

Sistema Jurídico e Unidade Axiológica

Os Contornos Metodológicos do Direito Civil Constitucional.*

*Ricardo Aronne. MD, PhD.***

No cenário nacional de 1988, uma revolução se pôs em curso no Direito Civil Brasileiro. A chegada da democracia no Brasil, deu origem ao Estado Social e Democrático nacional, projetada na respectiva Constituição promulgada. Novos atores atuando em novos roteiros epistemológicos.

A partir de então, o trânsito jurídico, os projetos parentais e as titularidades de apropriação, foram sendo reconstruídos pela jurisprudência e doutrina mais arejada a par do núcleo constitucional redivivo em novos moldes axiológicos. Inicia a marcha da repersonalização, da despatrimonialização do Direito. Lenta e gradualmente, mas substancial. À metade da década que findou o Século XX no Brasil, a família, o contrato e as titularidades¹ eram significantes que ostentavam novos significados, cuja fisionomia e silhueta ainda continuaria se transformando.²

* Ensaio produzido para o I Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito e IV Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico, a partir do capítulo 2.2 da respectiva tese doutoramento defendida na UFPR em 2000, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.

** Doutor em Direito Civil e Sociedade pela UFPR, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUCRS, Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor e Orientador nos programas de graduação e pós-graduação desta mesma instituição, líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq), Professor da AJURIS, membro do IARGS e do IBDP, Advogado.

¹CARBONNIER, Jean. **Flexible droit** : pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris : LGDJ, 1992. p. 201.

² Para uma análise específica deste ponto, vide ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 1-45.

Passam a ser repensadas, fora do palco da codificação, as categorias fundamentais do Direito Civil, tendo se exaurido o fôlego de sua teoria clássica³ ainda presente nos manuais, substanciada por uma Jurisprudência dos Conceitos,⁴ fantasiosa e egocentrista,⁵ na resolução dos problemas oriundos das controvérsias contemporâneas nas relações interprivadas.⁶

Um novo Direito Civil, independente do asfalto, que suba o morro e reencontre a sociedade, não se fez em códigos⁷, é fruto de uma reconstrução epistemológica, capitaneada pela jurisprudência mais compromissada⁸, nucleada na

³ ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro - Breve ensaio sobre a posse e sua natureza. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2003, p. 215-220.

⁴NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo : Saraiva, 1994. p.36-37: “O método jurídico que censuramos, o método positivista, com a sua peculiar técnica de construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos (do alemão *Begriffsjurisprudenz*): jurisprudência é palavra aqui usada em acepção próxima de “ciência do direito”, de acordo com o seu significado na língua alemã, onde a expressão ‘jurisprudência dos conceitos’ foi cunhada”.

⁵A Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese, que formaram a base metodológica da civilística clássica. Para o respectivo Direito Privado, por sua vez, o centro do sistema jurídico estava localizado no Código Civil, cumprindo à Constituição a tarefa de organizar o Estado e defender o cidadão de seus excessos. Alinhadas à concepção do Estado Liberal de Direito, reduziam o próprio aplicador do Direito à tarefa de simples subsunção formal do caso ao tipo. Mostram-se solipcistas, em face da sua visão de liberdade meramente formal, traduzindo uma visão egoística do Direito, a conceber o código como verdadeira Constituição do homem privado. Nesse sentido, entre outros, Orlando GOMES (**Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo : RT, 1980. p.2), em obra dedicada ao estudo das obrigações, tece a seguinte análise da concepção clássica do Direito Civil, a partir de um de seus pilares: “O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes. No pórtico de sua codificação, poder-se-ia ter inscrito, a talho de foice, a legenda: *beati possidentes*”.

⁶ No mesmo sentido, porém sob diversos paradigmas, Franz WIEACKER, **História do direito privado moderno**. 2.ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, s.d. p.716-722.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como <<Ideologia>>**. Lisboa : Edições 70, 1997. p.49: “A <<racionalização>> de Max Weber não é apenas um processo a longo prazo da modificação das estruturas sociais, mas também ao mesmo tempo <<racionalização>> no sentido de Freud: o verdadeiro motivo, a manutenção da dominação objectivamente caduca, é ocultado pela invocação de imperativos técnicos. Semelhante invocação é possível só porque a racionalidade da ciência e da técnica já é na sua imanência uma racionalidade do dispor, uma racionalidade da dominação”.

⁸ Nesse sentido, merece transcrição excerto do extenso voto do Min. César Rocha, na condição de relator do Rec. Extraordinário 15.468-0-RS, junto ao STF, em julgado de 11.11.92, publicado no DJ em 12.04.93 e RTDP 5/265-272, do que se extrai (p.268): “Todavia como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os

nova dimensão existencial do Direito Privado, que teve por ante-sala um substancial Diploma Constitucional, destinado a uma sociedade advinda de vinte e um anos de militarismo totalitário.

Importa uma ruptura material, de compromissos, com a proposição tradicional do Direito Civil. É nesse passo que se deve abordar o tema. Para bem além do sentido de suposta novidade das cláusulas gerais (apontada como a inovação do “novo” Código Civil), o desafio que este ensaio toma para si, cediço os pressupostos que edificam o Direito Privado na atualidade⁹, é o de sistematizar as bases da noção contemporânea de sistema jurídico, compromissada com a prática e operacionalidade.

Não se retomará aqui as longas críticas oportunamente tecidas sobre a impertinência da idéia e sentido da recodificação¹⁰ e sim como operar com ela, no atual cenário jusprivatista.

A falta de identidade do Direito Civil-Constitucional com os paradigmas positivistas tradicionais, traçados pelo racionalismo dos séculos passados¹¹, não é uma

limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável. O saudoso Professor Nelson Sampaio lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem contudo, abrir a porta ao arbítrio judicial. O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados. Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo”.

⁹ Sobre o tema, é notável a intervenção que faz TUTIKIAN, Cristiano (Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais, *in* ARONNE, Ricardo (org.), **Estudos de direito civil-constitucional**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 19-79, Vol. 1).

¹⁰ ARONNE, Ricardo. **Código Civil anotado**. São Paulo : Thomson, 2005, p. 17-25.

¹¹ VIEIRA, Leonardo Alves. Coerção em Kant e Schelling : fundamentação e conseqüências. **Veritas**, Porto Alegre : EDIPUCRS, v.43, n.4, p.866, 1998: “No contexto de modernização e racionalização das sociedades ocidentais analisadas por Weber, Habermas identifica o que ele considera uma unilateralidade no modo como Weber aborda o Direito moderno: a redução da racionalidade do Direito à racionalidade do tipo instrumental. Este tipo de redução levado a cabo por Weber acarreta 1) a sua tese de que a legitimidade do poder é alcançada mediante a legalidade e 2) a recusa e crítica do que ele denominava moralização ou materialização do Direito”.

recusa para com a cientificidade do Direito, e sim uma percepção diferida¹², que deve ser explicitada¹³, pois alinha sua coerência. Sua métrica sem dimensões.¹⁴ Sua razão e caos.

Na recusa dos pressupostos clássicos¹⁵ – pela análise do Direito Civil em bases teóricas diversas – frutifica a busca de uma compreensão metodológica adequada que ampare a empreitada do civilista na sua tarefa interpretativa, rompendo com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo*), uma vez compreendidas suas premissas e utilizadas como esteio de controvérsia.¹⁶

¹²VIEIRA, L.A., op. cit., p.867: “Aos olhos de Habermas, Weber, em virtude desta crítica à materialização ou moralização do Direito, quer limitar a racionalidade do Direito a uma perspectiva meramente cognitivo-instrumental, impedindo-o de abrir-se à resolução discursiva de pretensões de correção normativa (normative Richtigkeit). [...] Usando a terminologia até então empregada neste texto, Weber desloca o Direito da esfera prático-moral, considerando como algo prejudicial à dinâmica do Direito a aproximação com postulados morais, para o âmbito prático-técnico como sinal do mais alto grau de evolução do Direito. A crítica de Habermas se dirige justamente contra este estreitamento da racionalidade do Direito, colocando-o, em virtude disto, pelo menos no que diz respeito às intenções teóricas, na mesma linha de Kant e Hegel”.

¹³ ARONNE, Ricardo. Por um direito civil-constitucional. Idem. (org.) **Estudos de direito civil-constitucional**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 11-15, no Vol. 1 e 2.

¹⁴ FERNANDES, Florestan; FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo. **Habermas**. São Paulo : Ática, 1993. p.15-16: “Toda ideologia (como veremos a seguir) tem como função impedir a tematização dos fundamentos do poder. As normas vigentes não são discutidas porque são apresentadas como legítimas pelas diferentes visões de mundo que se sucederam na História, desde as grandes religiões até certas construções baseadas no direito natural, das quais a doutrina da justa troca, fundamento do capitalismo liberal, constitui um exemplo. A ideologia tecnocrática partilha com as demais ideologias a característica de tentar impedir a problematização do poder existente. Mas distingue-se radicalmente de todas as outras ideologias do passado porque é a única que visa esse resultado, não através da *legitimação* das normas, mas através de sua supressão: o poder não é legítimo por obedecer a normas legítimas, e sim por obedecer a regras técnicas, das quais não se exige sejam justas, e sim que sejam eficazes. [...] A ideologia tecnocrática é muito mais indevassável que as do passado, porque ela está negando a própria estrutura da ação comunicativa, assimilando-a à ação instrumental. Pois enquanto àquela, como vimos, se baseia numa intersubjetividade fundada em normas, que precisam ser justificadas (mesmo que tal justificação se baseie em falsas legitimações), esta se baseia em regras, que não exigem qualquer justificação. O que está em jogo, assim, é algo de muito radical, que é nada menos que uma tentativa de sabotar a própria estrutura de interesses da espécie, que inclui, ao lado do interesse instrumental, também o interesse comunicativo.”

¹⁵CANARIS, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p.68-75.

¹⁶SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1998, p.14-15: “Uma das peças mais preciosas do saber sociológico é o princípio do historicismo. Ele diz que para compreender qualquer fenômeno contemporâneo devemos pesquisar suas origens e processo de formação. O mesmo se aplica ao reino das idéias; é impossível compreender as visões contemporâneas da mudança social sem identificar quais concepções anteriores elas pretendem aperfeiçoar e a quais teorias se contrapõem.

A apreensão do sentido do sistema jurídico na resolução das controvérsias sociais e, portanto, rente à realidade social, com franco embasamento axiológico e principiológico, redirecionando a compreensão do Direito Civil contemporâneo, não fundamenta uma perda de racionalidade e sim aponta um novo patamar de racionalidade, imbricado com sua interpretação constitucionalizada¹⁷, visível pela também contemporânea noção de sistema axiológico.

Trata-se de um repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos e sim pela Lei Maior, que a fundamenta.^{18 19}

Da negativa desse repensar²⁰ – pelo apego ao conceitualismo – resulta a ineficácia dos mecanismos do sistema, uma vez que o instrumental clássico não é apto

Seguiremos este princípio. [...] Não se trata aqui de um projeto de história das idéias, mas de análise sociológica sistemática”.

¹⁷MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre : O Tribunal, n.30, p.21-34, 1998, p.27-28: “[...] Como toda interpretação jurídica é inseparável da aplicação do Direito, não se destina à enunciação abstracta de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais (ainda quando se utilizem diversos métodos e vias). A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma – realidade constitucional – valor. A função integradora da Constituição – desde logo no campo dos direitos fundamentais – reclama a função racionalizadora da interpretação constitucional.”

¹⁸PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.10-12.

¹⁹CANARIS, op. cit., p.66-67: “Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica* – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a <<jurisprudência das valorações>>, é equiparada à jurisprudência teleológica.”

²⁰FACHIN, Luiz Edson. Direito civil contemporâneo. **Revista Consulex**, Brasília : Consulex, n.18, 1998, p. 33.

para compreensão das bases ou possibilidades de um sistema axiológico²¹ e tampouco a operar com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²²

Ao se erigir o sistema jurídico pátrio a partir de valores como a igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, pluralismo e bem comum, na consecução de um Estado Social e Democrático de Direito,²³ como princípio jurídico vinculante – não só ao Estado como também aos destinatários da ordem jurídica –, que se desvenda através de princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, cidadania e função social da propriedade, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido, diverso daquele que emanava quando adveio à ordem jurídica.²⁴

²¹GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo : RT, n. 747, p.35-55, 1998, p.36.

²²Decorre dessa problemática, concreta ante a produção jurídica de ideário arcaico, as pedras dirigidas ao texto constitucional, que deveriam se voltar aos juristas (principalmente os civilistas), pois é neles que se observa a postura conservadora. Assim, Boris FAUSTO (**História do Brasil**. 7.ed. São Paulo : EDUSP, 1999, p. 525): “Com todos os seus defeitos, a Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país especialmente na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral e às chamadas minorias. Entre outros avanços reconheceu-se a existência de direitos e deveres coletivos, além dos individuais. [...] O texto constitucional é bastante abrangente, mas, mais do que em qualquer outro campo, há aqui uma enorme distância entre o que diz a lei e o que acontece na prática”.

²³Preâmbulo da CF/88.

²⁴LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. A dignidade da pessoa humana : estudo de um caso. **Revista dos Tribunais**, São Paulo : RT, n.758, p.106-117, 1998, p.115: “Se o *direito à igualdade* já foi reduzido para um *direito de igualdade formal*, pela simples isonomia diante da lei, é imperioso impedir que o mesmo venha a acontecer com a *dignidade da pessoa humana*. Evitar que venha a tornar-se o miserável *formalmente digno* diante do abastado, conferindo-lhe apenas a titularidade de um *direito subjetivo à dignidade*. Não foi esse o espírito constitucional. [...] Ora, os princípios fundamentais do Título I da Constituição representam a base do desenvolvimento da forma de Estado Social e Democrático de Direito que se instituiu no Brasil a partir da vigência do texto maior. Não se pode entender o art. 5.º senão consagrador de direitos e garantias individuais em face da peculiar maneira de ser do Estado brasileiro, qual seja, Social, Democrático e de Direito. Todos os incisos positivadores de tais garantias são decorrentes dos princípios fundamentais da natureza do Estado. Se são aplicáveis imediatamente tais princípios e garantias é porque, e somente porque, o Estado Social e Democrático de Direito proposto no Título I já existe em seus valores fundamentais. Corolário disso é que a *dignidade da pessoa* não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição. Todos têm acesso ao *direito de dignidade material*. [...] E, apesar da teimosia de alguns ao interpretar a Carta exclusivamente em seu aspecto formal e não material, tais direitos decorrentes também têm caráter de aplicabilidade imediata”.

As possibilidades desse novo horizonte não foram ainda devidamente exploradas pela doutrina²⁵, arraigada à tecitura conceitual clássica, e tenta proceder timidamente, através de um postulado de cláusulas gerais, a uma adaptação das regras codificadas ou esparsas pela legislação, como se alteradas por influxo externo, ou se mantém repetindo as lições seculares obradas pela Pandectista.²⁶

De início, cumpre evidenciar que a mudança ocorrida em todo o Direito Civil é interna e não externa. Mais do que regras, os valores que orientam seu sentido sofreram profunda alteração. Nessa medida, o patamar em que se há de perseguir a coerência, não é formal e sim material, no alinhamento teleológico do conteúdo axiológico renovado que a legislação civil recebeu.

Justamente na forma como se positiva o sistema, emana de sua base formativa precípua, a Constituição Federal, princípios e valores²⁷ que vêm trazer uma feição completamente distinta ao Direito Civil,²⁸ comparativamente àquele forjado no período liberal, erigido sobre os pilares da família, titularidade e contrato, a partir de uma dicotomia entre o público e o privado.²⁹ Paulo Luiz Netto LÔBO³⁰, tal qual

²⁵POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: LOTUFO, Renan (Org.). **Direito civil constitucional**. São Paulo : Max Limonad, 1999, p.151: “Após o advento da Constituição de 1988 o direito pátrio passou por um redimensionamento conceitual que conduziu a uma releitura de todo o sistema jurídico. Tal situação não foi claramente percebida pela maioria da comunidade jurídica, pois vinculada a um pensamento liberal no sentido de que a regra constitucional não tem aplicação direta e é direcionada ao legislador”.

²⁶CARBONNIER, **Flexible droit...**, p.258.

²⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo : RT, n.65, p.21-32, 1992, p.24.

²⁸ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. 3.ed. Madrid : Civitas, 1985. p.19-20.

²⁹Orlando GOMES (**Raizes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador : Universidade da Bahia, 1958, p.57) leciona que a resistência clássica na consolidação do Código em seu projeto original, consistiu em não dar guarida no mesmo aos direitos sociais, hoje reconhecidos em todas as ordens constitucionais modernas do mundo (nas palavras do autor), que trazem novos contornos ao direito privado. A isso soma-se a contemporânea leitura de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não mais como direitos oponíveis somente contra o Estado, como também no âmbito interprivado, matéria essa muito bem introduzida por Ingo Wolfgang SARLET (Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p.129 e segs.).

GIORGIANNI³¹, apreciando a moldura jurídica do Estado Liberal, faz compreensiva síntese dos seus paradigmas, traduzidos na interdependência da propriedade e do contrato, exteriorizadores primeiros da desmedida autonomia da privada, fetiche do Estado Moderno.

³⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo : RT, n.722, p.41, 1995: “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1798, proclamou a sacralidade da propriedade privada (“Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...”), tida como exteriorização da pessoa humana ou da cidadania. Emancipada da rigidez da Idade Média, a propriedade privada dos bens econômicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato. Autonomia de vontade, liberdade individual e propriedade privada, transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão a universalidade e intemporalidade. Considere-se o mais brilhante dos pensadores da época, Kant, especialmente na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, onde distingue o que entende por autonomia de heteronomia. A autonomia é o campo da liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecerem regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente. A heteronomia, por seu turno, é o campo da natureza cujas regras o homem não pode modificar e está sujeito a elas. Assim, o mundo ético, em que se encartaria o direito, seria o reino da liberdade dos indivíduos, enquanto tais, porque a eles se dirige o princípio estruturante do imperativo categórico kantiano. Na fundamentação filosófica kantiana, a autonomia envolve a criação e aplicação de todo o direito.

³¹GIORGIANNI, op. cit., p.38-39: “Como acenamos há pouco, a distinção entre Direito Público e Direito Privado encontra-se há tempos em “crise”, sobretudo na doutrina juspublicista. Se se quisesse procurar as razões pelas quais os privatistas – e especialmente os civilistas – sinalizaram muito pouco aquela “crise”, ou a entenderam quase exclusivamente como “crise” do Direito Privado, elas deveriam ser individualizadas, talvez, em uma postura intelectual de “conservação” frente à própria disciplina. É observação bastante comum que tal postura intelectual é certamente favorecida, se não mesmo totalmente provocada, pela codificação, que – cristalizando um determinado esquema de ordenamento jurídico – cria a ilusão de eterna validade. Os privatistas, portanto, estão geralmente ancorados a um esquema, por assim dizer, “jusnaturalista” do Direito Privado, como foi aquele recepcionado pelo *Code Napoléon*, ainda que com as impurezas que acompanham qualquer “idéia” quando ela se transforma em “ato”. [...] Como se sabe, jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como “Direito Privado”, em função do indivíduo cujas origens ideais remontam justamente ao movimento renascentista, está o “sujeito” de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição (*subiectum*). O direito subjetivo é por isso entendido como poder de vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o “contrato” como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do “contrato social”, é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado. Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público são muito claras. [...] As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos. [...] Este sistema, surgido da mente dos filósofos ou jusfilósofos, foi codificado pelo *Code Napoléon*, e baseado nela a pandectista alemã esforçou-se – ou, como foi observado recentemente, iludiu-se – para construir o edifício destinado a transportar do plano filosófico-jusnaturalista ao plano jurídico-positivo, a idéia do indivíduo-sujeito de direito e aquela e aquela do “poder (*potestà*) de vontade” do indivíduo como único motor do Direito Privado. Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo a propriedade individual constituía o verdadeiro eixo do sistema do Direito Privado, tanto que o contrato, na sistemática dos códigos oitocentistas, era regulamentado essencialmente como “modo de aquisição da propriedade”.

A superação do ideário oitocentista implica tenha o intérprete noção da matéria prima com a qual trabalha, cujo estado da arte da ciência do Direito conduz à assumida recusa do modelo clássico – de subsunção formal abstrata – cuja regência conceitualista refuta o essencial substancialismo do Direito³², em prejuízo do ser humano e do próprio mundo que o cerca.

O substancialismo torna-se atingível, sem perda da racionalidade jurídica,³³ pela intersubjetivação do imperativo categórico kantiano, de modo a manter-se um racionalismo jurídico em outro patamar, para bem além do formal³⁴, que se revela pelo discurso do intérprete. Para isso, implica seja revista a sua própria noção, tanto de racionalidade quanto de sistema, tendo por superadas a completude e a pureza axiológica deste último.

³²No prefácio ao quinto tomo de seu Tratado, dirigido ao direito das coisas, tal assertiva já era pressentida por Bonnecase, professor da Faculdade de Direito de Bordeaux, na França do início dos anos 30, no trato da classificação clássica dos direitos de crédito e dos direitos reais. BONNECASE, Julien. **Traité théorique et pratique de droit civil**. Paris : Recueil Sirey, 1930. Tomo 5. p.1-2: “*Elle se ramène, en effet, à l’ouverture d’une sorte de parenthèse, quelque peu étendue il est vrai, dans laquelle nous nous sommes efforée de grouper toute une série de problèmes intimement unis les uns aux autres malgré les apparences contraires, de projeter une vue d’ensemble sur les discussions dont ils sont l’objet depuis quelque temps, et montrer comment les solutions proposées ou recherchées sont susceptibles soit de rénover, soit simplement d’éclairer, soit même troubler la physionomie traditionnelle, sinon séculaire du Droit civil*”.

“Ela reconduz, com efeito, à abertura de uma espécie de parênteses, no qual somos levados a colocar uma série de problemas, apesar de suas aparências contrárias, de projetar uma visão de conjunto sobre discussões, nas quais eles são objetos há algum tempo, e mostrar como as soluções propostas ou procuradas são suscetíveis, seja de renovar, seja de esclarecer ou até mesmo perturbar a fisionomia tradicional, se não secular do Direito Civil”. (Tradução livre)

³³O termo racionalidade ora empregado possui um sentido completamente diferente da postura positivista conservadora kelseniana, cumpre alertar, embora a noção resulte desde logo clara. Racionalismo ora advém no sentido intersubjetivado. A negativa de um racionalismo ao Direito implicaria reduzi-lo a uma teoria do discurso, mera retórica (CANARIS, op. cit., p.255-256). Dizer que o intérprete não pode distinguir qual seria a melhor interpretação de uma norma, entre as muitas possíveis, seria dizer-se não ser o Direito uma ciência. Portanto, assim como jamais se pode admitir um dogmatismo jurídico, o seu contraposto absoluto, num ceticismo substancial, não é menos errado. Se o intérprete caminha em uma via de dois extremos, cujo primeiro é a completa vinculação e o outro a ampla discricionariedade, não menos correto é que o mesmo não toca em nenhum desses extremos. Portanto, a mais concreta regra é passível de interpretação e qualquer postura não regulada também é possível de apreciação qualitativa e valorativa à luz de princípios vinculantes.

³⁴HABERMAS, **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989, p.63.

O sistema jurídico deve ser compreendido dialogicamente pelo intérprete, ciente de sua abertura e teleologismo axiológico.³⁵ A malha jurídica se constitui não só de regras, como também de princípios e valores que se hierarquizam axiologicamente na tópica incidência,³⁶ com vistas à concretização de um Estado Social e Democrático de Direito.

A repersonalização perseguida, advém de uma nova noção, substancializada, de sistema, bem como da análise de seus componentes axiológico-normativos. Ou seja, na posituação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, as normas do direito das coisas passam a receber seu influxo, migrando para uma nova dimensão finalística. O sujeito, intersubjetivamente considerado, no seu meio e interação social, por imposição do ordenamento retoma o centro protetivo do Direito, em detrimento da pertença.

Uma hermenêutica de Direito Privado que possa dar conta disso, sem que seja preciso se fundar em uma “nova” codificação, parte de premissas diversas das que confeccionaram a leitura tradicional. A primeira, e talvez mais básica de todas essas premissas, é a do que venha a ser o próprio sistema jurídico e a intolerância ao fragmentário discurso dos microssistemas.

O sistema jurídico é uma rede aberta, tópica e axiologicamente hierarquizada de regras, princípios e valores, positivados no ordenamento.³⁷ Concebido o sistema

³⁵CANARIS, op. cit., p.101-105.

³⁶HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.44-45: “<<Comprender>> y, con ello, <<concretizar>> sólo es posible con respecto a un problema concreto. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la <<aplicación>> de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en si mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”.

³⁷FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo : Malheiros Editores, 1995. p.40: “Em tal linha, sempre em atenção a imprescindível e irrenunciável meta de um conceito harmônico com racionalidade intersubjetiva, entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado

desse modo, sem que se perca a noção de historicidade intrínseca ao Direito na condição de fenômeno social, e justamente por ter-se presente tal historicidade – que implica transformação evolutiva –, o método histórico de interpretação, próprio da Pandectista e dessa forma instrumental essencial da Escola da Exegese no resgate de conceitos, há de sofrer natural relativização, com a possibilidade de uma reestruturação interna dos institutos de Direito Privado.³⁸

A interpretação seja histórica, literal, teleológica, doutrinária, sociológica, gramatical, integrativa, até a conforme a Constituição, constituem momentos pelos quais passa o operador no curso de uma interpretação necessariamente sistemática do Direito. Interpretação no sentido verticalizado, hierarquizando regras, princípios e valores, colmatando lacunas, evitando conflitos e resolvendo antinomias, na busca de coerência material.³⁹ Toda interpretação do Direito é assim uma interpretação constitucional, em algum sentido. Destaque-se aqui, o fato da “siamesa” forma de controle de constitucionalidade brasileira, que conjuga com sucesso ímpar, o método difuso com o concentrado. O Juiz de Direito da comarca de Cacimbinhas/RS, é juiz constitucional. O de Munique, não.

Em razão da unidade material do sistema, cada norma topicamente aplicada não o é em isolado, visto incompreensível o fenômeno jurídico em sua apreensão fragmentária. Toda norma somente se revela no todo,⁴⁰ teleologicamente orientado aos

Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”

³⁸HABERMAS, **Consciência moral...**, p.62- 63: “De início, quero destacar a validade deontica das normas e as pretensões de validade que erguemos com atos de fala ligados a normas (ou regulativos) como constituindo aqueles fenômenos que uma ética filosófica tem que poder explicar. Ficará claro então que as posições filosóficas conhecidas, a saber, as teorias definitórias de gênero metafísico e as éticas intuicionistas do valor, por um lado, e as teorias não cognitivistas como o emotivismo e o decisionismo, por outro lado, já deixam escapar os fenômenos que precisam de explicação, ao assimilarem as proposições normativas ao modelo errôneo das valorações e proposições descritivas ou das proposições vivenciais e imperativas. Coisa semelhante vale para um prescriptivismo que se orienta pelo modelo das proposições intencionais.”

³⁹FREITAS, Juarez, **A interpretação...**, p.16.

⁴⁰SOUZA, Valdemarina Bidone de Azevedo e. Interdisciplinariedade : busca da harmonia perversa? In: **Participação e interdisciplinariedade - movimentos de ruptura/construção**. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1996, p.17: “Ao mesmo tempo, na criação da globalidade, emerge a idéia de que o todo pode ser superior ou

casos concretos. A hierarquização axiológica do sistema é tópica, de modo que uma mesma regra poderá traduzir conteúdos distintos do tecido axiológico normativo em casos distintos.

O próprio sentido das normas, em compreensão substancializada, conduz a uma abissal diferença do que se verifica classicamente, em que o público ocupa espaços privados e vice-versa, ante a unidade axiológica do sistema,⁴¹ a rejeitar partições materiais da malha jurídica.^{42 43}

Também sucumbe a completude como dogma que a teoria tradicional do Direito Civil, em sua constante visão de excludência social (por vezes direta, em outras indireta), pela compreensão do sistema como aberto,⁴⁴ visto não se exaurir em regras, incompleto porém sempre completável sob pena de anomia – por inexistir lacuna de valores⁴⁵ – que conduz a necessidade de resposta e proximidade social do

inferior a soma das partes. Na subordinação das partes ao todo (idéias e pessoas) o ajustamento das complementaridades, as especializações, a retroação, a estabilidade do todo, os dispositivos de regulação e controle implicam imposições pelas partes interdependentes, das partes sobre o todo e do todo sobre elas (Morin, 1987a)”.

⁴¹CANARIS, op. cit., p.66: “As considerações críticas feitas até agora facultaram também as bases para o desenvolvimento de um conceito de sistema que esteja apto para captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica”.

⁴²FREITAS, Juarez, **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Porto Alegre : Vozes, 1989, p.18: “A raiz desse mal parece repousar na sofisticada separação entre as ‘cidades’ do temporal e do atemporal, do concreto e do abstrato, do público e do privado, do positivo e do não positivo. Antes de tudo, porém, sem nenhuma contradição com nossa proposta transdogmática, importa assinalar que não se pode servir a dois senhores, isto é, ou se advoga uma deontologia jurídica que seja capaz de manter a lealdade à justiça real e concreta ou não estaremos mais com as leis da justiça, em que pesem todos os argumentos em defesa da segurança das instituições”.

⁴³PASQUALINI, O público e o privado. In: SARLET, Ingo (Org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p.36: “Dessarte, o todo e a parte são indissociáveis e possuem, dentro em si, o fundamento um do outro. Em sua substância e conteúdo, cada qual pressupõe o outro numa circularidade onde tudo se torna, simultaneamente, público e privado, onde tudo, até mesmo a vida, define-se pela participação no todo, porém através da consciência de si. Em outras palavras, público e privado são, na unidade teleológica dos interesses universalizáveis, uma mesma e única realidade, nascida dos mesmos princípios e voltada aos mesmos fins: um é a vida do outro.”

⁴⁴CANARIS, p.106.

⁴⁵CANARIS, p.241.

Direito para com o destinatário da ordem jurídica, forte no princípio da inafastabilidade e adequação da tutela.⁴⁶

Isso é decorrência do próprio sistema jurídico ao qual o intérprete se vincula, como moldura dentro da qual este se movimenta teleologicamente orientado pelos valores que a integram e lhe é limite a refutar subjetivismos discricionários.⁴⁷

Do exposto advém a própria negativa a qualquer formulação no sentido de uma teoria geral do Direito Civil,⁴⁸ uma vez que pela unidade axiológica não há como seccionar o Direito Civil do todo, imprimindo-lhe uma racionalidade própria, em prol de uma autonomia reducionista.⁴⁹

Uma das próprias proposições básicas da teoria do agir comunicativo é de que a razão é a razão⁵⁰ do todo e de suas partes.⁵¹ Os valores e princípios constitucionais, desse modo, alimentam o Código e a legislação esparsa preexistente, que se reestruturam a partir deles ou são retirados do ordenamento. A teoria da

⁴⁶Art. 5.º, XXXV da CF/88.

⁴⁷CANARIS, p.76-78: “[...] Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas <<decisões de conflitos>> e dos valores *singulares*, antes se devendo avançar até os valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão <<orgânica>> e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.”

⁴⁸CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** : seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra : Centelha, 1981, p.9-13.

⁴⁹RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**, separata do v.74, Coimbra : Universidade de Coimbra, 1998. p 729-730: “Esse reconhecimento mais não é, nesta perspectiva, do que uma forma de regulação, a nível constitucional, das esferas da vida onde esse sujeito se movimenta, reflectindo uma dada valoração de interesses que aí conflituam. Valoração que, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e a posição cimeira que, dentro dele, as normas constitucionais ocupam, não pode deixar de influenciar a apreciação, a nível legislativo e judicial, da matéria civilística.”

⁵⁰O conteúdo de racionalidade adotado é de ordem intersubjetiva, no sentido habermasiano, como revelado na transcrição de Canaris, e não formal ou de resgate histórico, como tratado tradicionalmente.

⁵¹PIZZI, Jovino. **Ética do discurso** : a racionalidade ético-comunicativa. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1994. p.9.

normatividade contemporânea, reafirmadora dos direitos fundamentais e publicizadora dos interesses interprivatísticos, é seara fértil para a demonstração ora referida, como causa vulneradora de conservadorismos que ainda amealham seguidores nas correntes manualísticas.⁵²

Dessa compreensão constitucionalizada do ordenamento jurídico, ascende o sujeito enquanto ser humano ao centro protetivo do Direito – por força do conteúdo axiológico concretizado nas normas que o integram –, retomando-se a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa obrada pela Jurisprudência dos Conceitos, independente da alteração da estrutura do Código ou do advento de um “novo”, e sim fundamentalmente de sua releitura substancializada pelos valores constitucionais, com esteio no pensamento jurídico contemporâneo,⁵³ que revela os novos paradigmas do Direito Civil.⁵⁴

A par da noção de sistema adotada, o tratamento das normas e dos valores que o perfazem, difere em muito do observável na teoria jurídica do século XIX⁵⁵, que

⁵²NORONHA, op. cit., p.38: “Apesar de parecerem irrefutáveis os seus argumentos, não foi fácil às jurisprudências dos interesses e dos valores imporem-se, havendo ainda hoje muitos mestres, magistrados e advogados que raciocinam nos termos (positivistas) da jurisprudência dos conceitos. A aceitação das novas idéias é, porém, cada vez maior”.

⁵³SZTOMPKA, op. cit., p.27: “[...] Além disso, segmentos qualitativamente distintos da sociedade, como a economia, a política e a cultura também podem ser compreendidos em termos sistêmicos. Assim, de acordo com os teóricos sistêmicos, Talcott Parsons (1902-1979) por exemplo, a noção de sistema é não apenas generalizada como também considerada de aplicação universal.

Nesse contexto, considera-se como mudança social aquela que ocorre dentro do sistema social ou que o abrange. Mais precisamente, ela corresponde à diferença entre vários estados sucessivos de um mesmo sistema”.

⁵⁴KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.ed. São Paulo : Perspectiva, 1998. p.126: “As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com freqüência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar a crise, é um pré-requisito para revolução”.

⁵⁵MIRANDA, J., Direitos fundamentais..., p.22.

operava com um sistema formal de regras sustentado conceitualmente, não admitindo normatividade principiológica⁵⁶ e, em tese, não operando com valores.

Adveio radical alteração no núcleo essencial do Direito Civil como percebido pela ciência jurídica dos séculos anteriores, na esteira da mudança do papel do Estado nas relações interprivadas. Afora isso, tal mutação teve sua ocorrência a partir da Constituição, ou seja, fora da codificação e de sua própria concepção. Soma-se a isso o fato de que tampouco se trata de modificação legislativa – no sentido estrito do termo – e sim principiológica.⁵⁷

Repisa-se, a completa mutação do conteúdo normativo das regras do Código, constitucionalmente imprimida, decorre da nova estrutura principiológica e axiológica agasalhada pela CF/88. A construção de uma hermenêutica apta a compreender esse fenômeno, e dar sua tradução no Direito Civil, passa pela operação com tal dimensão do sistema, é refutadora do objetivismo dogmático e do subjetivismo cético, assentando a intersubjetividade como parâmetro de racionalidade.

Esses elementos do sistema – regras e princípios – são vinculantes, justamente por serem percebidos como integrantes da ordem jurídica, sem que a ciência jurídica abra mão do reconhecimento de suas diferenças e complexidade. O ordenamento é composto de regras, princípios e valores – guardando unidade axiológica –, cuja compreensão somente se faz possível por meio da noção de normatividade regente, reafirmadora da respectiva correlação obrigatória das espécies normativas e seu inafastável substrato valorativo.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p.231-232.

⁵⁷BONAVIDES, **Curso de direito...**, p.232: “Impossível deixar de reconhecer, pois, nos princípios gerais de Direito, conforme veremos, a base e o teor da eficácia que a doutrina mais recente e moderna, em voga nas esferas contemporâneas da Ciência Constitucional, lhes reconhece e confere, escorada em legítimas razões e excelentes argumentos. O “tudo ou nada” caracteriza, segundo Dworkin, a tese positivista sobre o caráter das normas, que ele tão duramente combate. Todo o discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.”

Os direitos fundamentais, ante sua aspiração principiológica, constituem-se mutuamente, sem se eliminar, com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana; desiderato esse próprio da noção contemporânea de Estado e sua respectiva legitimidade, independente do caráter público ou privado das relações em análise.

Dessas noções abre-se a possibilidade da reconstrução da própria concepção do Direito Privado.⁵⁸ Advém uma orientação teleológica distinta da classicamente concebida.⁵⁹

A malha jurídica perfaz um sistema à medida que todos os seus componentes se comunicam, de modo a que um ganhe sentido no outro – a partir dos valores que o integram –, para que não se vislumbrem como significantes vazios, em face da

⁵⁸PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico** : uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999. p.23: “A exegese, portanto, não se dá a conhecer como simples e secundário método ancilar à ciência jurídica. Como fenômeno algo transcendental da cognição, o acontecer hermenêutico não é exterior, passivo, muito menos neutro em face do seu objeto. A experiência interpretativa se sabe interior e imanente à ordem jurídica. Na sua relação com o intérprete, o sistema não atua como um sol que apenas fornece sem nada receber em troca. Que fique claro que o sistema ilumina, mas também é iluminado. A ordem jurídica, enquanto ordem jurídica, só se põe presente e atual no mundo da vida através da luz temporalizada da hermenêutica. São os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar”.

⁵⁹PASQUALINI, **Hermenêutica...**, p.24-26: “[...] No Direito, ninguém dá a última palavra (interpretação): o fim sempre constitui um novo e eterno começo. Um texto (normativo ou literário) está longe de ser uma espécie de animal doméstico mansamente acomodado aos pés do intérprete ou, ao reverso, uma besta selvagem totalmente rebelde às aproximações da exegese. [...] Apesar disso, o certo é que há boas e más interpretações, e a ordem jurídica não pode abrir mão de perseguir as melhores – as que promovam a máxima integração com o mínimo de conflito entre os elementos constitutivos do sistema. Eis o cálice do qual o intérprete não tem o direito de se afastar sem romper a aliança com o sistema e consigo mesmo. Os princípios, normas e valores alimentam diferentes leituras e sistematizações, mas são, também eles, em sinergia com a cultura humanístico-jurídica, os quais mais auxiliam no desafio de decifrar o melhor sentido. O intérprete, na multifecundidade dos significados, descobre a pluridesigualdade das interpretações, cujo necessário esforço de hierarquização, ultrapassando as escolhas politicamente arbitrárias, convoca o auxílio integrativo das linhas axiológicas do ordenamento jurídico. O Direito não deve e não precisa, na sua aberta unidade sistemática, abdicar do que possui de melhor. O sistema jurídico é, com certeza, um “ícone” ou “índice” móvel, mas permanece, ainda e eternamente, um sistema e, como tal, evoca, em muitos casos, um número ilimitado de interpretações, sem, contudo, justificar, levadas pelo voluntarismo, leituras incontinentes e dogmáticas. A hermenêutica, embora não configure um cálculo epistemológico exato e sem resto, é, evidentemente, “*meno aleatoria di una puntata sul rosso o sul nero*”. À diferença do que pensava Valéry de seus versos, a ordem jurídica não tem, pura e simplesmente, o sentido que se lhe queira atribuir ou impor. Em cada ato interpretativo, estão presentes, em distintos níveis de densidade, não só os apontados princípios, normas e valores jurídicos, mas, antes, junto à consciência dos operadores do Direito, a tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial, com base em que a exegese faz o sistema falar. Trata-se, portanto, sem prejuízo da regra da poliinterpretabilidade do sistema, de tarefa intrinsecamente dialógica e crítica, em que a comunidade hermenêutica dos juristas culmina ou por sufragar as interpretações mais adequadas ou, então, por desenganar as mais aberrantes.”

intersubjetividade que lhes reveste de significado, no que consiste a defendida noção de unidade e seu sentido axiológico.⁶⁰

Daí expressar ALEXY que a renúncia à compreensão da normatividade dos princípios equivale a uma renúncia à racionalidade.⁶¹ Ainda que as regras codificadas, formuladas à luz da concepção pandectista do Direito Civil, restem inalteradas ainda que reescritas em um “novo” Código, seu conteúdo e significado mudaram, em razão da nova carga axiológica que as alimenta e que alimenta o próprio Direito Civil vigente, de feições e funções diversas das com que se apresentava nos séculos passados.⁶²

Da compreensão da normatividade e do sentido de sistema na acepção renovada da metodologia ora esgrimida, observa-se a razão de ser interna e não externa a alteração do Direito Civil brasileiro. Ou seja, o que ora se coloca não é mera semântica. A reformulação do Direito Privado está para além de sua adaptação às normas superiores, ou de leituras formais do fenômeno da “constitucionalização” do Direito Civil.⁶³

⁶⁰RIBEIRO, J.S., op. cit., p.730: “Esta projecção do direito constitucional no direito civil é um fenômeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa idéia de Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época”.

⁶¹ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona : Gedisa, 1994. p.173.

⁶²RIBEIRO, J.S., op. cit., p.733.

⁶³ALDAZ, Carlos Martínez de Aguirre y. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid : Tecnos, 1991. p.85-86: “*Es preciso, por el contrario, lograr una verdadera actuación de los principios constitucionales a través de las normas civiles, de las que aquéllos vendrían a ser como la guía interna, el criterio inspirador. Es decir, que la Constitución y sus principios no deben influir en el Derecho civil <<desde fuera>> – a la manera en que es externa la luz al libro cuya <<relectura>> se pretende –, sino que debe penetrar en el mismo del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el Derecho civil, constituyéndose en la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles. Así, no es suficiente (aunque muchas veces sea útil y hasta necesario) acudir al artículo 3.1 del Código civil para justificar el recurso a los principios constitucionales, amparándose en uno u otro de los criterios interpretativos ofrecidos por tal precepto. Será preciso, más bien, partir de la consideración de los principios constitucionales como principios generales informadores del ordenamiento jurídico (art. 1.4º del Código civil), vía por la que quedan introducidos ya como elemento interno del Derecho civil, y precisamente con carácter informador; pero, después, será también necesario, según propone GORDILLO, que los principios generales <<pasen a desalliar plenamente su admitida – aunque hoy notablemente atrofiada – virtualidad informadora y fundamentadora del ordenamiento>>.*”

As normas passam a integrar o sistema em um processo de densificação gradual que parte de princípios abstratos até chegar às normas individuais reguladoras dos casos concretos.⁶⁴ O sistema positivo contém como seu elemento mais abstrato valores jurídicos, integrantes do ordenamento e que se encontram na raiz de toda e qualquer norma, senão de modo expreso, ao menos implícito, no processo concretizador da malha jurídica.⁶⁵

A construção de uma nova compreensão jusprivada passa por um anterior processo, que é justamente compreender a densificação dos elementos do sistema em sua interligação e unidade axiológica, pois ele é o embrião da alteração do conteúdo das regras da codificação.

A falta de tal percepção, ainda verificável em diversos nichos da doutrina e dentre operadores do direito, dificulta a operacionalização da norma constitucional, tanto em eficácia vertical como horizontal.⁶⁶ Resulta, assim, o tratamento da matéria atinente ao Direito Civil, correlato ao período codicista ora redivivo, como se à espera da alteração da legislação infraconstitucional, para que a questão social adentre ao

⁶⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra : Almedina, 1993. p.167-169 e 180-183. O referido autor expõe com clareza e didática, sem perda de precisão, a matéria em tela, com respaldo nas conclusões de Dworkin, Larenz e Alexy.

⁶⁵PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região**, Brasília : O Tribunal, v.7, n.4, p.96, 1995: “Em outras palavras, a lei se apresenta tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua resistência, os princípios e os valores, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição. Vale dizer, a unidade só é assegurada por obra do superior gerenciamento teleológico, patrocinado pelos princípios e valores constituintes da ordem jurídica. Vai daí que a idéia de sistema jurídico estava a reclamar conceituação mais abrangente, sob pena de se tornar incapaz de surpreender o fenômeno jurídico em toda a sua dimensão, principalmente na esfera decisória.”

⁶⁶O explicitado é facilmente observável nas linhas do juiz e professor gaúcho Romeu Marques RIBEIRO FILHO (**Das invasões coletivas** : aspectos jurisprudenciais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p.69): “Ora, não se nega se dever do proprietário [sic.], dar à sua propriedade função social. Contudo, questionável é assertiva no sentido de que a sociedade teria – ou tem – o direito de exigir do proprietário o cumprimento de seu dever. Ainda no plano argumentativo, se propriedade inócua é aquela destituída de funcionalidade social, admissível se mostra o posicionamento enquanto tratado em tese, tão somente. Todavia é curial que não compete ao Poder Judiciário, e muito menos a grupos invasores organizados, eleger ou mesmo apontar, qual propriedade está ou não cumprindo sua destinação social. Pois, como visto, tal competência, consoante mandamento constitucional expreso, é exclusivo do Poder Público municipal e da União, conforme o caso”.

mundo do Direito Civil, mantendo-se indiferente à exclusão social em afronta ao sistema jurídico repersonalizado.⁶⁷

Emerge de tal problema concreto a necessidade de retomar a própria teoria da normatividade, em suas diversas dimensões – valores, princípios e regras –, como se segue, a partir do caminho de densificação do sistema jurídico, explicitador da unidade axiológica que o cimenta.

Os valores antecedem o conteúdo normativo principiológico ou regrativo trazendo o ideário axiológico do sistema, de modo vinculante. Eles integram as normas, porém não são normas jurídicas. Para análise, observe-se que a formação do sistema vigente se iniciou pela opção de seus valores de arrimo, no preâmbulo da Constituição, que positivou a solidariedade, o pluralismo, a justiça, a igualdade, a liberdade, entre outros, como valores supremos, na base do princípios estruturante, alimentando-o axiologicamente para dar-lhe sentido objetivo, de racionalidade intersubjetiva.⁶⁸

A simples alteração dos valores que cimentam o sistema influencia o sentido das normas de conteúdo mais concreto, como as que regulam os institutos de direitos reais limitados, pela comunicatividade da cadeia normativa em sua explicitação teleológica asseguradora da unidade axiológica.

O princípio estruturante, enfeixador dos valores constitucionalmente garantidos, densifica-se em princípios fundamentais, que se densificam em princípios

⁶⁷RIBEIRO FILHO, op. cit., p.112: “Ora, os nossos Tribunais [sic.], ordinariamente, além de prestar jurisdição ao caso concreto, terminam por preencher aquelas lacunas sociais, de competência única e exclusiva da Administração, não cumpridas por inconcebível omissão do Estado. É certo que aos olhos da opinião pública, é o Poder Judiciário quem reintegra, mantém ou proíbe. Aqui não se perquire se a Administração cumpre ou não seus deveres constitucionais. Daí ser correta a assertiva de que a paz social jamais poderá ser feita com o sacrifício da ordem jurídica, vez que a exclusão social pode ser fato econômico ou político, mas nunca jurídico, isso na exata medida em que todos se mostram iguais perante a lei”.

⁶⁸Preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bemestar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

gerais, passando-se aos especiais, em seguida aos especialíssimos, que se concretizam em regras, que são ainda concretizadas em normas individuais.

O princípio estruturante é a norma de maior abstração do ordenamento, o qual no sistema vigente se constitui do princípio do Estado Social Democrático de Direito,⁶⁹ diretamente decorrente dos valores positivados e enfeixador da integralidade dos mesmos, que haverão de se especificar no curso da concretização normativa.

Em tal medida, o princípio estruturante é o nascedouro normativo da ordem jurídica e seu sentido concreto somente se revela nas normas de maior densidade; porém, não deve ser perdido de vista na qualidade de alfa do próprio conteúdo normativo do sistema.

Os princípios fundamentais são normas fundantes da ordem jurídica explicitadoras da senda constitucional desveladora da ordem jurídica estruturada.

Nesta seara se observam princípios como dignidade da pessoa humana, acesso a uma ordem jurídica justa, reserva legal, dentre tantos quantos se revelam a partir dos princípios estruturantes.

Os princípios gerais densificam os anteriores, decorrendo dos mesmos a fim de concretizá-los, na gradual perda de abstração. Aqui se observam princípios como liberdade, igualdade, publicidade e inafastabilidade.

Os princípios especiais, no mesmo sentido, explicitam os anteriores para áreas específicas do direito, como é o caso do princípio da anterioridade, transparência, liberdade para contratar, *nulla poena sine praevia legem*, função social da propriedade, garantia da propriedade privada, entre tantos.

Os princípios especialíssimos são, juntamente com os especiais, espécies de cláusulas gerais,⁷⁰ porém de maior densidade, quase na concretude de regras; também voltados para áreas próprias, porém, alcançando as demais, por sua porosidade,

⁶⁹Preâmbulo e *caput* do art. 1.º da CF/88.

⁷⁰LARENZ, **Metodologia...**, p.156.

abstração, multifuncionalidade e forma de incidência. Observam-se na espécie exemplos como vulnerabilidade do consumidor, igualdade entre os cônjuges, garantia à herança, não lesividade da execução, elasticidade e fungibilidade dos recursos.

As regras são as normas de direito positivo (no sentido estrito) de maior concreticidade, regulando condutas, fatos ou atos específicos, de incidência explícita, como formas registrais, capacidade, prazos, recursos, exemplificativamente.

As normas individuais são as disposições jurisprudenciais e contratuais, reguladoras específicas de casos concretos, do que lhes advém a condição de fonte formal e material de direito.

Do ora verificado, compreende-se a noção de unidade axiológica do sistema jurídico, visto que as normas ganham seu esclarecimento umas nas outras, de modo que o todo é maior que a soma das partes, inviabilizando a compreensão do sistema em fatias, por implicar redução do próprio ordenamento a uma ou a um grupo de normas cuja própria apreensão restaria deficitária.⁷¹

Exemplo do ora explicitado, toma-se as regras acerca do adimplemento no Código Civil, concretizadoras do princípio da obrigatoriedade dos contratos, densificante do princípio da autonomia de vontade, que decorre do princípio da liberdade, que é concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, sem o devido resguardo, arranharia a própria noção de Estado Social constitucionalmente assegurada e vinculante. Não obstante, o mesmo dispositivo do Código resta alimentado pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, densificador da isonomia contratual, concretizador do princípio da igualdade, que também densifica o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷¹PASQUALINI, Sobre a interpretação..., p.96: “Sem descuidar da valiosa e indispensável busca de <<coerência lógica mínima do ordenamento>>, chama a atenção para o fato de que tal exigência de unidade jamais será lograda apenas no patamar formal, uma vez que, na origem mais remota do Direito, estão presentes princípios e valores jurídicos potencialmente contraditórios. Isso importa em afirmar-se optar por outra formulação – que o Direito, com asas de cera do formalismo dedutivista, nunca atingirá coerência sem comprometer, ato contínuo, sua eficácia e legitimidade substanciais.”

Portanto, o sistema somente ganha sentido teleológico, na incidência tópica, conforme os valores emergentes do caso concreto, poderá o princípio da vulnerabilidade relativizar o da obrigatoriedade dos contratos, com vistas à revisão do pacto, em caso de constatação de desequilíbrio.

Os princípios se constituem mutuamente, só havendo liberdade material em existindo igualdade material, pois nenhum desses existirá na falta da dignidade da pessoa humana e essa, por sua vez, não existirá na falta de qualquer deles, cumprindo a hierarquização axiológica dos princípios concretizadores, em eventual conflito, sem sua anulação.⁷² “O pensamento jurídico contemporâneo reconhece a importância dos princípios que, após se articularem com as normas de diferentes tipos e características, passam a ser um fecho que ilumina a compreensão das normas jurídicas concretas”.⁷³

Compreendido o sentido de normatividade dos elementos necessariamente substanciais e interligados do ordenamento, não só formal, mas principalmente, materialmente apanhados, desde já isso deságua na negativa da concepção da dogmática clássica da civilística.⁷⁴

Os conceitos não devem aprisionar o intérprete, porque hão de emergir do sistema enquanto significantes que ganham sentido nos casos concretos, axiologicamente

⁷²FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo : Malheiros, 1997. p.50.

⁷³LUPION, Ricardo. A força obrigatória dos contratos *versus* a revisão judicial por onerosidade excessiva. **Direito & Justiça**, Porto Alegre : EDIPUCRS, v.20, p.284, 1999.

⁷⁴PASQUALINI, Sobre a interpretação..., p.98: “Tal conceito de sistema jurídico induz simétrico alargamento no de interpretação sistemática. No campo do Direito, como em qualquer âmbito do conhecimento, nenhuma mudança se deixa isolar: tudo repercute em tudo. Uma vez assinalada a natureza aberta, axiológica e hierarquizada do sistema jurídico – formatado não somente por normas, mas, com primazia, por valores e princípios jurídicos –, parece imperioso estender iguais características à interpretação sistemática. Donde resulta – destacando a insuperável precisão do nosso autor – que <<interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro>>, pois <<qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico>>. Se o Direito é, em essência, sistema axiológico, sistemático-axiológica deverá ser a sua exegese. Para conhecer o alcance da lei, convém indagar o alcance teleológico do próprio sistema. É por essa razão que <<não se pode considerar a interpretação sistemática, [...], como um processo, dentre outros, da interpretação jurídica. [...] Neste sentido, é de se afirmar, [...], que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”.

compreendidos à luz dos valores implícita ou explicitamente apreendidos na malha jurídica, instrumentalmente apanhada.

A inversão imposta por uma Jurisprudência dos Conceitos faz com que se submeta a norma ao conceito na sua aplicação, retirando a possibilidade do intérprete de adequação justa e equalizadora das normas ao caso concreto, ou seja, dos valores que emergem da sociedade.

Tal noção de unidade, no patamar material, implica na apregoada “constitucionalização” do Direito Civil, posto desaconselhável proceder a leitura do Código sem antever a precedência regulativa constitucional, como esteio axiológico normativo do sistema, em prol de sua coerência intersubjetiva ou, como explicita PERLINGIERI, a “solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”.⁷⁵

As regras codificadas somente ganham sentido, *ratio*, no todo, alimentadas pelos princípios e valores que densificam, de modo que uma alteração principiológica no sistema pode implicar um sentido completamente diferente a uma mesma regra. Observa-se, assim, que os conceitos derivam do respectivo sistema dentro do qual se interpreta e não o contrário, como opera a Escola da Exegese.⁷⁶

Também, em face do concurso valorativo entre princípios em eventual concorrência conflitiva em dados casos concretos, a relativização destes pode implicar resoluções diversas para casos distintos, em razão dos valores que personificam os fatos aos quais o Direito deverá responder.

⁷⁵PERLINGIERI, op. cit., p.5.

⁷⁶LARENZ, **Metodologia...**, p.21: “Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma <<pirâmide de conceitos>>, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma <<Jurisprudência dos conceitos formal>>”.

Cumpra ao operador do Direito contemporâneo, diferentemente dos seus ancestrais clássicos, mais que o domínio de regras e conceitos, essencialmente o dos princípios e de suas hierarquizações axiológicas.⁷⁷ Com esse fim, há que vislumbrar as respectivas formas de incidência e normatividade, para avançar rumo à compreensão da nova fisionomia do Direito Civil. O sistema, no âmbito normativo, é composto por princípios em inúmeros graus de densificação (variáveis de sistema para sistema) que são normas em face de sua vinculatividade aos sujeitos destinatários do ordenamento.

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema, que o horizonte da principiologia abre para o operador do direito. Trata-se de uma ruptura com o dogmatismo sem cair no ceticismo, pela recusa do objetivismo e subjetivismo, na perseguição da interpretação mais adequada ao caso concreto, ditada pelos valores do sistema, teleologicamente alinhados.⁷⁸

O sentido diferido para as espécies de normas, princípios e regras, não é somente semântico. Sem prejuízo algum de sua jurisdição, regras e princípios possuem

⁷⁷ALEXI, op. cit., p.173: “*Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa*”.

⁷⁸FREITAS, Juarez, **A substancial...**, p.21: “Destarte, diante do problema máximo da aplicação jurídica – a lei injusta – cabe ao decisor, mesmo porque a lógica jurídica não é uma lógica formal ou abstrata, realizar uma interpretação teleológica ou finalística, recorrendo, primordialmente, aos princípios gerais do Direito e aos princípios fundamentais da Constituição, que estão, ou deveriam estar, na base e simultaneamente no topo do sistema jurídico. Tal procedimento faz com que o julgador, sem sucumbir a decisões *contra legem*, graças a lógica dialética, possa buscar e descobrir, por intuição, o justo no caso concreto e, somente após, buscar amparo e fundamentação legal à pretendida decisão justa, eventualmente desconsiderando a abstratividade que negue a justiça dos princípios gerais, que devem ser postos na hierarquia jurídico-positiva, de modo mais genérico, a permitir que se confira ao juiz, mais do que ao legislador, diante do caso, a aplicação adequada do melhor Direito. Neste sentido as leis devem passar a ser vistas como critérios gerais, por mais minudentes que sejam, tendo em vista o escopo de evitar a abstração do julgamento, bem como qualquer servilismo – nunca abstrato, aliás – à vontade do legislador, que é inconciliável com a noção de autonomia ética do juiz, sem a qual sua independência seria fictícia. Dito de outra maneira, o Poder Judiciário é – e deve ser – criador, sob pena de servir apenas ao Estado formal do Direito, sem servir, como deve, ao Estado democrático, por apego à exegese tradicional, a qual produz o contrário do que se busca.

incidência normativa diferente. A distinção entre regras e princípios é distinção entre espécies de normas, salientando-se, ainda, que os princípios são superiores às regras.⁷⁹

Tal superioridade se explica pelo fato de que os princípios podem permanecer contidos em nosso sistema, mesmo em conflito, cabendo, tão-somente, nestes casos, ao intérprete hierarquizá-los axiologicamente.⁸⁰ As regras, em razão de sua concreticidade, não podem permanecer em conflito, devendo aquela que se oponha ao sistema ser expurgada do ordenamento, sob pena de colocarem-no em contradição.

Os princípios, além do caráter normativo, porém de modo não menos vinculante, são perante o sistema, informativos – por traduzirem maior conteúdo axiológico, ante sua abstração, dando o sentido das regras que os densificam –, cabendo sempre ao operador do Direito interpretar ou aplicar as regras à luz dos princípios. Ou seja, ao interpretar uma regra deve-se fazê-lo, em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema, na resolução dos casos concretos.

E sempre que se interpreta uma regra, precisa-se dos princípios, para dar-lhe o sentido, a otimização e a forma de aplicação, ou mesmo, de incidência. A recíproca não é verdadeira.

Um sistema “fechado” e “completo”, formado exclusivamente por regras, como os clássicos objetivaram, além da regulação restrita, mostra-se antropofágico por sua rápida inadequação social, que conduz à inaplicabilidade à luz da instrumentalidade que deve guardar o Direito. É francamente indesejável um sistema dessa espécie no cenário jurídico atual.⁸¹

⁷⁹PASQUALINI, Sobre a interpretação..., p.97.

⁸⁰Sobre hierarquização axiológica, Juarez FREITAS, **A interpretação...**, p.80: “O princípio da hierarquização axiológica é uma meta-regra, um operador deôntico que ocupa o topo do sistema jurídico. Em face de sua natureza de metaprincípio, aspira a universalização sem se contradizer, e se formula, expressa ou implicitamente, do modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando os demais princípios, assim como as normas e valores. Trata-se de lei ou dever-ser que é somente predicado e que veda as contradições, embora tolere o atrito dos opostos ou contrários concretos”.

⁸¹PASQUALINI, Sobre a interpretação..., p.96-97: “Ademais, é preciso notar que o Direito, ao contrário do que faz supor o pensamento dedutivo-normativista, não se apresenta – nem poderia se apresentar –

Na dicção de Karl LARENZ,⁸² os princípios transmitem a idéia de Direito, do que é certo, correto, diferentemente das regras, meras reguladoras de conduta. Nessa mesma esteira, DWORKIN⁸³ refere serem *standards* juridicamente vinculantes ao intérprete.

Como exposto por ambos juristas, o princípio afastaria eventual subjetivismo do intérprete, ao obrar em interpretação. Vincula-o não a sua idéia do que é ou não correto e sim à do sistema, pelo seu conteúdo axiológico, não característico das regras. Os princípios traduziriam a *ratio iuris* do ordenamento jurídico,⁸⁴ o que não implica dogmatismo ou conceitualismo e sim referenciais axiológicos do sistema, evitando possíveis arbítrios do intérprete, sem afastar-lhe a possibilidade de conformação tópica do Direito.

De outra banda, as regras podem vir a ter caráter meramente funcional, mesmo sendo também vinculantes. Uma regra poderá ter uma função única e exclusivamente administrativa, voltada tão-somente para um órgão da administração. Isso não ocorre com os princípios, que sempre, gize-se, terão um sentido jurídico, exatamente por sua proximidade da idéia de direito, em seu sentido ideal e valorativo.

Tome-se como exemplo do exposto o princípio da economicidade (norma de conteúdo implícito disperso no texto da CF/88). Tal princípio, voltado prioritariamente para a administração pública, vincula-se à idéia de Direito, do que é correto, certo, no sentido que o dinheiro do contribuinte não deve ser malbaratado em gastos públicos inúteis. E mais, o conteúdo de tal princípio (os valores nele residentes), está difuso

como um sistema fechado e completo. Não é fechado porque aberto à mobilidade (*Wilburg*) e à indeterminação dos conceitos jurídicos (*Engisch*); não é completo porquanto <<*as contradições e lacunas acompanham as normas à feição de sombras...*>>. Trata-se, por conseguinte, de uma unidade axiológica bastante peculiar: subsiste através do conflito e da indeterminação. Se, de um lado, é limite, de outro, é abertura. Por isso, longe de obstaculizar, tal natureza assume, no seio do sistema, a condição de um de seus pressupostos lógicos, eis que, abolindo a arbitrária dicotomia entre <<interno>> e <<externo>>, assegura, em face do caso concreto e, principalmente, sem recorrer ao moroso legislativo, sua espontânea e natural modernização.”

⁸²LARENZ, **Metodologia...**, p.218 e 404.

⁸³DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Madrid : Ariel Derecho, 1985. p.54.

⁸⁴CANARIS, op. cit., p.77.

pelo ordenamento alcançando todo o sistema jurídico. Tal princípio, em âmbito de direito processual civil, aplica-se em sede de citação, por exemplo.

As regras têm como uma de suas funções intrínsecas a densificação dos princípios, dentro do sistema, residindo aí a natureza normogênica destes últimos; e, reafirmando uma superioridade dos princípios sobre as regras, é juridicamente indevido que uma regra possa contrariar um princípio, devendo, ao contrário, ser lida à luz dos princípios que concretiza.

Vislumbra-se uma multifuncionalidade nos princípios, que não é visível nas regras. Dos princípios, decorre a *ratio legis*, de uma disposição legal, traduzindo os valores compreendidos no sistema, de forma integradora e sistemática, de modo a viabilizar uma congruência sistemática à interpretação, capacitando-a à compreensão da *ratio iuris* do ordenamento como um todo, nos casos concretos.

Os princípios podem revelar ao intérprete normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, à medida que estiverem implícitas neste ou no sistema inteiro (implícita ou explicitamente), de modo a possibilitar ao intérprete desenvolver, integrar e complementar o direito (colmatando lacunas).

O sistema, portanto, é sempre completável, na mesma medida em que é incompleto, cumprindo aos princípios o parâmetro valorativo de integração na colmatação de lacunas.

Por último, igualmente as regras são os princípios, normas de clara exigibilidade e incidência, sendo, portanto, qualitativamente diferentes das regras. Tais diferenças qualitativas são várias, devendo ser analisadas.

Os princípios são normas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concreticidade, conforme os condicionantes fáticos e jurídicos que os envolvem e vinculam o intérprete. Tais condicionantes decorrem do caso concreto ou da hipótese concretizante, e devem ser observadas pelo mesmo.

Os princípios regulam não apenas no plano da validade como também no da valoração,⁸⁵ estando sempre presentes, uma vez que informam positiva e negativamente os indivíduos.

Já as regras são *applicable in all-or-nothing fashion*, no dizer de Ronald DWORKIN,⁸⁶ prescrevendo, de forma imperativa, uma exigência (impõem, permitem ou proíbem), que poderá ou não ser cumprida.

A regra da *exceptio non adimplenti contractus* do Código dispõe que, nos contratos bilaterais, o contratante inadimplente não pode exigir adimplemento do outro. Ao que adimpliu, tal norma não incide, por não implementada sua prescrição (inadimplemento). Noutra sentença orienta-se o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, que informa materialmente a conduta de todo e qualquer indivíduo a todo instante.

As cláusulas gerais são princípios e estão presentes em todos os contratos e condutas (por exemplo), independente de sua previsão, justamente por sua natureza normativa principiológica. Portanto, apesar de visões em sentido distinto, ou opera-se com as denominadas cláusulas gerais como princípios, ou retorna-se ao final do Século XIX, para aplaudir o Projeto IV do BGB, que introduziu esta figura, à qual a jurisprudência alemã levou 50 anos, por exemplo, para dizer o sentido do que era boa-fé.

Na prática, o operador contemporâneo opera em distinto paradigma. O princípio da não lesividade informa materialmente a conduta dos contratantes, de modo que se pode apreender objetivamente quando um deles procede à conduta antijurídica ao ofendê-lo, com conseqüências diretas na relação jurídica em tela, que podem ir desde a revisão do pacto até sua desvinculação rescisória integral.

⁸⁵CANOTILHO, op. cit., p.168.

⁸⁶DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p.272.

Nessa medida, para que se integre ao discurso contemporâneo, é admissível que se diga que todos os princípios são cláusulas gerais, indisponíveis, ao contrário das regras, informando materialmente os indivíduos, em todos os seus atos, positiva e negativamente. Um indivíduo que tenha uma conduta ofensiva a um princípio não precisa incidir em uma regra para que a mesma seja antijurídica.

Observe-se o exposto, quando, em sede de contratos, o sujeito pactua negócio acerca de propriedade imobiliária, que resultará em nocivo impacto ambiental, a afrontar, entre outros, o princípio da função social. Em que pese sua conduta contratual encontrar esteio nas regras do ordenamento, o negócio guarda antijuridicidade, cumprindo seja revisto.

É de fácil apreensão que os princípios veiculam interesse, mais que transindividual, coletivo ou difuso, trazendo a intersubjetividade necessária a vitalização axiológica da malha jurídica. Também implicam a clara noção da unidade, em que a razão do elemento deverá se alinhar à razão do todo.

O princípio da boa-fé, identificável pela moderna teoria clássica como um dos suportes da ordem contratual,⁸⁷ não se enclausura em tal disciplina. Explicitando: se um sujeito, mediante conduta fraudulenta contrai duas núpcias, tal atitude jamais poderá se reverter em seu benefício, na resolução das lides que se formem, sob pena de privilegiar-se a conduta de má-fé, em que o indivíduo se valha de sua torpeza para auferir quaisquer vantagens para si, porém tampouco poderá prejudicar as respectivas consortes.

Da natureza normogênica dos princípios, pode-se abstrair os valores integrantes do sistema, denotando a *ratio iuris*, de todo o sistema ou a *ratio legis* de um dispositivo ou conjunto de dispositivos, revelando, ainda, normas que sequer são expressas por qualquer enunciado legislativo (princípios intrínsecos), de modo a

⁸⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 6.ed. São Paulo : RT, 1997. p.116.

possibilitar o desenvolvimento, integração e complementação do Direito, segundo a lição de CANOTILHO.⁸⁸

Gize-se, não deve o operador se afastar da idéia da normatividade dos princípios. São estes, também, tal como as regras, normas de conduta, plenamente exigíveis, porém vão muito além disso.

Os princípios contrários coexistirão no sistema, mesmo quando se chocam. As regras, ao contrário, excluem-se. Pelo exposto, classifica-se a convivência dos princípios conflitual, e tal conflito se resolve por meio da hierarquização axiológica.

A concepção principiológica do Direito Civil dá margem à revisão dos estatutos clássicos do Direito Civil, repondo o ser humano, e seu ambiente sustentável, no patamar de entes de máxima relevância ao ordenamento jurídico. Com isto se impõe uma releitura cabal das instituições de Direito Privado, ainda arcaicas em face do conservadorismo da dogmática reinante, de caráter patrimonialista.

A operação com princípios, em sua porosidade, multifuncionalidade e axiologismo, de modo científico e apegado à realidade, independente da alteração legislativa codicista (que não se trata de solução para os problemas do direito privado contemporâneo), revela um “novo” Direito Civil, em grande parte ausente dos manuais.

Se o sistema é uno, e as normas se explicitam no caminho de densificação existente, uma encontrando sentido na outra, a alteração de qualquer princípio na teia normativa implica reflexo em todo seu conteúdo.

O Código, como qualquer conjunto de regras, deve ser analisado como via concretizadora dos princípios aos quais densifica. Resulta antijurídica a análise das regras de Direito Civil sem ter em mente princípios que as antecedem e lhes dão carga axiológica. Pensar o contrário significa identificar o Direito a um conjunto de regras, ou mesmo, como se observou no auge do liberalismo, o Direito Civil ao Código Civil.⁸⁹

⁸⁸CANOTILHO, op. cit., p.167.

⁸⁹TEPEDINO, M.C.B.M. A caminho..., p.22.

O conteúdo principiológico que desenha o Estado democrático brasileiro, em face da alteração da moldura constitucional, traz sentido completamente distinto às regras do Código, considerando os valores que inspiraram os princípios que o conformaram.⁹⁰

A positivação de um Estado Social⁹¹ em substituição a um Estado Liberal, desde o sentido das normas infraconstitucionais remanescentes até o movimento impulsionador de intervenção do Estado nas relações interprivadas⁹², como fator exógeno do respectivo sistema jurídico, resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento.⁹³

A espiral interrogativa e crítica a que a metodologia remete, conduz, em certo grau, a uma ruptura com a dogmática, reconcebendo a complexidade pela

⁹⁰GOMES, O., **Raízes históricas...**, p.42 – 43: “[...] Aquela aparência de civilização, brilhantemente ostentada em meia dúzia de capitais, especialmente na federal, contrastava de modo chocante, com o atraso geral, em que permaneciam, principalmente, as populações do campo. Como a economia do país estava baseada na exploração da terra por processos primários e dependia do mercado externo, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador como exportador, tinha interesse vital na conservação desse sistema. Dêsse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – a burguesia agrária e a burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência de seus privilégios econômicos e de sua ascendência social no meio em que vivia. Por esse interesse fundamental explicam-se suas inclinações ideológicas. Para defendê-lo encontram no liberalismo econômico sua mais adequada racionalização. Os expoentes da intelectualidade brasileira de então, situados na classe média, inspiravam-se, por isso mesmo, no pensamento e nas formas políticas de povos mais adiantados, transplantando para o nosso solo instituições alienígenas, que nessas regiões começavam a murchar. O desenvolvimento das metrópoles, então dependente da atividade econômica da burguesia mercantil, interessava fundamentalmente às classes médias, e, de modo particular, à elite intelectual.”

⁹¹Arts. 1.º e 3.º da CF/88.

⁹²RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.5-6: “Nos códigos civis típicos do século XIX, o ser humano, personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade tem a capacidade de se obrigar. No entanto, considerando-se o modelo de produção capitalista vigente, o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, restando, à maioria da população, como direito único, o de obrigar-se, vendendo sua força de trabalho. Qual seja: preocupado com eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período absolutista monárquico, o Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo. Como não poderia deixar de ser, no Brasil esta incoerência, não assumida pela codificação, contribuiu para as desigualdades e exclusão social da porção mais considerável do povo.”

⁹³No mesmo sentido, observa-se Konrad HESSE, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre : Fabris, 1998. p.161-162.

intercomunicação dos elementos do sistema, pelo viés da intersubjetividade. Publiciza-se o privado, na interação principiológica dos elementos do ordenamento, identificando-se o que pode apresentar-se como um ponto de partida para análise da “repersonalização” do Direito Civil.

Nada de novo no horizonte. O rei está nu. Novo é o modo de ver àquilo que histórica e sociologicamente se põe. Inaugura, porém, uma nova possibilidade de diálogo entre sistema, discurso e caos. {...} Cai o pano. {.} Fim do primeiro ato.

Publicado no dia 22/06/2013

Recebido no dia 10/06/2013

Aprovado no dia 13/06/2013