessa limitação). À regulamentação manifestada pelo sujeito no negócio flanqueia-se a normativa prevista pela "lei" (vale dizer, pelas normas: regras ou princípios, também constitucionais) ou, à falta, pelos "usos e pela equidade" (art. 1374 Cód. Civ.).⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ DANELON, Eduardo Corte. A função social do contrato: a mudança de paradigma e suas implicações práticas. p. 105/106. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre: Notadez, n° 379, ano 57, p. 105/124, mai. 2009.

⁴⁰⁷ Id. *ibid.* p. 110.

⁴⁰⁸ MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada: instrumento de afirmação da personalidade no Direito Privado. p. 74. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil**: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 55/86. Destaques do autor.

⁴⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277.

Outrora, o princípio sob análise era denominado tanto como "princípio da autonomia da vontade" quanto "princípio da autonomia privada". Diante do movimento de dirigismo contratual iniciado principalmente no final do século XIX e início do século XX, o princípio perdeu a supremacia normativa no direito privado. A simples vontade de contratar qualquer objeto, com qualquer pessoa em um contrato com qualquer conteúdo não era mais suscetível de proteção jurídica. O contrato passou a ter de se adequar a diretrizes mínimas, em prol, no mais das vezes, de direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Em consequência, alguns autores entendem ser errôneo denominar o princípio de "autonomia da vontade", uma vez que, nos moldes que se apresenta hoje, a vontade dos contratantes não tem força absoluta.⁴¹⁰

Conforme alertam Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes, o termo autonomia da vontade tem estreita ligação com o Estado Liberal, donde advinha a ideia de que qualquer intervenção estatal nas relações privadas significaria indelével obstáculo ao progresso, ao desenvolvimento social e ao desenvolvimento do capitalismo. Entretanto, nos termos do já amplamente referido, os abusos praticados com base no exercício absoluto e irrestrito da vontade levou à submissão dos mais fracos (sob ponto de vista técnico, econômico, intelectual e etc) aos mais fortes e à consequente necessidade de o Estado intervir nas relações privadas, em um primeiro momento por meio do chamado dirigismo contratual.⁴¹¹

Os princípios da relatividade dos contratos, da intangibilidade e da força obrigatória⁴¹² derivam diretamente do princípio da autonomia privada: se o sujeito negociou as cláusulas contratuais e o celebrou de forma livre e desimpedida, deve, por consequência, cumprir com o contratado da forma como fora contratado. Tendo em vista a não participação de terceiros nessas negociações, estes ficam, em regra,

⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (orientadora); PARGENDLER, Mariana Souza. **A ressignificação do princípio da autonomia privada**: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/index_mariana.htm>. Acesso em: 06/12/2009.

⁴¹¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e direito de morrer. p. 44/45. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil**: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 37/54.

⁴¹² COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de Direito Privado**. Trad. CARVALHO, Henrique de. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 198.

ao largo das estipulações contratuais.

Os novos princípios da dinâmica contratual modificaram de sobremaneira a forma com que este princípio é encarado na órbita jurídica. Boa parte dos postulados acima referidos perdeu a força quase que absoluta de outrora. A força obrigatória é hoje relativizada pelos ditames do equilíbrio contratual e da boa-fé; o interesse de terceiros é, em certa medida, tutelado pelo princípio da função social; a autonomia não é mais absoluta. Enquadra-se o contrato em seu papel de promoção da dignidade da pessoa humana, por meio do trânsito jurídico de riquezas.

Assim, muitos dos conceitos e consequências jurídicas contratuais devem ser reanalisados tendo como prisma essa nova realidade principiológica. Eis aí um dos grandes problemas da doutrina e da prática jurídica cível atualmente: a readaptação dos conceitos e consequências jurídica no que tange ao princípio da autonomia privada.

Decorre do exposto a necessidade de uma conceituação adequada da autonomia privada, de modo a determinar-lhe o conteúdo quando da análise dos mais diversos casos e, ainda, determinar o conteúdo dos princípios que derivam deste valor. No entanto, a conceituação de um princípio é uma tarefa extremamente difícil e arriscada, uma vez que se vincula a valores históricos e culturais de determinada sociedade. Nesse diapasão, inclusive, nos alerta Perlingieri:

Não é uma operação simples definir a autonomia privada. Sobre o conceito adensaram-se questões das quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca sua exigência.⁴¹³

Um conceito que, ao que parece, não peca nem pela falta de traços descritivos, nem pelo excesso dos mesmos, é o veiculado por Mariana Souza Pargendler: “A autonomia privada consiste, pois, no **poder**, conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico, de criar, dentro dos limites estabelecidos

⁴¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

pela lei, normas jurídicas.”⁴¹⁴

Referido conceito delimita, de forma expressa, o alcance do princípio da autonomia privada, ao sujeitá-lo aos limites estabelecidos pelas normas jurídicas. Trata-se, nada mais nada menos, de determinação para que se aplique a teoria dos princípios e de ponderação de interesses já referidas no capítulo antecedente.

Desta feita, não se está a negar a importância ou até mesmo a eficácia do referido princípio na ordem jurídico-contratual. Não obstante, reconhece-se que este princípio não é absoluto e deve ser ponderado com os demais princípios do ordenamento jurídico. Ainda, quando em confronto com uma norma-regra que delimita sua aplicação, só poderá afastar referida norma regra caso obedeça ao processo proposto por Alexy, já explicitado no Capítulo 2.

O princípio em comento possui, conforme defendido por Wilson Steinmetz, raiz constitucional, de modo que para seu afastamento, nos casos em que os outros princípios não possuam precedência *prima facie*, deve-se empregar carga argumentativa eficiente para tanto. Verifica-se que, ao contrário do defendido por alguns autores, não ocorreu a morte do princípio da autonomia privada ou mesmo do Direito Privado. Apenas confere-se àquele o seu peso normativo adequado, tendo em vista que o fim de qualquer ramo do Direito é a Dignidade Humana e não a tão-só proteção da propriedade, visto que esta não possui fim em si mesma.

A abertura sistêmica, nesse caso, acabou por provocar a necessária colisão do princípio da autonomia privada com outros princípios que visam a promoção da Dignidade Humana e, em consequência, obrigou aquele princípio a dialogar com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial com as demais normas com sede constitucional.

⁴¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (orientadora); PARGENDLER, Mariana Souza. **A ressignificação do princípio da autonomia privada**: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/index_mariana.htm>. Acesso em: 06/12/2009. Destaque das autoras.

Nesse sentido, e conexo com a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, exsurge a problemática da correta compreensão dos contornos do princípio da autonomia privada. Em que pese os discursos no sentido de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas implodiria o princípio da autonomia privada, por traz desse discurso esconde-se, na verdade, o ranço da sistemática anterior, que conferia a referido princípio caráter absoluto. Negar a eficácia horizontal significa, nada mais, nada menos, que negar a normatividade dos demais princípios constitucionais na seara privada e, em consequência, obstar a ponderação dos múltiplos valores e interesses constitucionalmente tutelados. Em última análise, traz como consequência a ofensa ao princípio democrático, na medida em que o princípio da autonomia privada, levado a extremos, impede a consecução da isonomia material e a concretização da justiça social e dos valores que gravitam em seu entorno.

Para a construção de um Estado Democrático de Direito impende seja realizada a conjugação de múltiplos valores e interesses, com vias a permitir a todos a igual busca por dignidade, em que pese a materialidade dessa dignidade variar de acordo com as necessidades de cada ser humano. O Estado Democrático de Direito, sob esta perspectiva, é totalmente avesso à consagração de princípios absolutos, ainda mais quando referido princípio prestigia a propriedade e não o ser humano. A autonomia privada antiética e não funcionalizada serve apenas aos propósitos dos detentores do poder, no que tange à manutenção de seu *status quo*. Ou seja, nega a dignidade de todo e qualquer ser humano, de modo que não encontra espaço nas bases do Direito pós-positivista, hoje dominante na doutrina e na jurisprudência.

3.3.2 Princípio da boa-fé objetiva

O Código Civil determina em várias passagens o dever de respeito ao princípio da boa-fé objetiva. Dentre os dispositivos, podem ser citados o artigo 113⁴¹⁵, que dispõe que os negócios jurídicos têm que ser interpretados de acordo

⁴¹⁵ BRASIL. Código Civil. Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

com a boa-fé, e o artigo 422⁴¹⁶, que assenta o dever dos contratantes guardarem tanto na conclusão quanto na execução dos contratos os princípios da probidade e da boa-fé. Quanto a este último dispositivo, doutrina e jurisprudência vêm firmando o entendimento de que o dever de respeito à boa-fé abrange também os lapsos pré-contratual⁴¹⁷ e pós-contratual⁴¹⁸.

Dentre todos os princípios da nova sistemática contratual, poucos ensejam tantas controvérsias quanto o princípio da boa-fé objetiva. Referido princípio postula que as condutas dos contratantes devem ser analisadas de forma objetiva e que devem revestir-se, também de forma objetiva, de práticas que denotem boa-fé.

Quer-se dizer que não são aferidos aspectos psicológicos dos contratantes, mas apenas se as práticas denotam respeito a justas expectativas criadas ao outro contratante. Ou, nas palavras de Fábio de Oliveira Azevedo, "estará ausente a boa-fé objetiva se o comportamento em exame escapar do *arquétipo* que o homem de bem adotaria no lugar do sujeito, diante das peculiaridades do caso concreto."⁴¹⁹ Em sentido análogo, Judith Martins-Costa assevera que:

Já por "boa-fé objetiva" se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquele que lhe é atribuída nos países da *commom law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual "cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria o homem reto: com honestidade, lealdade, probidade". Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.⁴²⁰

⁴¹⁶ BRASIL. Código Civil. Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴¹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

⁴¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). p. 14/16. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Método, [ca. 2004]. p. 09/29.

⁴¹⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: introdução e teoria geral. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 95. Destaque do autor.

⁴²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 411. Destaques da autora.

Referido princípio vincula os contratantes desde antes da realização do contrato. Dessa feita, é também ilícita a frustração de legítimas expectativas criadas antes da conclusão do contrato, ainda durante sua fase de negociação. Essas características levaram o princípio da boa-fé objetiva, desde os primórdios de sua aplicação aqui no Brasil, a afastar em certas circunstâncias a aplicação do princípio da autonomia privada.

Daí os motivos das controvérsias acerca de sua aplicação: este princípio é um dos responsáveis pela mudança do paradigma legalista-individualista-patrimonialista de antes. Entretanto, não se pode dizer que seja contraposto ao valor segurança, valor com primazia na cultura jurídica de outrora, uma vez que a boa-fé objetiva prima pelo respeito às justas expectativas criadas entre os contratantes, de modo que seja respeitada a confiança criada. Dessa feita, acaba por prestigiar a estabilidade das relações negociais.

A doutrina enuncia algumas implicações práticas do princípio em análise. Enunciam a função hermenêutico-integrativa, a função criadora de deveres jurídicos e a função limitadora do exercício de direitos.⁴²¹ Tais funções, ao que parecem, são decorrências lógicas do *status* principiológico da norma analisada, motivo pelo qual não serão esmiuçados. No entanto, tais funções levaram a doutrina a enunciar algumas decorrências do princípio da boa-fé objetiva, as quais assumem importância a este trabalho de dissertação.

As funções referidas, em especial a função limitadora do exercício de direitos, levaram à formulação da "teoria dos atos próprios", segundo a qual alguém não pode se utilizar de um direito decorrente de violação jurídica ou contratual anterior que tenha praticado. Dessa teorização enunciam-se alguns postulados, a saber, a proibição do "*venire contra factum proprium*", o "*tu quoque*"⁴²², a *surrectio* e a *supressio*.⁴²³

⁴²¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: introdução e teoria geral. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 96/100.

⁴²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p. 455 seq.

⁴²³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *ibid.* p. 102/103.

A proibição do *venire contra factum proprium* determina que uma parte não pode invocar direito em contradição a seu comportamento anterior que gerou confiança à contraparte. Em síntese, proíbe-se a adoção de comportamento contraditório que frustrar legítima confiança e expectativa geradas anteriormente. Conforme conceituação de Menezes Cordeiro, *venire contra factum proprium* é o "exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente"⁴²⁴. Enunciando os requisitos para ocorrência dessa violação ao princípio da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa leciona:

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nele foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.⁴²⁵

Os requisitos enunciados por Anderson Schreiber, no entanto, são um pouco diferentes. Para caracterização do *venire contra factum proprium* referido autor objetiva o requisito "c" enunciado acima, de modo que basta a existência de situação que, objetivamente, incute a ideia de que foi gerada legítima confiança à contraparte.⁴²⁶ Parece que a razão está com Schreiber, uma vez que a exigência de prática de fatos que demonstrem a confiança gerada tem como função provar a ocorrência do *venire contra factum proprium*. Mas a prática de tais fatos não são um de seus elementos constitutivos, são apenas elementos probatórios. Tratando-se esta construção de vertente da boa-fé objetiva, não se afigura razoável esta exigência, uma vez que bastaria a existência de uma situação de fato capaz de gerar confiança na contraparte. A prática ou não de ato que demonstre a confiança gerada na contraparte poderá reforçar ou não a certeza do julgador, no que tange à

⁴²⁴ MENEZES CORDEIRO, A. Manuel. **Da boa-fé no direito civil**. t. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 1989. p. 742. apud MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 470.

⁴²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 141.

confiança gerada, mas não pode ser tida como requisito para sua existência.

Quanto ao requisito "d", a posição de Schreiber mais uma vez é ligeiramente diferente da posição de Judith Martins-Costa, uma vez que não enuncia como requisito a insuportabilidade do prejuízo ou mesmo da iniquidade a que se encontra submetida a contraparte.⁴²⁷ Para referido autor basta a existência de dano ou de ameaça de dano. Também nesse ponto parece ser mais coerente a posição de Schreiber, uma vez que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, assegura ao responsável por danos materiais, morais ou à imagem o dever de repará-los, independentemente de sua (in)suportabilidade.

Em suma, o *venire contra factum proprium* caracteriza-se pela prática de condutas que, analisadas separadamente são lícitas. No entanto, analisadas em conjunto, a conduta posterior é ilícita, uma vez que é contraditória à anterior, frustrando legítima expectativa gerada.⁴²⁸

O *tu quoque*, por sua vez, é, segundo Anderson Schreiber, "o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas"⁴²⁹. É, segundo o mesmo autor, uma especificação da proibição do *venire contra factum proprium*, uma vez que veda que uma parte se beneficie de uma situação jurídica surgida de uma violação a uma norma jurídica ou negocial, tendo tal violação sido praticada, anteriormente, pela parte beneficiada⁴³⁰. No direito norte americano esta cláusula é denominada "estoppel", e tem aplicação em seara processual.⁴³¹

A *Supressio*, tratada pelo Direito alemão como *Verwirkung*, determina que "situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma,

⁴²⁷ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 152/154.

⁴²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 470.

⁴²⁹ SCHREIBER, Anderson. *ibid.* p. 183.

⁴³⁰ *Id.* *ibid.* p. 184.

⁴³¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil**: introdução e teoria geral. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 103.

contrariar a boa-fé⁴³². Tal instituto possui, em certa medida, o mesmo espírito inspirador dos institutos da prescrição, da decadência e da usucapião: impede-se seja invocado o Direito não exercido durante certo lapso temporal, com conseqüente estabilização da situação jurídica existente. A aplicação da *Supressio* é relativamente comum nos tribunais pátrios, a exemplo do trecho da ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça colocada abaixo:

(...)

- A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (i) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 - art. 574 do CC/02; (ii) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional.

- Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido.

- O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio').

- O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não-exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.

(...)⁴³³

Enquanto a *Supressio* leva à perda de um direito pelo seu não exercício

⁴³² MENEZES CORDEIRO, A. Manuel. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 797. apud AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 102.

⁴³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2007/0115703-9. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 23/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701157039&dt_publicacao=11/05/2010>. Acesso em: 31 mar. 2011.

durante certo lapso de tempo, a *Surrectio* é a aquisição de um direito, através da prática reiterada de determinada conduta ao arrepio de negócio jurídico firmado ou mesmo em contrariedade com o ordenamento jurídico.⁴³⁴ A doutrina exemplifica essa modalidade de aplicação do princípio da boa-fé objetiva com o caso de um negócio jurídico em que fora convencionada a realização do pagamento em determinado local ou de determinada forma. Caso o cumprimento do convencionado se dê, reiteradamente, em local ou de forma diversa, sem protestos da contraparte interessada, ocorrerá a *Surrectio*. As partes não poderão invocar as cláusulas contratuais para alegar inadimplemento ou mesmo para exigir que o cumprimento da obrigação se dê, a partir de então, pela forma contratada. Há a estabilização da forma como a obrigação é cumprida, mesmo que em infringência às cláusulas negociais.⁴³⁵

Além dos conseqüências da "teoria dos atos próprios", outra importante formulação que tem por base o princípio da boa-fé objetiva é a teoria do "*substantial performance*" ou, em português, "teoria do adimplemento substancial". A teoria do adimplemento substancial impossibilita a resolução de um contrato que tenha sido cumprido quase por completo. Isso porque, em determinados casos, em que pesem as cláusulas negociais facultarem a resolução contratual por inadimplemento independentemente do quanto do contrato tenha sido cumprido, tal conduta pode figurar-se contrária à boa-fé objetiva, em especial aos deveres de cooperação e lealdade que devem nortear as relações obrigacionais e negociais. Não se quer dizer que a contraparte deverá se contentar em não receber o total pactuado. Muito pelo contrário, ela poderá pleitear, pelas vias adequadas, o que faltar do valor integral contratado, mas não poderá pleitear a rescisão do contrato.⁴³⁶

Após analisados esses desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva, denota-se que não existe qualquer incompatibilidade entre referido princípio e a lógica do Direito Privado. A boa-fé objetiva visa também a uma maior segurança das relações negociais, mas uma segurança substancial, mais de conteúdo que de

⁴³⁴ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 103.

⁴³⁵ Id. *ibid.* loc. cit.

⁴³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 457/460.

forma. As aplicações das diversas faces da boa-fé objetiva visam a tutela da confiança, estado de espírito indispensável às relações negociais e à própria estabilidade das relações privadas.⁴³⁷

3.3.3 Princípio da função social

A busca por uma função social do contrato não é recente, havendo abordagens sobre o assunto por autores juspositivistas. Entretanto, a concepção do conteúdo de referida função social variou ao longo da história, de acordo com a ideologia prevalecente: a do individualismo ou dos valores sociais. Nesse diapasão, Paulo Nalin retrata a concepção de função social sob o olhar das ideologias reinantes outrora:

O contrato, por sua vez, nos modelos codicísticos influenciados pelo *Code*, não escapa de realizar uma certa função, vinculada ao princípio da autonomia da vontade, sendo então o instrumento pelo qual a atribuição da propriedade se consagra. Sua função é *translativa-circulatoria*, realizando o princípio fundamental da liberdade econômica.⁴³⁸

No entanto, o transcorrer da história e a mudança do paradigma liberal puro para o liberal com temperamentos sociais levou à mutação do conteúdo da função social do contrato. Pietro Cogliolo, por exemplo, enuncia os fundamentos jurídicos desta espécie negocial nos moldes que seguem:

Este é o duplo fundamento jurídico do contrato: a liberdade de dispor e a obrigação de não revogar a disposição feita. A velha frase forense *quod initio est libertatis postea fit necessitatis* contém a razão jurídica da obrigatoriedade dos contratos.⁴³⁹

Em seguida, no entanto, o próprio autor admite que as feições da função

⁴³⁷ ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução dos contratos e de sua função social. p. 40/41. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 19/50.

⁴³⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 214. Destaques do autor.

⁴³⁹ COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de Direito Privado**. Trad. CARVALHO, Henrique de. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 199. Destaques do autor.

social do contrato estavam sofrendo mudanças em prol dos valores e anseios da coletividade, no que considera ser o retrato de uma incessante luta entre o individual e o coletivo.⁴⁴⁰

A evolução deste conceito, alinhada aos valores da solidariedade social, da socialidade e, ainda, ao uso ético da propriedade, mudaram o perfil do instituto. Nos dizeres de Miguel Reale, “O que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros...”.⁴⁴¹ Em sentido semelhante, Maria Helena Diniz aduz que o princípio traz a exigência de que o contrato tenha utilidade social, amoldando-se ao interesse da coletividade⁴⁴².

A princípio, em nosso sistema jurídico, a obediência a este princípio era determinada, de forma indireta, pela Constituição da República de 1988, quando estatui, principalmente nos artigos 5º, XXIII; 170, III; 182, §2º e; 184, *caput*, o dever de a propriedade cumprir sua função social.⁴⁴³ Sendo o contrato o principal instrumento de transferência de bens, e devendo a propriedade cumprir sua função social, indelével que o contrato também tenha essa incumbência.

Roberto Senise Lisboa leciona, ademais, que o princípio da solidariedade, referido nos artigos 1º, IV; 3º, I e; 170 da Constituição da República de 1988 também traz as bases do princípio da função social dos contratos, uma vez que uma sociedade solidária não se compraz com o exercício de posições jurídicas de modo egoístico e em descompasso com os interesses sociais.⁴⁴⁴ Dessa feita, e com vias à adequar a legislação ordinária às diretrizes constitucionais, o Código Civil de 2002 trouxe a baila a cláusula geral principiológica da função social dos contratos, em seu

⁴⁴⁰ COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de Direito Privado**. Trad. CARVALHO, Henrique de. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. p. 199/201.

⁴⁴¹ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2009.

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23ª ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 23/29.

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 157. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168.

⁴⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 3: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 125/131.

artigo 421⁴⁴⁵.

Como sói a qualquer princípio, conforme demonstrado no capítulo anterior, a norma da função social demanda sejam os contratos constituídos e interpretados sempre tendo em vista os interesses da sociedade, os bens comunitariamente prestigiados. Não se quer dizer que não possuem importância ou que estejam vedadas as cláusulas contratuais que versem sobre interesses patrimoniais das partes contratantes. Entendimento nesse sentido seria absurdo, contrariando, inclusive, a razão de existência dos contratos.

No entanto, o ordenamento não tutela contratos que, baseados apenas nos interesses patrimoniais egoísticos em jogo, deixe ao largo ou, até mesmo, sejam contrários a interesses socialmente valiosos. Nos termos do prelecionado por Claudio Luiz Bueno de Godoy:

(...) o ato de iniciativa privada, que o contrato ainda consubstancia, e mesmo não ilícito, propriamente, deve conter um objeto meritório, merecedor de tutela, o que ocorre na exata medida em que ele atende a valores do ordenamento, em especial, da Constituição.⁴⁴⁶

Parte da doutrina, a exemplo de Judith Martins-Costa, enuncia ainda que o princípio da função social do contrato, a partir da nova sistemática cível, passou a ser elemento integrante do próprio conceito de contrato, não consistindo em mera exceção ao princípio da autonomia privada.⁴⁴⁷ Dessa forma, o princípio da função social "tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma 'exceção' a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito"⁴⁴⁸.

Em sentido análogo, Gerson Luiz Carlos Branco enuncia que o artigo 421 do Código Civil de 2002 faz com que o princípio da função social do contrato deixe

⁴⁴⁵ BRASIL. Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴⁴⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120/121.

⁴⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". p. 159/160. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87/168.

⁴⁴⁸ *Id.* *ibid.* p. 160. *In*: *Id.* *ibid.* loc. cit.

de ser encarado como mero limite ao princípio da autonomia privada e modifique substancialmente o próprio conceito de contrato e de função social. "(...) de um mero limite da autonomia da vontade a função social é recebida como razão determinante".⁴⁴⁹ Desta feita, um contrato que desrespeite o princípio da função social estará inquinado de vício, uma vez que o próprio conceito moderno de contrato exige que o mesmo se amolde ao princípio referido.

Tem-se, portanto, e apenas a título exemplificativo, que os contratos não têm como finalidade o enriquecimento de uns às custas da ruína de outros. Apesar do contrato ter como finalidade *formal* a transferências de bens, tem como finalidade *substancial* a promoção de uma sociedade mais justa e materialmente isonômica. Daí porque, talvez, possa ser defendido que os institutos da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva têm dentre suas bases principiológicas o princípio da função social dos contratos.

Ressalte-se que, apesar de o empobrecimento de um dos contratantes atingir, de forma imediata, apenas os seus interesses, de forma mediata atinge aos interesses de toda a comunidade, ao passo que aumenta as desigualdades sociais e econômicas havidas entre seus membros e, em consequência, afasta a sociedade das diretrizes constitucionalmente traçadas. Numa sociedade superconectada e complexa, a interdependência de todos os atores sociais é algo que não pode ser ignorado, de modo que a prosperidade de uns depende da prosperidade do todo. Por mais que o poder econômico possa trazer um certo grau de conforto e segurança, a marginalização dos demais membros da sociedade é uma fonte geradora de violência, intolerância e insegurança, que acaba por, mesmo que de forma reflexa, atingir também os mais abastados. Conforme enunciou John Donne, "Nenhum homem é uma ilha, inteiramente de si mesmo; todo homem é uma parte do continente, uma parte do principal."⁴⁵⁰ O princípio da função social traz, assim, um plexo de poderes e deveres aos contratantes, nos moldes do defendido Claudio Luiz Bueno de Godoy, com base nos ensinamentos de Ricardo Lorenzetti:

⁴⁴⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. p. 65. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.1/85.

⁴⁵⁰ DONNE, John. **Meditation XVII**. [S.l.: s.n.], [ca. 1624]. Disponível em: <<http://www.online-literature.com/donne/409/>>. Acesso em: 18 mai. 2011. No original: No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main.

Na advertência de Ricardo Lorenzetti, a funcionalização pressupõe, com efeito, o entender do direito subjetivo não só como um poder, já que, nele incluídos, há também deveres, dispostos para que o exercício do direito se conforme a uma finalidade social. Ou, de novo, a noção de um poder concebido para satisfação de interesses e objetivos, no caso, sociais.⁴⁵¹

O autor recém referido salienta ainda que os valores representativos do social e do individual não são dissociáveis.⁴⁵² Tanto a iniciativa privada quanto a solidariedade social são valores constitucionalmente prestigiados e devem, quando da análise do caso concreto, ser ponderados de modo a permitir a máxima eficácia constitucional. Trata-se da dualidade apresentada por Ana Paula de Barcellos e já demonstrada alhures: justiça e segurança devem ser encarados como valores jurídicos complementares e interdependentes, sob pena de nenhum dos dois valores se concretizarem na esfera social.

Não se deve, portanto, a pretexto de aplicar o princípio da função social da propriedade, impossibilitar qualquer espécie de ganho por meio do instrumento contratual, uma vez que na lógica do Direito Privado, a busca lícita pelo lucro não pode ser afastada. É nisso que consiste a vantagem do caráter principiológico da norma em comento: possibilitar ao julgador, diante do caso concreto e mediante juízo de ponderação de interesses, aplicar proporcionalmente cada um dos princípios em colisão.

3.4 ABERTURA DO SISTEMA CONTRATUAL CIVIL E DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

No último tópico deste trabalho, retorna-se a um assunto abordado nos primeiros tópicos do primeiro capítulo. Trata-se do elemento de modelo de convivência humana cuja busca, ao menos do ponto de vista ideológico, desencadeou a revolução francesa. Está-se referindo à busca de uma Democracia que permita a efetiva participação de todos os atores sociais. Neste tópico em

⁴⁵¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.

⁴⁵² Id. *ibid.* p. 118/119.

específico, o enfoque será as contribuições que a abertura sistêmica do direito contratual poderão trazer para construção da Democracia.

Conforme delineado quando se expôs o cenário social da revolução francesa, houve uma série de golpes e contragolpes na busca do direito à cidadania. Vencido o absolutismo, a nova classe dominante impôs o voto censitário. Daí ocorreram novas revoltas, que desencadearam o governo da Montanha. Vê-se claramente que, de certa forma, buscava-se e, conforme se pretende demonstrar nesse tópico, ainda busca-se a consagração de um direito substancial à cidadania.

A evolução do conceito de cidadania também está intrinsecamente ligada à superação do modelo de Estado puramente liberal para o de Estado Democrático de Direito. Ana Maria D'Ávila Lopes, amparada nos estudos de Marshall, elucida que em meados do século XX a concepção amplamente difundida de cidadania era de "*status* que se concede aos membros de pleno direito de uma comunidade, sendo seus beneficiários iguais em direitos e obrigações".⁴⁵³

A concepção denota que a cidadania não era tratada como um direito, e sim como um status, que possibilitava votar e ser votado.⁴⁵⁴ A igualdade em direitos e obrigações reflete de maneira clara a incidência do princípio da isonomia, em seu caráter formal. Apregoava-se a igualdade de tratamento, pouco importando a desigualdade dos atores sociais. O multiculturalismo e as diferenças sociais eram ignorados, havendo, inclusive, o discurso sofisticado de que uma sociedade democrática se configura no fato de, no momento de votar, ricos, pobres e minorias serem todos iguais.

Esse horizonte das concepções de democracia e cidadania não pode se sustentar em um Estado que tem como centralidade axiológica a Dignidade da Pessoa Humana. O exercício da democracia não tem como seu único momento o do

⁴⁵³ MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class**. Cambridge: University Press, 1950. p. 37. apud LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. p. 22. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. [São Paulo]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 21/34. (destaques da autora)

⁴⁵⁴ SOUZA, André Barbieri de. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. p. 32/33. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 31/37.

sufrágio. Os momentos anteriores ao voto, como o da escolha de candidatos e estudo de propostas políticas, assumem imensa importância para que haja participação efetiva na vida política de uma sociedade.

A liberdade de escolha do candidato demanda, assim, que o indivíduo conte com condições mínimas de existência. A análise do contexto social em que um ser humano se encontra inserido depende de uma educação adequada, de condições dignas de moradia, de conforto, de saúde e de alimentação. Sem o acesso a essas condições mínimas, o cidadão vê-se privado, inclusive, de condições intelectuais e psicológicas que lhe permitam influenciar de maneira efetiva nas decisões da política o que, para Canotilho, é condição indispensável para que haja uma democracia pluralista.⁴⁵⁵ Não garantir essas condições mínimas de existência, em vários casos representativas de direitos fundamentais de segunda geração, torna o cidadão humilde refém de discursos políticos populistas e de promessas assistencialistas. O jogo democrático acaba se tornando um leilão de votos.

É clara a discrepância do exercício de cidadania entre uma pessoa instruída e bem informada e aquela que sobrevive em condição de exclusão e de miserabilidade. Em sentido análogo, Ana Maria D'Ávila Lopes assevera:

A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade.⁴⁵⁶

A não ser que haja igualdade material nas condições de existência dos atores sociais, não se pode falar em verdadeira democracia. O tratamento igual de desiguais apenas acentua a injustiça social de determinada sociedade, o que acaba se tornando uma barreira de difícil transposição à construção de uma sociedade democrática. Argumentando em mesmo sentido, Bobbio assinala que " (...) las

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]. p. 1409.

⁴⁵⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. p. 25. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira (Coords). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. [São Paulo]: Malheiros Editores, [ca. 2006]. p. 21/34.

democracias se distinguen (...) con base en la mayor o menor dimensión del igualitarismo que se extiende de la igualdad formal o ante la ley a las varias formas de igualdad sustancial, propias del llamado Estado social."⁴⁵⁷

Apesar de, no Brasil, viver-se em um sistema político representativo, não se pode olvidar que os titulares do poder político são, na verdade, os cidadãos. Apesar das desigualdades, cada cidadão é detentor de uma parcela do poder exercido por seus representantes. Dessa feita, esses mesmos representantes não possuem legitimidade para ignorar os interesses e necessidades do verdadeiro titular do poder, através do tratamento formalmente igual de desiguais. Por uma perspectiva substancialista, é obrigação dos detentores do Poder promover a Dignidade da Pessoa Humana, em especial, por meio da concretização dos direitos fundamentais.⁴⁵⁸

Conforme assinala Dworkin, os direitos fundamentais constituem-se em direitos mínimos titularizados por quaisquer seres humanos em determinada sociedade. Devem ser resguardados do legislativo, não sendo admitida sua supressão mesmo que por vontade de eventuais majorias. Tudo em prol da garantia de Dignidade também das minorias.

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das majorias. 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 o interesse geral ou comum.⁴⁵⁹

A consagração dos direitos fundamentais torna-se, assim, imperativo de efetiva participação de todos na vida social. Sua promoção não deve cingir-se às

⁴⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Democracia. p. 236/237. In: SANTILLÁN, José Fernández (Comp.). **Norberto Bobbio: el filósofo y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, [ca. 1997]. p. 229/238. Em tradução livre: "as democracias se distinguem (...) com base na maior ou menor dimensão do igualitarismo que se estende da igualdade formal ou ante a lei a várias formas de igualdade substancial, próprias do chamado Estado social."

⁴⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. p. 03. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 01/39.

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 208/209. (destaques do autor)

relações Estado-cidadão, mas deve alcançar também as relações privadas, através dos modelos de eficácia horizontal. Como já citado, cidadania não mais se resume ao direito de votar ou ser votado, ou mesmo à fórmula "vontade da maioria".

As minorias devem ter direitos mínimos resguardados, bem como têm o direito de, na defesa de seus interesses, influenciar os detentores do Poder. Nesse ponto, cumpre trazer a baila as ponderações de Gilmar Ferreira Mendes, em voto da decisão no Recurso Extraordinário 633703/MG⁴⁶⁰, sobre a Lei da Ficha Limpa. Nesta decisão, o Ministro tece algumas considerações sobre o princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), sendo que, em apertada síntese do lá exposto, defende que as minorias têm direito de resistência contra as decisões institucionais das majorias no Poder, a menos que lhes sejam garantidas as oportunidades para se tornarem maioria. Nesse sentido, inclusive, utiliza argumentos de Carl Schmitt:

El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia.⁴⁶¹

Para que seja possível às minorias se tornarem maioria elas devem ter garantido o poder de influenciar o poder. Para tanto, devem ter garantidas condições de dignidade, consubstanciadas, sob certo aspecto, em um patrimônio jurídico mínimo⁴⁶², indispensável ao desenvolvimento de todas as potencialidades de um ser humano.⁴⁶³ O principal instrumento de tráfego patrimonial é o contrato, motivo pelo

⁴⁶⁰ BRASIL. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, n. 620, 21/25 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

⁴⁶¹ SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Trad. esp. Madri: Aguilar, 1971. p. 47. apud BRASIL. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, n. 620, 21/25 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2011. Em tradução livre: O Estado legislativo e parlamentar de hoje, baseado na dominação das majorias do momento, só pode entregar o monopólio do exercício legal do poder ao partido momentaneamente majoritário, e só pode exigir à minoria que renuncie o direito à resistência enquanto permanecer efetivamente aberta a todos a igualdade de chances para a obtenção da maioria e enquanto aparentemente verdadeiro este pressuposto de seu princípio de justiça.

⁴⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

⁴⁶³ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 62 seq.

qual o instituto assume grande importância na concretização do modelo de cidadania do Estado Democrático de Direito.

Um dos grandes, senão o maior dos desafios do Direito na atualidade é a conjugação dos interesses de uma sociedade multifacetada, cuja principal marca é a diversidade: cultural, econômica, filosófica. Desde a Revolução Francesa e o Código de Napoleão verifica-se um abuso de teorias jurídicas que empregam a ficção de que todos os seres humanos são iguais em valores e necessidades o que, com o decorrer do tempo e a construção da história, verificou-se ser um equívoco. Embora todos os seres humanos sejam iguais em Dignidade, seus valores e necessidades são diversificados, via de regra por conta da diversidade de culturas existente, às vezes, dentro de uma mesma sociedade.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana demanda que a todo ser humano seja possibilitada a busca da felicidade pelos meios tidos como constitucionalmente lícitos. Daí surge a grande contradição com a qual o Direito deve ser capaz de lidar: como colimar essa diversidade de interesses e necessidades com o respeito à igualdade de tratamento deferida a todos os homens em uma sociedade Democrática?

Os contratos, por sua vez, constituem o principal instrumento de trânsito de bens entre patrimônios.⁴⁶⁴ Dessa feita, o trânsito dos bens imprescindíveis à Dignidade Humana dependem desse instrumento jurídico. A democracia nos moldes de hoje demanda que sejam possibilitadas e, até mesmo, promovidas a todos os seres humanos, as condições necessárias para aquisição do patrimônio mínimo, indispensável à vida, liberdade, igualdade, segurança, saúde, dentre outros, nos moldes delineados pelos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

Isso impossibilita que os contratos possuam as mesmas características do modelo jurídico positivista. Eles continuam tendo um perfil instrumental, mas não mais apenas de transferência de propriedade, e sim de promoção da Dignidade da

⁴⁶⁴ ANDRADE NETO, Antonio Hamilton de Castro. Algumas considerações sobre a evolução dos contratos e de sua função social. p. 33 seq. *In*: ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 19/50.

Pessoa Humana. Daí a necessidade do correto manuseio dos novos princípios do Direito Contratual, a exemplo da boa-fé objetiva e função social dos contratos.

Nesse sentir, a técnica de abertura sistêmica do Direito Civil contratual aproxima os atores sociais do acesso aos bens indispensáveis a uma vida digna. Isso nada mais é do que promover a democratização a uma vida digna. Ainda, a garantia de um patrimônio mínimo traz ao cidadão condições psicológicas, educacionais e econômicas de participação efetiva e independente da vida social, o que constitui importante contribuição rumo à justiça social e à cidadania consciente.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar com este trabalho, em um primeiro momento, que o Direito não é estático e que, no decorrer da história, vem buscando entender seu papel social e a melhor maneira de reger a convivência entre os seres humanos. Neste sentido, buscando se libertar do jusnaturalismo embasado na origem divina do poder monárquico, as Escolas jusfilosóficas, desde o fim do absolutismo monárquico, buscaram cada vez mais primar pela liberdade individual, visando libertar o indivíduo e, posteriormente, defendê-lo dos abusos de governos totalitários.

Na busca pela liberdade, a ciência do Direito confiou cegamente nos humores dos legisladores, chegando ao extremo de apregoar a impossibilidade de análise axiológica das normas criadas. A Escola da Exegese, de um lado defendia que o Direito era o texto normativo e o método interpretativo a investigação da vontade do legislador; Kelsen, a seu turno, pelejava no sentido de que o Direito era qualquer coisa imposta pelos legitimados a criar Direito Positivo; e Hart, que Direito era um conjunto de normas primárias e secundárias, criadas aquelas pelos legitimados segundo estas e que, quando diante de casos difíceis, o julgador contava com uma discricionariedade praticamente absoluta. Em todas essas concepções, a criação do Direito era exercício de Poder desregrado e dissociado de valores. O resultado foi a instauração de totalitarismos com novas roupagens, a exemplo do que demonstraram o Nazismo e o Fascismo.

Outra marca do modo como os positivistas concebem o Direito é o modo de tratamento formalmente igualitário. Todos os seres humanos são tratados de forma igual, apesar das suas diferentes necessidades. O fenômeno jurídico acabava por funcionar como um rolo compressor, achatando e amoldando as diferenças de acordo com os interesses dos detentores do poder. O "padrão" imposto pelo Direito era aquele que mais bem se enquadrasse nos interesses dessas oligarquias.

O que a experiência histórica demonstra é que nenhum dos extremos é hábil a uma regulação justa e segura dos fatos e atos sociais. O sistema normativo

que tem excesso de normas puramente axiológicas, nos moldes dos sistemas jusnaturalistas, leva a abusos, uma vez que essa suposta "justiça" é insegura por demais. E a falta de segurança conduz à injustiça. Um sistema despido de valores, fechado, que busca uma segurança desmedida, também é falho, haja vista que, sendo injusto, afasta o Direito da sua finalidade primordial, qual seja, a promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

A saída, conforme defendido até aqui, é a adoção de um sistema com normas abertas e fechadas, que permitam, nos moldes das ideias de Reale, a realização da justiça do caso concreto, a segurança de uma previsibilidade mínima e a perpetuidade da legislação frente à dinamicidade da marcha histórica. A técnica de engenharia das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, veiculadores, em muitos casos, de princípios, permite a consecução dos objetivos constitucionalmente traçados através de diálogos intra, inter e extrassistêmicos, bem como a garantia de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano, independentemente de seus ideais políticos, filosóficos, orientação sexual, raça, etnia...

Entretanto, embora a teoria tridimensional de Reale seja extremamente útil à compreensão do processo nomogenético, ela é insuficiente ao entendimento dos princípios jurídico, bem como quanto à sua forma de aplicação. A abertura sistêmica do Direito não pode levar a uma anarquia na aplicação normativa, de modo que até mesmo a aplicação de normas abertas, em especial dos princípios, deve respeitar diretrizes de ponderação, nos moldes do teorizado por Dworkin e Alexy.

Ademais, o aplicador da norma não pode se esquecer que o núcleo axiológico de nosso sistema jurídico é o princípio da dignidade da pessoa humana, e que o caminho constitucionalmente traçado para sua concreção é a aplicação dos direitos fundamentais. Dessa feita, discussões acerca da eficácia horizontal ou vertical dos direitos fundamentais demonstram-se, em nossa realidade jurídica, exercícios de teratologia. Isso porque os princípios da força normativa e da supremacia da constituição não deixam dúvidas: a constituição se aplica a todas as relações dentro do Estado brasileiro, pouco importando se são públicas ou privadas.

Se não há ressalva constitucional para aplicação dos direitos fundamentais, eles incidem de forma imediata em todas as relações sociais.

Isso tudo torna a interpretação e aplicação das normas jurídicas extremamente complexas, diante da variedade de valores prestigiados pelos direitos fundamentais e pelos demais princípios do ordenamento. A hermenêutica jurídica demanda uma visão total do sistema jurídico e demanda que o jurista olhe constantemente para fora do ordenamento, para sistemas morais, políticos e econômicos. A grande preocupação, nesse ponto, tange à possibilidade de inflacionamento normativo diante da miríade de valores que adentram o sistema jurídico. Daí a importância do correto manejo das técnicas hermenêuticas, especialmente no que tange à ponderação de interesses.

Muitos, críticos da teoria dos princípios e da sistematização aberta, apregoam que tais diretrizes terão como consequência o retorno ao jusnaturalismo e às incertezas dele decorrentes. Defendem que os princípios não são nada mais, nada menos, que cartas em branco aos juízes, para que decidam ao seu bel prazer. Pela teoria dos princípios, entretanto, o juiz não cria o direito, ele apenas cria a regra a ser aplicada ao caso concreto, com base em um princípio do sistema jurídico. Este prestigia valores extrassistêmicos, que não deixam de ser jurídicos, na medida em que uma norma interna do sistema determina a busca desses valores que estão fora do sistema. Dessa feita, não é qualquer valor extrassistêmico que passa a ser norma jurídica. Apenas os valores prestigiados pelo ordenamento jurídico, por meio das normas abertas, é que ditam a interpretação e aplicação do Direito.

Dessa forma, o Direito aplicado é pré-existente ao caso, embora não o seja a regra específica. Esse modelo não difere tanto do paradigma de aplicação de normas-regra legisladas, uma vez que até mesmo nesse caso o julgador deve realizar uma série de análises normativas, em especial de adequação constitucional, criando, só então, a norma do caso concreto. Se, por um lado, a sistematização aberta não trará extrema certeza quanto à exata forma pela qual o Direito se fará incidir, permite, por outro, ter-se uma noção mínima dessa incidência com base nos valores constitucionalmente prestigiados. Representa um equilíbrio proporcional das expectativas basilares de um sistema jurídico: justiça e segurança.

Entretanto, de nada adiantarão essas novas técnicas de engenharia legislativa e de interpretação se a atitude dos aplicadores da norma continuar a mesma que imperava durante a lógica positivista. A efetividade das mudanças almejadas pelos novos modelos jurídicos dependem de uma correta compreensão, por parte do intérprete/aplicador, de seu papel social, no que tange a aplicar o Direito como instrumento de promoção da Dignidade Humana, por meio da solidariedade e da justiça sociais, e da isonomia material.

Nesse sentido, o jurista deve se atentar ao fato de que embora Direito não se confunda com Ética ou moral, a sociedade que visa regular é formada por seres humanos. Os seres humanos são seres morais, de modo que, se o Direito se afastar totalmente dos valores do macrossistema ético, estará fadado ao fracasso em qualquer que seja seu desiderato, uma vez que estará ignorando a realidade social que visa regular.

A relação, de tudo quanto foi exposto, com a teoria dos contratos, torna-se clara quando levado em conta que os contratos representam uma grande parcela dos atos jurídicos praticados. Afigura-se praticamente impossível, na sociedade de hoje, passar um dia sem se deparar ao menos com uma relação jurídico-contratual. Dessa feita, excluir os contratos da necessidade de obediência aos valores constitucionais significa deixar uma boa parte das relações jurídicas (não seria exagero dizer a maior parte delas) infensa ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Se adotado o entendimento combatido seria o caso, inclusive, de se indagar se o princípio da dignidade humana seria regra ou exceção dentro do ordenamento jurídico.

Os princípios clássicos do Direito contratual sofrem, portanto, uma readequação de peso normativo. Em um sistema jurídico que possui uma Constituição com grande multiplicidade de valores, como é o caso da Constituição brasileira, não há como haver princípios absolutos. Todos os princípios devem ter sua aplicabilidade aferida, diante do caso concreto, mediante juízo de ponderação de interesses. Assim, a força obrigatória dos contratos, a autonomia privada e a intangibilidade contratual dividem espaço com função social dos contratos e boa-fé

objetiva.

Ademais, as concepções do Direito, nos moldes positivistas, baseados nas utopias de completude e onipotência do legislador, trouxeram como consequências diretas injustiça social e rápida obsolescência normativa. Em ambos os casos, o Direito serviu de instrumento para alijamento de direitos mínimos existenciais, especialmente quanto a grupos que não se enquadravam às concepções político-ideológicas em cada momento histórico. A consequência disso foi a segregação destes mesmos grupos da vida social e política das comunidades em que viviam.

A sistematização fechada, típica das codificações inspiradas no Código de Napoleão, não servia apenas à segurança das relações interprivadas, mas também à manutenção e perpetuação daqueles que detém o poder. Em certa medida, através do afastamento do Estado das relações privadas, conseguia-se que os detentores do poder estatal e da propriedade confundissem-se, deixando os grupos marginalizados ao largo das tomadas de decisões do poder e afastados do acesso justo aos bens materiais mínimos a uma existência digna. Esse processo demonstrou-se, ademais, circular e autossustentável, uma vez que a dificuldade de acesso aos bens materiais tem como consequências subinstrução, moradia, alimentação e saúde de baixas qualidades. Isso acaba se impondo como nova barreira ao acesso à convivência social e aos canais de influência aos detentores do poder o que, por sua vez, agrava o problema de acesso aos bens existenciais.

A Constituição da República de 1988 se atentou para essa multiplicidade cultural, ideológica e às disparidades econômicas, motivo pelo qual consagra uma gama de valores e princípios. No entanto, para que o programa constitucional se faça efetivo, inclusive no que tange à construção de um Estado Democrático de Direito, esse amálgama axio-principiológico depende de irradiação a todas as relações sociais, não escapando dessa lógica as relações contratuais de Direito Civil. O programa constitucional, no que tange à promoção da dignidade da pessoa humana e de uma democracia que permita a verdadeira participação de todos na vida social e política, não pode ser realizado pela metade: essas duas metas de nossa Carta Magna são interdependentes e, para sua concretização, mostra-se

imprescindível que haja uma profunda penetração de ambos os valores nas relações sociais.

Por esse prisma, o modelo de sistematização aberta no Direito Civil contratual permite aos intérpretes e aplicadores da norma jurídica buscar a justiça do caso concreto. Dessa forma, o Direito deixa de ser um instrumento de perpetuação do *status quo* e permite a evolução dos mais diversos grupos sociais, por meio do acesso aos bens materiais indispensáveis a uma vida digna e, conseqüentemente, a uma convivência social democrática e equânime.

Todos os valores e princípios citados parecem de difícil conciliação em um primeiro momento. Talvez, por conta de nossa tradição jurídica dogmático-positivista. Entretanto, após um olhar mais atento, verifica-se que todas essas normas valorativas objetivam, cada uma em sua perspectiva, a consecução da dignidade da pessoa humana. A crescente complexidade social, o multiculturalismo e o rápido avanço tecnológico exigem essa miríade de valores. Esse paradigma sistêmico é indispensável para atender à infinidade de possibilidades e necessidades de cada ser humano. Afinal de contas, se por um lado todos os seres humanos são diferentes em suas necessidades, por outro, todos possuem igual dignidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2008].

ARRUDA ALVIM, Angélica; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). **Atualidades de Direito Civil**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>>. Acesso em: 26/01/2010.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: introdução e teoria geral**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____(Org.). **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

BAUMGARTEN, Maíra. Habermas e a emancipação: rumo à democracia discursiva? **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, n. 10, p. 137/178, 1998. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/cedcis/Ladcis/habermas.pdf>>. Acesso em: 14/10/2009.

BENDA, Ernesto et. al. **Manual de derecho constitucional**. 2ª ed. Madri: Marcial

Pons, ediciones jurídicas y sociales: Madri, 2001.

BERTAN, Neure José. **Propriedade privada & função social**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Trad. SANTOS, Maria Celeste C. J. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. atual. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006].

_____; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. [Coimbra]: Livraria Almedina, [ca. 2003]

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CICCO, Cádio de. **História do pensamento jurídico e da Filosofia do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Yuri Carneiro. Sistema e princípios constitucionais tributários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1282>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de Direito Privado**. Trad. CARVALHO, Henrique de. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. v. 2. São Paulo: Editora Método, [ca. 2004].

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 15ª ed. à luz da Lei 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONNE, John. **Meditation XVII**. [S.l.: s.n.], [ca. 1624]. Disponível em: <<http://www.online-literature.com/donne/409/>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades III - princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____; _____. (Coords.). **Direito Civil: atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). **O novo Código Civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: v. III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. BERLINER, Claudia. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14ª ed. rev. atual. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2010].

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. [Porto Alegre]: Sergio Antonio Fabris editor, [ca. 1997].

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3ª ed. Trad. MENDES, A. Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. _____. trad. SETTE-CÂMARA, Antônio Oliveira. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. trad.: NASSETTI, Pietro. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. HOLZBACH, Leopoldo. [São Paulo]: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4ª ed. Trad. MACHADO, João Baptista. Coimbra: Arménio Amado Editor-Sucessor, 1979.

LASSALE, Fernidand. **A essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 3 nov. 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 2: obrigações e responsabilidade civil. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de direito civil**. v. 3: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1973.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. rev. atual. ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (orientadora); PARGENDLER, Mariana Souza. **A resignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/index_mariana.htm>. Acesso em: 06 dez. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. atual. até a EC. n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. [São Paulo]: Landy Editora, 2003.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Disponível em: <<http://espacodireitoacademico.blogspot.com/2010/08/caminho-de-um-direito-civil.html>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. 6ª ed. atual. Londrina: Eduel, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2009.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume III**: Contratos: Declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 11ª ed. de acordo com o Código Civil de 2002. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. CICCIO, Maria Cristina De. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords). **Direito e filosofia**: a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Filosofia do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Função Social do Contrato.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2009.

_____. **Horizontes do direito e da história.** 3ª ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Política e Direito:** ensaios. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Questões de Direito Privado.** São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Teoria e prática do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre: Notadez, n° 379, ano 57, p. 105/124, mai. 2009.

RUBIO, David Sanchez. **Desafios da contemporaneidade:** diversidade, complexidade e direitos humanos. Florianópolis, 13 set. 2010. Palestra de abertura do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/noticias2.php?id=572>>. Acesso em: 05 nov. 2010.

SANSANA, Maureen Cristina. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002. Superação do rigorismo formal e criatividade na atividade judiciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2606, 20 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17226>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

SANTILLÁN, José Fernández (Comp.). **Norberto Bobbio:** el filósofo y la política. México: Fondo de Cultura Económica, [ca. 1997].

SANTOS, José Camacho. O novo Código Civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3344>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____ (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium.** 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24ª ed. rev. atual. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2005].

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional.** 1ª ed. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2007].

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=77&Itemid=29>. Acesso em: 12 mai. 2011.

TELISCHEWSKY, Eduardo. Hans Kelsen e o Juspositivismo. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1352>>. Acesso em: 29 out. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Pluralidad de identidades e integración cívica. **ARBOR ciencia, pesamiento y cultura**, n. CLXXXII, p. 721/740, nov./dez. 2006. p.

728/729. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/4010/1/arbor_722_725740.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2011.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para ensino médio: história geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. [S. l.]: Malheiros Editores, [ca. 2006].

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.