

AS CLÁUSULAS GERAIS, UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-CONSTRUTIVA DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO

GENERAL PROVISIONS AS, AN HISTORICAL PERSPECTIVE-CONSTRUCTION OF PRIVATE LAW TODAY

*Ricardo Cavedon*¹

SUMÁRIO

I – Introdução. II – Premissas metodológicas. A evolução da ciência jurídica e adoção do seu caráter de sistema. III – O início da problematização. Limitação do dogma da subsunção e possível interpretação evolucionista na colmatação dos conceitos legais indeterminados. IV – A ruptura das codificações. O declínio das aspirações burguesas, e a ascensão das pautas axiológicas constitucionais. Neoconstitucionalismo e Neopositivismo. A nova hermenêutica e as cláusulas gerais. V - As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Uma conceitualização possível. Limitação ou insuficiência. VI – Conclusão. VII - Referências Bibliográficas.

RESUMO

Com ênfase na Teoria Geral do Direito privado, analisar-se-á a história do pensamento jurídico e as primeiras previsões de cláusulas gerais nas codificações oitocentistas, para só então traçar um paralelo com o que a doutrina contemporânea vem entendendo por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, cabendo posteriormente a análise de como estes conceitos jurídicos se expressam no atual direito civil-constitucional.

Buscar-se-a neste trabalho construir uma perspectiva histórico-filosófica acerca da lenta e gradual evolução porque passou a “ciência” jurídica, na medida em que superou o dogmatismo positivista, e, com a relativização do dogma da subsunção, abarcou os conceitos vagos e os princípios jurídicos como método de estruturação e valoração da ciência do direito.

Diante a análise do fenômeno de colmatação que a atividade interpretativa, assentada nos valores imanentes da ordem jurídica, impõe aos conceitos estruturantes do ordenamento (conceitos vagos e princípios jurídicos), procurar-se-á demonstrar que a “ciência” jurídica não

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial e Bacharel pela mesma Instituição. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Assessor jurídico de Desembargador no TJPR desde 2007. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5682648172792984>. E-mail: rcavedon@pop.com.br.

é estática, merecendo vislumbre tal como um fenômeno vivo que se retroalimenta de suas próprias produções, que evolui com o tempo, agrega valores e imanta princípios, os quais podem ser vistos como estruturas que a sustentam, assim, melhor conectando a concretude social com a abstração do direito.

O presente trabalho buscará traçar uma análise histórica da construção da ciência jurídica até alçar vertente de sistema aberto, incorporando conceitos vagos os quais dependem de colmatação valorativa por parte do intérprete aplicador da norma jurídica.

SUMMARY

With emphasis on the General Theory of Private Law, will examine the history of legal thought and the first predictions of general clauses in encodings nineteenth century, only to then draw a parallel with what the doctrine is understood by contemporary standard terms and concepts undetermined , falling further analysis of how these legal concepts are expressed in current civil and constitutional.

Search it up in this work to build a historical-philosophical about the slow and gradual evolution happened because the "science" legal, as it overcame the positivistic dogmatism, and, with the relativization of the dogma of subsumption, encompassed vague concepts and legal principles as a method of structuring and valuation of the science of law.

Given the analysis of the phenomenon of clogging the interpretative activity, grounded in the values of immanent law, imposes structural concepts of spatial (vague concepts and legal principles), will seek to demonstrate that the "science" law is not static, deserving glimpse such as a live phenomenon that feeds back of his own productions, which evolves over time, adds value and magnetizes principles, which can be seen as structures that sustain thus better connecting the social concreteness and abstraction of the right .

This paper aims to draw a historical analysis of the construction of legal science to boost strand open system, incorporating vague concepts which depend on evaluative clogging applicator by the interpreter of the legal norm.

PALAVRAS CHAVES

Cláusulas Gerais; Conceitos Jurídicos Indeterminados; Colmatação Valorativa; Codificações; Nova Hermenêutica; Neoconstitucionalismo; Neopositivismo; Interpretação Evolucionista; Integração Valorativa.

KEYWORDS

General Provisions; Legal Concepts undetermined; clogging evaluative; encodings; New Hermeneutics; Neoconstitutionalism; Neopositivism; Evolutionary; Integration valuation.

I – INTRODUÇÃO.

A experiência jurídica nos limiares da época clássica foi muito mais ligada à prática do que a uma preocupação de construção sistemática. O então chamado direito das gentes, oriundo do *ius civiles*, direito aplicado unicamente aos cidadãos romanos, com as invasões bárbaras, e a notória influência da filosofia estóica, foi-se aos poucos se alargando durante quase um milênio numa fusão entre usos e costumes dos povos germânicos, constituindo a expressão do que hoje chamamos de direito natural, um direito originário da natureza do homem. O saber jurídico da época, até pela influência aristotélica, resumia-se até então a uma atividade eminentemente “prudencial”, baseada na arte da contradição.

Foi somente na Idade Média, principalmente com o movimento renascentista, que o caráter sistemático do direito começou a se aflorar.²

Com o surgimento das universidades, e tendo em base o ideário iluminista, o movimento jusracionalista (direito natural fundado na autoridade da razão) erigiu campo na ciência jurídica, dando seus primeiros passos em busca de uma sistematização. Sua maior contribuição foi exatamente a noção do caráter de sistema.³

Construído ao longo de dois milênios, o direito oriundo da razão também contribuiu para desvincular a ciência jurídica dos dogmas religiosos, abrindo caminho na linha da história para o vindouro movimento das codificações, cujo maior esplendor foi o monumento das ordenações civis francesas – o código napoleônico.

O jusracionalismo, ao mesmo tempo em que contribuiu para o movimento das codificações, concedeu ainda um fundamental alicerce para o formalismo jurídico do século

² Pode-se citar no *medievo* a interpretação literal do *corpus juris civiles* (compilação de textos e leis escritas realizada pelo imperador romano Justiniano) realizada pelo movimento dos glosadores e pós-glosadores (comentadores e humanistas), que viam os textos do *corpus* como a única fonte de interpretação do direito então existente. A técnica que utilizavam era unicamente gramatical, literária, e exprimia dos textos escritos um sentido unívoco e gramatical. As glosas, nesse sentido, eram os comentários a estes textos.

³ Nesse sentido: WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, p. 665.

XIX. Foi notória a influência e repercussão do direito racional na ciência jurídica. Com os seus ideais lançados em textos escritos, amplamente estruturados numa perspectiva sistemática, o jusracionalismo abriu campo para a doutrina positivista.

O direito positivo, contudo, quando totalmente integrado em textos escritos, passou a refutar por completo os princípios e valores que detinha por origem, era a expressão do legalismo jurídico. Liberto dos juízos de valores extra *legem*, sem poder lutar contra o jugo da lei positiva, reflexo de sua própria racionalidade, a ciência jurídica baseada na razão, ao mesmo tempo em que teve seu ápice, conheceu também sua destruição.⁴ O direito natural foi relegado, então, a mero fator ocasional da história, com o positivismo legalista do século XIX passando a resolver o problema da justiça na questão da validade da lei positiva.

A teoria da subsunção (cujo raciocínio básico é a extração de uma conclusão lógica silogística, utilizando-se a confrontação de uma previsão legal casuística com um caso concreto) passou a dominar o método de interpretação e aplicação do direito. A idéia de que as regras jurídicas eram extraídas de uma norma superior da hierarquia e dali deduzidas, não se podendo questionar a justiça desta dedução em razão de ser a lei válida (e presumidamente justa) na hierarquia das fontes, foi o cerne proficiente que necessitava a ciência jurídica positivista para alcançar a centralidade e univocidade de aceitação por parte dos estudiosos da época.⁵

Eis porque a ciência jurídica assumiu aí, definitivamente, o caráter de sistema fechado, tendo-se expressado nesta época por requintados processos lógicos e em essência herméticos.

Somente o final do século XIX e primeira metade do século XX marcaram a ruptura metodológica caracterizada pela limitação do método subsuntivo, diante de seu inegável reducionismo.

⁴ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso: “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representam, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22/23.

⁵ As lacunas (aparentes) deveriam sofrer “uma correção no ato interpretativo, não pela criação de nova lei especial, mas pela redução de um caso dado à lei superior na hierarquia. Isto significava que as leis de maior amplitude genérica continham, logicamente, as outras, na totalidade do sistema”. Mediante o “estabelecimento de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica”, e de uma “premissa menor, que expressaria o caso concreto”, exsurgiria de um raciocínio lógico subsuntivo a manifestação de um juízo concreto ou decisão, sem haver valorações e muito menos criação pelo intérprete. (cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 33).

Com as mutações sociais engendradas pela primeira grande guerra, os Juízes se viram perante a árdua tarefa de ajustar o direito legal ao novo modelo social, emergindo daí um direito *praeter* (quando em confronto com suas próprias lacunas) ou mesmo *contra legen* (quando em confronto com os novos valores e princípios que vinham surgindo).⁶

Na expressão de Franz Wiecker, a teoria que se construiu a partir de então foi denominada de “achamento da solução jurídica” (*Rechtsfindung*), segundo a qual, a cada norma legal “*subjazeria um acto de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorizações possíveis dos interesses opostos das partes em conflito*”.⁷ Foi a expressão do movimento então denominado de jurisprudência dos interesses.

Larenz classificou o movimento como uma espécie de reação ao método exegético de interpretação da lei, predominante no século XIX, questionando o reducionismo do método subsuntivo e suas limitações.⁸

Paralelamente, verificou-se movimentos que buscavam a desvinculação total do juiz de regras predeterminadas de julgamento, como o naturalismo jurídico e a jurisprudência teleológica.

Também a técnica legislativa alterou-se substantivamente.

Ao legislador não mais era possível antever todos os inúmeros conflitos, necessidades e interesses, do multifacetado meio social. O casuísmo legislativo, que previamente define casos específicos para regulação legislativa, próprio do legalismo jurídico, foi aos poucos se tornando insuficiente.

Com a superação do mito de completude das codificações, e a superveniência de um número cada vez maior de legislações extravagantes, destinadas a regular os novos institutos surgidos com a evolução econômica e social,⁹ ia-se formando um “direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil”,¹⁰ e essas novas previsões nem sempre

⁶ Ver WIECKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 665.

⁷ WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, op. cit., p. 666.

⁸ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição. Trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997, p. 63-82.

⁹ Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: “A crise das visões totalizadoras fez explodir todo o texto unificado. Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros. No plano individual, o legislador depara-se com problemas. Se tivéssemos que tomar uma decisão legislativa sobre temas polêmicos, seríamos obrigados a fazer uma lei para cada um desses indivíduos. (...) O problema das denominadas ‘leis promocionais’, que subsidiam algumas atividades específicas, produziu uma fragmentação de direitos e privilégios, que, por sua vez, provoca novas pressões setoriais, para obter equiparação com o que foi alcançado por outro grupo ou superá-lo.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 1998, p. 53-54).

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 06.

encontravam abrigo certo e definido em textos previamente antevistos pela técnica da subsunção.

Assim, ante a fragmentariedade dos interesses sociais, o legislador via-se cada vez mais obrigado a estabelecer legislações abertas, vagas, utilizando-se de cláusulas gerais, as quais necessitavam de colmatação valorativa para preenchimento de suas hipóteses, e conseqüências do caso concreto.

Passou-se a exigir, cada vez mais, do intérprete/aplicador da lei uma maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais, no preenchimento do caso concreto.

A incorporação definitiva de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, necessários para manter a integridade lógica e construir um sistema baseado em alicerces fortes capazes de permear as exigências agora de um sistema axiologicamente aberto, fizeram-se cada vez mais presentes na realidade jurídica do direito a partir da segunda metade do século XX.

O pós-positivismo, o neoconstitucionalismo, e a principiologia são expressões que procuram transmutar o sistema fechado do positivismo em algo permeável, perene e mutável às exigências da complexidade social.

A ciência jurídica passou a se estruturar em normativas dependentes de valorações. O intérprete não somente valora a hipótese, como cria a conseqüência, ou cria a hipótese e valora a conseqüência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas, as quais nem sempre se encontram abstratamente previstas. Daí que surgem os chamados conceitos vagos, abertos, discricionários, e, especificamente, as cláusulas gerais.

A proposta do presente trabalho é delinear o paradigma das cláusulas gerais, que ora passam efetivamente a sobrelevar importância na estruturação do sistema, necessitando de premissas axiológicas que circunscrevam o denominado *reenvio* efetivado com o intérprete¹¹, para os quais os valores constitucionais (solidariedade, dignidade, estado democrático, etc.) e os direitos fundamentais são invocados, juntamente com as teorias que concedem eficácia horizontal a estes direitos.

Ao final, tentar-se-á expor algumas situações na atual codificação civil que remetem o intérprete à valorações outras (extra-sistemáticas) e são vetorizadas pela fonte da jurisprudência e da doutrina.

¹¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 274

II - PREMISSAS METODOLÓGICAS – A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA E A ADOÇÃO DE SEU CARÁTER DE SISTEMA.

É certo que no período da *práxis* romana houve inúmeras tentativas para dar cientificidade ao direito. Entretanto, uma das peculiaridades da ciência jurídica clássica encontrava-se justamente na sua ausência de cientificidade, em razão de seu caráter essencialmente dialético, cuja racionalidade a levava tipicamente para um saber eminentemente “prudencial”.¹²

Por certo, os romanos a partir de suas conquistas recolheram muito da experiência de outros povos antigos. Demoraram, contudo, séculos para realizar a compilação de todo o seu legado de modo completo e penetrante. Desde o século IV o império teria se dividido definitivamente, ficando, de um lado, o império do ocidente, com sede em Roma, e de outro, o império do oriente, com sede em Constantinopla.

A queda de Roma, por volta do ano de 476, simbolizou o fim do império ocidental (e o início da Idade Média), período caracterizado pela invasão e o estabelecimento de uma série de reinos germânicos no ocidente.¹³ Durante muito tempo na Idade Média, com a derrocada das velhas instituições da antiguidade, e a influência crescente dos povos germânicos, os quais conservavam seu próprio direito consuetudinário, o direito romano manteve-se “reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o direito romano vulgar”.¹⁴

O império romano do oriente, contudo, resistiu por muito tempo, tendo seu termo somente com a queda de Constantinopla em 1453 (o que marca o início da Idade Moderna). E foi lá que as compilações de Justiniano (†565), materializadas pelo *Corpus iuris civilis*, segundo Caenegem, expressaram “um dos mais célebres projetos legislativos da História (...) o resultado final de dez séculos de evolução jurídica”. O *Corpus iuris civilis* assumiria o papel de “mensagem para os juristas futuros”, expressando a compilação de uma “seleção substancial das obras de juristas clássicos e da legislação imperial.”¹⁵

Na Alta Idade Média o mundo romano, notadamente com as invasões bárbaras, foi largamente alcançado por culturas diversas. Este período caracterizou-se eminentemente por uma sociedade arcaica, feudal e agrária. Importantes progressos ocorreram no curso dessa transformação do Ocidente, marcados pelo desenvolvimento do mercado e do comércio, pela

¹² Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008, p. 21.

¹³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado: op. cit., p. 09-10.

¹⁴ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 25-6.

¹⁵ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado, op. cit., p. 25-6.

derrocada dos regimes individualistas e a diminuição dos poderes dos senhores feudais, com a paulatina centralização do poder pelas autoridades monárquicas, segundo lembra Caenegem:

“O estado nacional soberano tornou-se a forma dominante de organização política (...) A emergência de autoridades nacionais deu-se à custa do império e impediu as tentativas germânicas de restaurar o poder universal do Império Romano. Esse mesmo desenvolvimento significou também a diminuição do poder dos senhores feudais enquanto o governo central afirmava-se e fortalecia-se. A organização da Igreja seguiu uma tendência centralizadora semelhante. (...) A economia política fechada e essencialmente senhoril foi substituída por uma economia de mercado. Isso foi sustentado (...) pela renovação e transformação da atividade econômica em geral, ajudada pelo surgimento de numerosas cidades. (...)”¹⁶

A evolução social foi notória. Caenegem assevera que à expansão econômica correspondeu uma expansão urbana. Anota que o “... sucesso comercial dos negócios urbanos passou a regular a marcha do desenvolvimento econômico do país.” Houve um profundo desenvolvimento intelectual. O nível cultural geral elevou-se de maneira considerável, o que se refletiu particularmente na alfabetização e no uso crescente da língua vernáculo.¹⁷

O pensamento racional também continuou a ganhar terreno. Foi também nesse período que as universidades surgiram e espalharam-se por toda a Europa, trazendo consigo uma disciplina intelectual baseada nas grandes obras filosóficas e jurídicas da Antiguidade greco-romana. O pensamento antigo passou a ser objeto de estudos intensos, o que culminou com a Renascença. Com o aparecimento do método científico moderno, que era experimental, houve a libertação enfim dos dogmas e dos argumentos baseados na autoridade.¹⁸

A ascensão do absolutismo com a centralização paulatina do poder fez com que a atividade legiferante se tornasse cada vez mais intensa, constituindo-se em contrapartida uma espécie de “burocracia jurídica”, cada vez mais regionalizada, dando um cunho muito particular e específico à ordem jurídica de então.

Com o surgimento das universidades, e o ideário do iluminismo, o movimento *jusnaturalista* moderno propriamente dito, expressado na Europa ocidental por volta do século XVII, ganhou força, e a ciência jurídica começou a dar seus primeiros passos em busca de uma sistematização.¹⁹

¹⁶ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-4.

¹⁷ Cf. CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. op. cit., 1999, p. 43-4.

¹⁸ Cf. CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. op. cit., 1999, p. 43-4.

¹⁹ (CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165).

A era moderna sobressaia-se espelhando uma nova concepção para o direito natural, cuja origem não era a natureza, como na antiguidade, nem o direito divino, como no *medievo*, mas um fundamento único constituído e integrado exclusivamente pela razão humana.²⁰ O jusracionalismo provocou uma revolução cultural.²¹

Foi principalmente com o ideário de Hugo Grotius e de Samuel Pufendorf, caracterizando o jusnaturalismo como um direito eminentemente racional, que a ciência jurídica e o pensamento sistemático realizaram uma integração mais profunda, isso por volta do século XVII, tendo-se as primeiras noções de um conteúdo sistemático do direito.

Pode-se dizer que a maior contribuição do jusnaturalismo moderno para o direito privado europeu foi efetivamente o seu caráter de *sistema*. Segundo o testemunho de Franz Wiecker, a jurisprudência europeia fora até aqui “*uma ciência da exegese e de comentários de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo (glosadores)*”.²²

O direito natural, contudo, no jusracionalismo, aproximou-se de uma demonstração lógica de um sistema fechado, tornando-se, em contrapartida, nas palavras de Wiecker, na “pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”.²³ É dizer, a jurisprudência da época, a partir de então, passou a representar um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos.

A época do jusracionalismo, que durou por dois séculos (séc. XVII-XVIII), espelhou importante e direta influência sobre a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos europeus. Seus maiores precursores, Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, notadamente, elaboraram as bases de um sistema metodológico autónomo, puramente racional, e por consequência, completamente livre de dogmas religiosos. Suas reflexões, nitidamente inspiradas em Galileu Galilei (fundador da nova imagem fisicalista do mundo) e Descartes

²⁰ “Por meio de um estudo racional seria possível descobrir os princípios que deveriam reger a vida em sociedade. A partir desses princípios axiomáticos outros mais específicos poderiam ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Ob. cit., p. 20).

²¹ Cf. WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 228-9.

²² WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Trad. A. M. Botelho Hespanha, p. 309/310.

²³ WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Trad. A. M. Botelho Hespanha, p. 309/310.

(que formulou o conhecimento global do mundo externo) ²⁴, implementaram a fase lógico-sistemática do jusnaturalismo (expressado como jusracionalismo, pela ênfase na razão humana).

Mais tarde, Christian Wolf desenvolveria ainda mais o pensamento elaborado por Pufendorf, dando-lhe a conotação de que os princípios do direito somente poderiam ser estabelecidos pelo método científico. ²⁵

Com o jusracionalismo a ciência jurídica adotou uma construção conceitual, buscando fundamentar suas premissas através da exatidão matemática da razão, tornando-se a poucas épocas uma expressão sistematizada marcada pela pretensão de ordenação lógica de seus próprios preceitos.

Segundo Franz Wiecker, “o jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais”. ²⁶

Por certo, o jusracionalismo pretendeu expurgar do ordenamento positivo as normas que considerava em desacordo com os “princípios superiores da razão”, assim preparando caminho para uma construção sistemática autônoma. ²⁷

Somente com a positivação dos ideais *jusracionalistas*, é que o Estado passou a representar uma estruturação fundante nas novas bases políticas assentadas na realização do indivíduo e na natureza humana agora reconhecidamente livre e igual. ²⁸ O direito passa a não

²⁴ “Descartes, em especial, consumou a matematização da natureza iniciada pela escolástica tardia, ao tornar sistematizável, através da redução à dimensão sujeito-objecto do Eu pensante e do mundo objectivo extenso, a descrição da imagem do mundo. Do ponto de vista metodológico, a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana).” (WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, op. cit., p. 285).

²⁵ WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, op. cit., p. 361.

²⁶ WIECKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, op. cit., p. 288.

²⁷ “... É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdades (isto é, certezas) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro e romanístico -, apenas o validariam se evidenciada a concordância entre esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 137-9).

²⁸ “... no final do século XVIII, conjugam-se vários fatores que iriam determinar o aparecimento das Constituições e infundir-lhes as características fundamentais. Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas, ganhando grande força os movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do poder. Aí estão os

mais inspirar-se em valores *extra legem*, e o Estado, de um dia para o outro, passa de opressor a defensor do espírito humano, em nome do livre mercado. O Estado conteria em si mesmo a liberdade, a igualdade e a propriedade, devendo garantir a segurança e a ordem, e assegurar a participação calculada do cidadão na vida pública.

Com o processo de transformação do Estado moderno para o Estado liberal houve uma significativa centralização de suas fontes normativas, bem como da jurisdição, além do surgimento do constitucionalismo, tendo havido nessa medida uma expansão latente no processo burocrático, como salienta José Reinaldo de Lima Lopes: “o Estado liberal e burguês que emergiu no século XIX teve a mesma pretensão totalizante do mercado, da moeda e da mercadoria, e obedeceu a uma expansão territorial e funcional contínuas. A burocracia cresceu, o controle disciplinar cresceu, e a atividade do jurista começou a reduzir-se à exegese da legislação.”²⁹

Os juristas da época passaram a findar-se num único objeto - a lei - cujas interpretações se davam através de requintados processos lógicos, eminentemente racionais e intelectivos. O esplendor desse período se deu com o advento da conhecida Escola da *exegese* – na França – e dos *pandectistas* – na Alemanha.

O auge do positivismo legalista repercutiu no movimento das codificações. As aspirações burguesas cujo ápice se deu nas revoluções liberais, passaram a espelhar os interesses predominantes da sociedade da época. Os códigos civilistas foram relegados a constituições do direito privado, tudo exprimiam, tudo previam, e de tudo cuidavam.

No início do século XX, sobreveio o conhecido (sobretudo porque inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916) Código Civil alemão BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), de inspiração

três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18.^a ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 168).

²⁹ “O ideal de uma ciência positiva, ou positivista, assenta-se na tradição idealista da filosofia do fim do século XVIII. Em primeiro lugar, define-se uma distinção entre sujeito e objeto do conhecimento e suas relações recíprocas. Em segundo lugar, propõe uma objetividade do conhecimento demonstrável pela manipulação e pela experimentação. Conhecer é saber fazer, é reproduzir e prever. A ciência é então destacada da interpretação e da razão prática, e associada à razão instrumental e ao cálculo. O universo tem uma linguagem matemática, e é possível conhecê-la, prevendo os fenômenos. O empirismo associa-se, pois, ao idealismo: a descoberta das leis e a formulação das hipóteses (elementos ideais) são verificadas, ou falsificadas, como diz Popper, pela experimentação e pela observação. Claro que a observação científica é polêmica por natureza, conhece-se contra o conhecimento anterior. A discussão sobre o positivismo é enorme e hoje em dia, quando o positivismo dá sinais de esgotamento, esta discussão é ainda maior, pois a própria tradição filosófica positivista apresenta diversas correntes, e os que propõem métodos não positivistas também se alinham em perspectivas diversas. No direito, o positivismo deu aos juristas a sensação confortável de que estavam ainda atualizados com o desenvolvimento geral do pensamento. Se a ciência medieval se confundia com a *especulação gramaticada*, e se a ciência moderna se associava à geometrização do mundo, os juristas haviam, a seu tempo, incorporado aquelas concepções de ciência. (...) elegeram um objeto e o privilegiaram: a lei, o ordenamento positivo.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história* : op. cit., p. 203-4).

na técnica pandetística de Windscheid. Trouxe em seu bojo conceitos vagos e cláusulas gerais, as quais dependiam de preenchimento valorativo pelo intérprete/aplicador.

Isto ocasionou na época uma medida de instabilidade. É que as cláusulas gerais serviam muitas vezes para premiar a parcialidade judicial e os interesses ideológicos, mas nem por isso não podem ser vistas como um avanço. Sua aplicabilidade esvaziava de sentido a atividade subsuntiva, sem remeter a uma moral bem definida, vez que a codificação encontrava-se isolada como centro do direito privado. Não havia princípio unificador. A codificação era o centro do direito privado, e o preenchimento de seus conceitos remetia a um subjetivismo judicial nem sempre desejável. Segundo Wiecker:

“As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão pelo positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à ‘boa-fé’, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao carácter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar.” (...) O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de ‘fuga para as cláusulas gerais’ (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica.”³⁰

Isso ocorreu exatamente pela ausência de uma tendência axiológica capaz de nortear a interpretação judicial na Alemanha do início do século XX. Não bastava o mero abandono de toda técnica judicial até então construída, o que viria somente a agravar a insegurança e o subjetivismo na decisão judicial. Havia a necessidade de uma referência axiológica que, no Brasil, somente veio com a Constituição Federal de 1988.

Aí se inicia a problematização da melhor interpretação para os conceitos vagos e a busca de um parâmetro axiológico para circunscrever a aplicação das cláusulas gerais, evitando-se assim o tão criticado subjetivismo judicial.

³⁰ (WIECKER, Franz. História do Direito Privado Moderno, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, p. 546)

III - O INÍCIO DA PROBLEMATIZAÇÃO. LIMITAÇÃO DO DOGMA DA SUBSUNÇÃO E POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO EVOLUCIONISTA NA COLMATAÇÃO DE CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

O recuo do formalismo jurídico manifestou-se, assim, na libertação do juiz da vinculação estrita das hipóteses de fato previamente definidas de modo estanque na lei. O estado social de direito alterou a função da lei, e trouxe ao juiz a tarefa de ajustar o texto legal a critérios de justiça, cabendo ao intérprete incorporar as valorações incipientes da nova ética formada no mundo pós-guerra.

A percepção do reducionismo sofrido pela ciência jurídica com a centralização da teoria da subsunção (e das interpretações subjetivista/objetivista³¹), e a profusão de idéias contrárias à exegese legalista,³² fizeram com que houvesse releituras ao paradigma da codificação, antes expressão de segurança jurídica e estabilidade social.³³

A filosofia mudava, os interesses sociais se alteravam. A consciência era outra. A concepção voluntarista do direito, como expressão da vontade individual, alterava-se. Os interesses transcendentais ao individual eram dignos de proteção, sobretudo, os interesses sociais objetivos (boa fé contratual, dimensão social da propriedade, finalidade da instituição familiar, etc.). A lógica, agora, era utilitarista e transindividual.³⁴

O conceitualismo e seus dogmas, herdados do formalismo kantiano, que destacava a função estruturante do conhecimento jurídico, vinham sendo superados.³⁵

³¹ “Enquanto que o positivismo legalista propunha uma interpretação da lei de acordo com as intenções do seu legislador histórico, o positivismo conceitualista propõe o recurso à ficção de um legislador ‘razoável’, de um legislador que vai integrando (‘reescrevendo’, ‘reinterpretando’) continuamente cada uma das normas no seu contexto sistemático, de modo a que o ordenamento jurídico – de facto constituído por uma miríade de normas contraditórias – conserve sempre a sua integridade e coerência como sistema conceitual. O sentido da norma decorre, assim, não de intenções subjectivas (do seu legislador histórico), mas dos sentidos objectivos do seu contexto”. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*; Fundação Boiteux, 2005, p. 400).

³² As escolas anti-conceitualistas e anti-formalistas, com o naturalismo jurídico, a Escola do Direito Livre, a Escola Teleológica de Jhering, além da Jurisprudência dos Interesses, foram os movimentos que confrontaram o método subsuntivo de aplicação da lei, e travaram críticas ao método exegético de aplicação do direito.

³³ Nesse sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti aponta: “O direito civil codificado era auto-suficiente, não necessitava de outros textos para solucionar litígios. (...) Antes, se uma questão não podia ser resolvida segundo as leis civis, recorria-se ao soberano. Agora, ao contrário, resolve-se mediante leis análogas ou princípios gerais do direito. Finalmente, o Código foi expressão de uma ordem racional que propunha transcender todos os tempos e latitudes.” (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais., 2009, p. 42-3).

³⁴ Nesse sentido: HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*; Fundação Boiteux, 2005, p. 405.

³⁵ Os dogmas conceitualistas (movimento anterior do positivismo legalista – jurisprudência dos conceitos, ou pandectística) podem ser resumidos por Antonio Manuel Hespánha: (a) a teoria da subsunção

A atividade judicante alcançava a possibilidade de criação do direito, com medidas próprias de valorações pelo aplicador da lei, lançando mão a valores transpessoais (coletivos) ou mesmo inerentes ao sujeito-juiz (voluntarismo judicial).

O século XX foi marcado pela superação da dicotomia interpretação objetivista/subjetivista (ou ligada ao reconstrutivismo da lei ou ligada unicamente à vontade do legislador). O mundo jurídico estava em pautas de ver um novo processo de interpretação e aplicação do direito.

Se o objetivismo redundou nos exageros formalistas do século XIX,³⁶ e o subjetivismo alcançou a vertente de debilitar as estruturas clássicas do Estado de Direito³⁷; a interpretação no Estado Social de Direito via-se em meios de desvincular da vontade do legislador a vontade da lei, lançando mãos a um voluntarismo judicial regrado pelos valores e princípios constitucionais³⁸, com o intérprete utilizando-se de valorações transpessoais (coletiva) para proceder à colmatação dos conceitos vagos dispostos nos textos escritos.

A teoria pura do direito de Kelsen, e seu tempo e a seu modo, operou esta substituição, do voluntarismo do legislador para o voluntarismo do juiz, na medida em que para Kelsen, *“a interpretação é mais um ato de vontade que de cognição e quando o juiz se decide por uma das possibilidades interpretativas, essa eleição ou preferência se dá fora da esfera teórica, no âmbito da política do direito”*.³⁹

Karl Engisch, comparando a interpretação jurídica objetivista (adotada na época do formalismo) com os limites do subjetivismo judicial, em um primeiro momento exorta a hipótese de uma interpretação histórica do preceito, dizendo que quando *a vontade do*

(Subsumtionslehre); (b) o dogma da *plenitude lógica do ordenamento jurídico*; (c) a interpretação ‘objetivista’. (cf. HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio; Fundação Boiteux, 2005, p. 399-400).

³⁶ “O objetivismo na interpretação da lei e da Constituição exprimiu sempre a posição predileta dos positivistas formais, daqueles que no século XIX, confiantes em fatores reinantes de estabilidade, fizeram do dogmatismo e do culto ou reverência ao texto da lei o mais seguro penhor das instituições produzidas pela estrutura política do Estado de Direito.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 455).

³⁷ A vontade do legislador, para essa clássica concepção, é baseada na vontade do povo, pessoa soberana, o que redundou no voluntarismo judicial, e mais tarde serviu para fundamentar, para a doutrina de Bonavides, os regimes nazistas e fascistas.

³⁸ “O voluntarismo é o traço marcante da corrente subjetivista. Ela se renova no século XX, com as modernas escolas de interpretação, que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz. Assim, há sucedido, por exemplo, com os juristas da livre investigação científica (Geny), do ‘direito livre’ (Kantorowicz) e da teoria pura do direito (Kelsen).” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 453).

³⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, *apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed., 2008, p. 451-452.

*legislador histórico não é apreensível, é necessário adotar-se a solução “mais razoável”, a qual, na dúvida, deve ser considerada como aquela que o legislador quis.*⁴⁰

Após, reconhecendo que nem sempre isto é possível (achar uma solução mais razoável e adotá-la como a que o legislador quis), consente em pressupor casos em que se teria de proceder a uma adaptação do conceito legal com a época do intérprete (desvinculando-o então da vontade do legislador histórico). Ter-se-ia aí, na lição de English, que se verificar “*se não se terá porventura constituído um Direito consuetudinário que confere ao juiz legitimidade para, despreendendo-se da vontade do legislador histórico, preencher o texto da lei com um sentido ajustado ao momento actual, um sentido razoável, adequado aos fins do Direito*”.⁴¹

Ora, em hipóteses como estas, então, o texto teria vida autônoma. Porque se desvinculado do seu autor - o legislador histórico - lançando efeitos e conseqüências sobre a história posterior que o autor (o legislador) não poderia sequer imaginar. Aqui se diria, seguindo as lições de Hans-George Gadamer, que seu autor (o legislador) seria apenas um “elemento ocasional”, e a determinação do verdadeiro sentido do texto somente se daria com a análise dos efeitos e conseqüências que ele teria espelhado na história posterior.⁴²

Em outras palavras, para captar o verdadeiro sentido de um texto, seria imprescindível um ulterior juízo de adaptação com a realidade social do momento em que é ele interpretado, e não com o contexto político e social da época do legislador.

Se os textos legais no modelo de Estado atual são lançados cada vez mais com conceitos vagos ou abertos, é inafastável a idéia de que os ditos conceitos legais indeterminados terão de ser colmatados mediante valorações. E mais, dependendo da dimensão da indeterminação, é possível sustentar uma total desvinculação do intérprete/aplicador da lei ou mesmo da vontade do legislador histórico. Karl English, a este respeito, alertou:

“As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim

⁴⁰ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996, p. 182.

⁴¹ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 183.

⁴² Sobre a história dos efeitos de Hans-George Gadamer ver: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias, p. 632.

continuará a ser no futuro. Será sempre uma questão duma maior ou menor vinculação à lei.”⁴³ (grifos nossos).

Nesse aspecto, os conceitos dos textos legais, para Engisch, muito raramente são absolutamente determinados (o autor considera como tais os conceitos numéricos, de medida ou os referentes a valores monetários - muito comuns no direito de Trânsito ou no estabelecimento de valores pecuniários). Em sua maior parte, nos fala o autor, os conceitos legais são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.⁴⁴

A indeterminação, contudo, pode se dar em relação à *pluralidade de sentidos* (e nestes casos, deve-se interpretar a partir do contexto do caso), ou em relação à imprecisão mesma *dos limites do conceito* (indeterminação em sentido estrito).⁴⁵ Aí, diga-se, há de se falar em indeterminação quando a “*subsunção, em virtude da pluralidade e complexidade das considerações a fazer, pode pôr em causa a univocidade do resultado*”,⁴⁶ e não tão simplesmente quando a interpretação do conceito levante dúvidas, caso em que caberia à atividade judicial a tarefa de eliminar esta dúvida (nesse sentido, inclusive, já tratava Kelsen).

⁴⁷

A indeterminação em sentido estrito, portanto, será aferida quando houver *pluralidade de sentidos* de uma palavra que exprime o conceito (quando bastará utilizar-se de uma interpretação progressista ou evolucionista⁴⁸), ou quando houver uma *imprecisão dos limites do conceito* (o que Phillip Heck denomina de “halo do conceito”⁴⁹), mas devendo esta última imprecisão levar a dificuldade (ou impossibilidade) de se encontrar um único resultado com a utilização da subsunção, e não meramente levantar dúvidas que poderão ser dirimidas pelo órgão judicial.⁵⁰

⁴³ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 207.

⁴⁴ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209.

⁴⁵ Nesse sentido: ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., nota n. 03, p. 259.

⁴⁶ Nesse sentido BACHOF, citado por ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., nota n. 03, p. 260.

⁴⁷ Assim, mesmo, sustentava a teoria pura de Kelsen, na medida em que para ele caberia ao julgador a escolha de um dos sentidos, para dirimir a dúvida, e realizar a subsunção, mediante a discricionariedade própria do julgador.

⁴⁸ Como aquela em que o intérprete faz um juízo posterior de adaptação da norma ao contexto social em que é interpretada (hoje se diria em relação ao contexto axiológico constitucional).

⁴⁹ “Com Phillip Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo conceitual.” (ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209).

⁵⁰ Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 209.

Assim, estes conceitos que possuem seus limites imprecisos⁵¹ podem ser conceitos *descritivos*, ou *normativos*. Os conceitos descritivos são facilmente determináveis pela observância da realidade, pois diz Engisch que “*designam ‘descritivamente’ objetos reais ou objetos que de certa forma participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis*”.⁵² Os conceitos normativos, contudo, operam aquilo que o autor denominou de “*referência a valores, a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas idéias valorativas do Direito*”.⁵³

Desse modo, os conceitos indeterminados *normativos* (de limites imprecisos) que fazem/levam o intérprete a uma referência valorativa, acabam por se remeter a institutos do direito. Ou seja, a valoração que os permeia são valorações encampadas pelo direito. Contudo, estas valorações encampadas pelo direito, podem ocorrer de maneira direta ou indireta. Direta é quando o sentido normativo é preenchido pelo próprio significado do conceito, como por exemplo: Casamento, funcionário público, menor, etc. Indireta é quando o conceito, apesar de descrever um fato ou ato do mundo tangível, necessita se referir à normatividade do direito para dar sentido ao conceito (por exemplo, “coisa alheia”, significa que pertence a outrem, ou seja, necessário pressupor o regime jurídico da propriedade).⁵⁴

Agora, há os conceitos indeterminados *normativos* que efetivamente necessitam de uma valoração advinda ou do *subjetivismo do intérprete* (conceitos discricionários), ou de uma valoração preexistente no seio da coletividade.⁵⁵ Estes conceitos sim, necessitam **de preenchimento valorativo**, e somente aí se estará a referir limitação à teoria da subsunção.

Abre-se assim o questionamento de qual método de interpretação característico a ser usado para se aferir o preenchimento valorativo, e qual a pauta de valores utilizada para o balizamento deste preenchimento.

A doutrina moderna vem, aos poucos, respondendo estes questionamentos de modo a remeter o intérprete a princípios jurídicos e valorações advindas da Constituição, mediante uma interpretação que opera *reenvios*. Partiremos, então, primeiramente, para a definição da metódica interpretativa, para somente após tentar conceituar as cláusulas gerais e diferenciá-las dos então conceitos legais indeterminados.

⁵¹ Chamados pelo autor de conceitos relativamente determinados (quando ao halo conceitual de Heck). E que deferem-se dos absolutamente determinados, quanto ao núcleo conceitual.

⁵² Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 210.

⁵³ Tudo conforme ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 210.

⁵⁴ Cf. ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 212.

⁵⁵ ENGISCH. Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Ob. Cit., p. 213.

IV - A RUPTURA DAS CODIFICAÇÕES. O DECLÍNIO DAS ASPIRAÇÕES BURGUESAS, E A ASCENSÃO DAS PAUTAS AXIOLÓGICAS CONSTITUCIONAIS. NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPOSITIVISMO. A NOVA HERMENÊUTICA E AS CLÁUSULAS GERAIS.

As codificações oitocentistas eram tidas como “constituições do direito privado”, pois pautavam seus valores fundamentais no indivíduo e na sua relação com o patrimônio,⁵⁶ assumindo o papel de “estatuto único e monopolizador das relações privadas”. Almejavam a completude, destinando-se a regular “através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”, de modo que o direito público não viria de nenhuma forma interferir na esfera privada.⁵⁷ Este mundo da segurança, retratado pelas grandes codificações privadas, entra em declínio na Europa já do final do século XIX, conforme preleciona Gustavo Tepedino:

“Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliado às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiriam profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando de tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia. O Estado legislador movimentava-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava a debelar.”⁵⁸

Pautada pela efervescência social e cultural, num mundo onde a industrialização latente desestruturou a estabilidade formada pela união dos interesses anteriormente

⁵⁶ O direito privado clássico, nas palavras de Gustavo Tepedino, se ocupava em regular “a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada inspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. (...) Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo. (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03)

⁵⁷ “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. (...) o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.” (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02-03)

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 04.

priorizada, a sociedade como um todo passa a não mais reger-se por uma única e exclusiva classe hegemônica, desaparecendo o sujeito social único a ser ouvido, “o sujeito comum, aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.”⁵⁹ A sociedade torna-se, a poucas épocas, um mundo massificado, complexo; “à massificação social corresponderá o desenvolvimento irreversível de um novo pluralismo social”.⁶⁰

Isso corresponde a dizer que a sociedade passou a deter peculiaridades que transpassaram a “unidade concreta das relações sociais”⁶¹, na medida em que a lei não mais representa uma única e cristalina classe hegemônica.

Não mais se puderam acomodar num único e exclusivo código todos os interesses em que converge o multifacetado meio social. Custou-se a perceber, nas palavras de Martins-Costa, que “não teria mais sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.”⁶² Por certo o dogma da identidade entre o direito e a lei foi definitivamente superado.

Notadamente, a “multiplicidade de textos legais”, nas palavras de Judith Martins-Costa, abalou fundamentalmente a estrutura codificada,⁶³ uma vez que a cada interesse presente na sociedade, frente a cada sujeito social dissonante, forte e ao mesmo tempo independente, correspondeu um micro-sistema legislativo multidisciplinar, o que mais tarde, na lição da autora, viria, juntamente com outros fatores, a impossibilitar a “integridade lógica

⁵⁹ “... não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da Revolução Francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional, op. cit., p. 281)

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 280.

⁶¹ As expressões usadas por Judith Martins Costa, de “unidade formal do Estado” e “unidade concreta das relações sociais” refletem a sociedade oitocentista, assentada na propriedade fundiária e no liberalismo econômico, com uma uníssona classe hegemônica, dotada de um sistema jurídico “completo, pleno, total, harmônico e auto-referente das leis civis. O código era tido como a “Constituição da vida privada”, e, portanto, “a unidade das relações sociais representada pela unidade da classe hegemônica se refletia na unidade legislativa que o código continha”. (cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 277).

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 282.

⁶³ “As leis se multiplicam não só em número, mas na modalidade expressiva e sintática. A sua linguagem ‘múltipla e discordante, prolixa e ambígua, declamatória e programática’ está, enfim, completamente esquecida do desejo voltariano da lei ‘claire, uniforme et précise’. Afasta-se para longe o mito de uma linguagem unitária, matematizante, desenvolvida segundo regras de interpretação precisas que atuem, para o intérprete, como critérios constantes e unívocos de leitura.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 282).

do sistema”, esboçando-se então um mundo marcado pela insegurança, onde a imprevisibilidade das decisões judiciais não raro afronta a estabilidade social.⁶⁴

Neste mundo da imprevisibilidade, a complexidade das demandas exige do legislador e do intérprete maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais, de sorte que a técnica legislativa e a fundamentação do sistema alteraram-se substancialmente, com a incorporação de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, tratando-se agora de um sistema aberto, permeável, perene e mutável de acordo com as exigências da complexidade social.

O direito do novo século é um sistema aberto a valores. Canaris observa que essa abertura vale tanto para o *sistema científico* quanto para o *sistema da ordem jurídica*, “a propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude (e a provisoriedade) do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”.⁶⁵

Essa idéia de abertura traduz a permeabilidade do ordenamento jurídico a elementos externos, a valorações principiológicas, e intersubjetivas. A auto-contenção do judiciário representou reflexo dos horrores do mundo pós-guerra, e a preocupação com os valores fez com que fosse alçado a dignidade da pessoa humana a princípio unificador do sistema, a se irradiar em todas as relações sociais, seja entre poder público e indivíduo, seja entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

A técnica legislativa até então eminentemente casuística⁶⁶, abriu lugar à discussão acerca de valores e princípios normativos atuantes no universo jurídico.

Trazidos ao ordenamento mediante conceitos vagos, programáticos, elásticos, etc., e interpretações evolucionistas, os valores integrativos das normas, em conformação com o arcabouço constitucional, formam o novo paradigma da ciência do direito.

O neoconstitucionalismo, embasado na nova concepção trazida pelo pós-positivismo⁶⁷, promoveu uma nova releitura da constituição, alçando-a como pauta

⁶⁴ “Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade de textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, na impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. Op. cit., p. 276).

⁶⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa, 2002, p. 281.

⁶⁶ O casuismo legislativo a que se refere é quando o legislador antevê determinados casos específicos (hipóteses ou preceito primário) e previamente define abstratamente suas conseqüências fáticas (preceito secundário).

⁶⁷ O pós-positivismo é o marco filosófico do neoconstitucionalismo. Segundo Luis Roberto Barroso: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do

axiológica, como tábua de valores capaz de nortear a aplicação de textos legais infraconstitucionais. É dizer, as legislações infraconstitucionais passaram a somente deter validade material se constitucionalmente recepcionadas, ou seja, se em harmonia com as valorações subjacentes à ordem constitucional. E a Constituição passou a regular toda a intervenção estatal na economia, inclusive lançando princípios e diretrizes que alcançariam o direito privado, maculando ou ao menos relativizando a separação entre as esferas do direito público e privado.

Hoje observa-se, segundo Martins-Costa, uma crescente “atuação da órbita estatal na regulação do mundo dos privados – mediante, inclusive, o estabelecimento de políticas públicas e a elaboração de normas diretivas – e a aceitação efetiva da força normativa da Constituição sobre o direito privado, inclusive para o efeito da aplicação direta de seus princípios na legislação ordinária.”⁶⁸

Assim, ainda seguindo a doutrina de Martins-Costa, as codificações não mais espelham, em suas palavras, a “estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.”⁶⁹

Por certo, alguns valores já se inscreviam no sistema desde longa data, mas sofreram releituras, e outros passaram a ter uma nova dimensão, sendo incorporados recentemente,

Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional, op. cit., p. 282).

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 285.

mediante a *praxis* da aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

70

Assim, o Código Civil Brasileiro de 2002 incorporou inúmeros conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, tornando-se imprescindível, conforme a lição de Tepedino, que se realize uma inter-referência interpretativa entre a codificação e a Constituição, *in verbis*:

“O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma, dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916. Dito diversamente, as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.”⁷¹

Hoje, o ordenamento como um todo é sustentado por princípios e valores fundantes que agasalhados pela Constituição contém força normativa genérica e *status* de normas jurídicas.

As normas-princípio, ademais, são tidas como um sustentáculo, uma base inquebrantável, “*os princípios são ordenações que se irradiam e imantam nos sistemas de*

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, p. 42. Cita-se, por relevante, trecho de sua entusiasta doutrina: “As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07-8.

normas, são - como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira - núcleos de condensação nos quais confluem valores e bens constitucionais” ⁷².

Mais um vez, Luis Roberto Barroso explicita:

“Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema; integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) *condensar valores*; b) *dar unidade ao sistema*; c) *condicionar a atividade do intérprete*.” ⁷³

Com efeito, os princípios foram acobertados pelo ordenamento jurídico como bases estruturais que sustentariam a partir de então a convivência humana. Incorporados nas legislações dos Estados mundiais e nas Constituições, os princípios jurídicos abriram campo de pesquisa para uma nova concepção legislativa e de *práxis* jurídica. Sua força normativa exsurgiu de seu enquadramento hierárquico-normativo como “espécies de normas”, gerais ou constitucionais, assim como o são as regras. ⁷⁴

⁷² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004, p.92.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, 2001, p. 43.

⁷⁴ As regras se aplicam mediante subsunção. São proposições normativas que contém um comando objetivo na forma de tudo ou nada, ou são aplicadas na sua plenitude ou são violadas. Conforme assevera Barroso, “se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”. Não incidirá, no entanto, se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor (BARROSO, Luis Roberto, ob. cit., Revista Acadêmica Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, 2001, p. 44). Quando há conflito entre as regras, se aplica uma em detrimento da outra, que é violada. Assim sendo, quando a situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham, há três tradicionais critérios que devem ser aplicados, conforme ensina Norberto Bobbio: “o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior; o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior; e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral” (BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, p. 81 e ss). Os princípios, entretanto, segundo Robert Alexy, devem se aplicar de forma mais ou menos intensa e de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem nunca excluírem-se mutuamente, não comprometendo jamais a validade que detém no ordenamento jurídico. (ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81 ss). Quando ocorre colisão entre os princípios, em função de seu maior grau de abstração e amplitude, os critérios anteriormente narrados não são plenamente satisfatórios. Não se pode simplesmente aplicar um em detrimento do outro. Por esse motivo, entra em cena a técnica denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses, pela qual se busca estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, devendo-se aplicar no caso concreto cada qual na medida de suas possibilidades e valores condizentes e harmonizáveis com a situação específica. Dessa forma, não há que se falar em exclusão mas sim em ponderação entre princípios. Devendo-se levar em conta sempre a importância que os bens jurídicos cotejados têm no caso concreto bem como as peculiaridades de cada situação em específico. Isso pode ser percebido no julgamento do HC n. 82.424/RS. O STF identificou um conflito envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão. Não houve nesse caso, em momento algum, diga-se, exclusão de um princípio em detrimento de outro, ou, sequer que existe hierarquia entre ambos. Houve que foram ponderados por meio de uma aplicação gradual. Como bem reconheceu o Ministro Marco Aurélio em seu voto, as colisões entre princípio (sob essa ótica) somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostas a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito entre regras resolve-se na dimensão da validade, (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 82.424/RS). Sem embargo, tal desenvoltura deve por certo, sempre

E, por sua vez, os conceitos vagos (entre os quais estariam as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados), da mesma forma, são pontes que, legislativamente incorporadas, permeiam valores implícitos ou mesmo expressos em princípios constitucionalmente recepcionados para o interior do sistema. Se aplicam por intermédio deles - princípios, mediante um processo de *reenvio* a uma “valoração tipicizante” (Martins-Costa)⁷⁵ ou mesmo a um valor constitucional⁷⁶, e trazem à linguagem legislativa uma nova concepção de lei, mais aberta, mais perene e atual, e muito mais ligada à equidade, por ser moldável e adaptável ao caso concreto, na forma da mensuração equitativa do intérprete. Na pertinente ponderação de Martins-Costa:

“Notadamente na segunda metade deste século, a técnica legislativa foi radicalmente transformada, assumindo a lei características de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas. Irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea. Tem sido observada a formulação, nos códigos civis mais recentes e nas leis especiais, de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, enucleado na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas consequências. Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas consequências, é intencionalmente desenhada como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.”⁷⁷

e inelutavelmente, balizar-se pelos mais rígidos critérios outorgados pelos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição dos excessos (normas de segundo grau), esses que servem de parâmetros para a aplicabilidade das normas (de primeiro grau) no sistema jurídico. Assim, seguindo a doutrina de Humberto Ávila, é possível distinguir os postulados (de maneira simplória) da seguinte forma: a) razoabilidade se caracteriza pelo exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual; b) proporcionalidade se refere a uma exame abstrato da relação meio-fim, e a c) proibição dos excessos diz respeito a que uma norma ao ser aplicada não pode invadir o “núcleo essencial” de um princípio de ordem fundamental do cidadão. (ver ÁVILA, Humberto. A teoria dos princípios e o direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006).

⁷⁵ Por “valoração tipicizante” podemos entender seguindo a doutrina de Martins-Costa a “regra social” que detendo relevo e recalitrância no seio da sociedade, são objetivamente vigentes no ambiente social, formando um arquétipo devidamente operado pela fonte jurisprudencial. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 334-7)

⁷⁶ Tem-se os valores constitucionais da solidariedade, da dignidade, da função social, do Estado Democrático de Direito.

⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 285-6.

A interpretação, portanto, ganhou nova perspectiva. A atividade hermenêutica, que no mundo oitocentista estava fortemente ancorada a um modelo estático, baseado na letra posta da lei, alçou rumo progressivo. O texto legal, antes ampliado à condição de *objeto exclusivo da interpretação jurídica*, hoje é mero caminho para o intérprete percorrer: Se quiser chegar a uma conclusão equitativa, deverá permear o texto legal, pela abrangência de suas formulações, com valores e princípios constitucionais, ou máximas de conduta oriundos de elementos valorativos tipicizados⁷⁸.

Isso corresponde a dizer que o intérprete agora não mais se apegava unicamente ao literal e objetivo (oriundo da lei ou da vontade do legislador), mas subjaz-se da principiologia e das valorações adjacentes ao ordenamento, para colmatar os conceitos jurídicos abertos ou indeterminados e as cláusulas gerais operativamente dispostas nas legislações.

As prescrições legais agora podem não mais se reduzir a uma simplória subsunção operada através de deduções silogísticas, pois a complexidade social ostenta valores nem sempre facilmente observáveis. Há por certo sérias limitações na técnica casuística, ante o infundável número de diplomas legislativos especificadores que abarcam uma complexa rede de interesses nem sempre convergentes.

Em outras palavras: A técnica de regulação casuística (em que há uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõe o *fattispecie*)⁷⁹, por si só, é insuficiente para uma satisfatória regulamentação social, o que vem exigindo por parte dos legisladores cada vez mais o uso de técnicas legislativas permeadas de conceitos vagos,

⁷⁸ Expressão que enfatiza uma aspiração social relevante para o direito, porque constitui um modelo jurídico, ou estrutura normativa que “ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências, em função de valores imanentes ao próprio processo social. Os modelos são gerados por quatro fontes – a *legal*, a *consuetudinária*, a *jurisdicional* e a *negocial* –, as quais resultam das quatro diversas formas de manifestação do poder de decidir – atributo fundamental do conceito de fonte no direito –, a saber: a) o poder estatal de legislar; b) o poder social, ‘inerente à vida coletiva’, o qual se revela, na fonte consuetudinária, ‘através de sucessivas e constantes formas de comportamento’; c) o poder (estatal) que se revela através do Judiciário; d) o poder negocial, que se expressa mediante ‘o poder tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem’. As fontes de produção jurídica – seja a lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico, geram modelos jurídicos.” (cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 332-3).

⁷⁹ “O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da *tipificação de condutas* que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como subsunção. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 297).

programáticos, em branco, os quais demandam muito mais do intérprete na função de criação do direito, do que a mera subsunção do preceito legal específico ao caso concreto.⁸⁰

A nova hermenêutica, portanto, repercute no novo paradigma do direito civil, trazido pelas expressões do direito civil-constitucional.

Encerrada a época das codificações, com as Constituições assumindo o papel de centro do sistema, assumindo também o papel de referência axiológica ao preenchimento de conceitos vagos e das cláusulas gerais, pode-se chegar a um delineamento pelo menos tangencial da fundamentação do sistema, e das referências utilizadas para o preenchimento dos conceitos vagos.

Aí, ao mesmo tempo em que finda o problema da referência para a vagueza conceitual, começa uma infinidade de teses que ainda não se encontram passíveis sequer se sistematização. Discussões como a do diálogo das fontes, em que aproxima o Código Civil da principiologia ligada ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente na área contratual; como a que perscruta uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais para além das constituições, alcançando inclusive legislações infra-constitucionais⁸¹, ou seja, no campo do direito civil-constitucional, pelo menos, se abre uma infinidade de discussões que ainda não se encontram sequer parametrizadas, o que faz com que aquele ideal de sistematização da ciência jurídica, a partir deste novo paradigma do direito, comece a tecer veios de insegurança jurídica, caso não houvesse um postulado unificador, como a dignidade da pessoa humana,⁸² para centralizar a interpretação do direito.

⁸⁰ “... o caráter de *determinação ou tipicidade* que caracteriza a casuística (...) vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal, fator de rigidez – e, por consequência, de envelhecimento – dos códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que ‘o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto’. As disposições definitórias, tais como as da casuística, conduzem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato. Tem, portanto, esta técnica um caráter de rigidez ou imutabilidade, o qual ‘acompanha a pretensão de completude a ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade.’ Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilidade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, do que o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 298).

⁸¹ Ver nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocencio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 5ª Ed. 2010, no que se refere ao capítulo que trata dos direitos fundamentais, das cláusulas pétreas e da reserva legal.

⁸² É possível sustentar, embasado na perspectiva civil-constitucional do direito privado, a existência de uma cláusula geral fundante ou que estrutura o ordenamento jurídico contemporâneo, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no texto constitucional nos artigos 1º, inciso III, (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, inciso III e 5º, caput (igualdade substancial e formal). Sua função seria a salvaguarda de um espaço privado que proporcione condições ao pleno desenvolvimento da pessoa, um mínimo vital, que permita a cada ser humano o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Referida cláusula geral de tutela da personalidade representa uma referência interpretativa para todas as situações nas quais os aspectos ou desdobramentos da personalidade estejam em jogo, uma vez que estabelece a prioridade da pessoa humana no cotejamento de valores em conflito, até por ser a pessoa, conforme Perlingieri, “o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua

V – AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. UMA CONCEITUALIZAÇÃO POSSÍVEL. LIMITAÇÃO OU INSUFICIÊNCIA

Por certo, os conceitos vagos ou indeterminados e, especificamente, as cláusulas gerais, são dotados de grande mobilidade⁸³, possuindo uma abertura semântica, o que possibilita à atividade jurisprudencial, com base em princípios e valores hoje incorporados nas legislações fundantes dos Estados contemporâneos, construir progressivamente as respostas para os problemas que a realidade apresenta.⁸⁴

Poder-se-ia estabelecer uma distinção, para efeitos deste estudo, acerca de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais,⁸⁵ entretanto, é bom recordar que não há uma unanimidade na doutrina contemporânea acerca da correta nomenclatura destes conceitos, os quais, pela vagueza semântica de seus termos, os denomino simplesmente de conceitos vagos.

86

incessantemente mutável exigência de tutela”. (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 155). Dessa forma, o respeito pela pessoa humana polariza as tendências jurídicas e interpretativas na contemporaneidade, e suas características e atributos constituem a personalidade. Nesse sentido, leciona Gustavo Tepedino: “Personalidade como valor, já se disse, é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentido de personalidade como subjetividade, expressão que, de resto, não é incomum em doutrina (por todos, Francisco Amaral, Direito Civil, p. 220, para quem ‘a personalidade ou subjetividade, significa, então, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas’). Em outras palavras, a personalidade, ao contrário da subjetividade, é expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional (...)” (TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, ob. cit., p. 04-5).

⁸³ “As cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva, como mobilidade externa, isto é, a que ‘abre’ o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a ‘adequação valorativa’, e como mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 341).

⁸⁴ “... as cláusulas gerais (...) legitimam o juiz a produzir normas que valem para além do caso onde será promanada concretamente a decisão.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 341).

⁸⁵ Os conceitos jurídicos indeterminados, para Judith Martins-Costa, integram sempre a descrição do fato, ou seja, em suas palavras, a liberdade do aplicador se exaure no estabelecimento da premissa, de modo que “uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não-coincidência entre os acontecimentos real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso seria, pois, de subsunção. Não haveria, aí, para a autora ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas apenas interpretação. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 326). Não é essa, contudo, a conclusão de Karl Engisch quando delineia os denominados *conceitos discricionários* (acerca disto ver o capítulo 03 deste trabalho).

⁸⁶ A expressão conceitos gerais não é tecnicamente mais adequado, pois não se pode adjetivar generalidade às cláusulas gerais, na medida em que o termo vagueza semântica é mais adequado, porque “não constitui uma imprecisão qualquer, uma imprecisão genericamente considerada. É uma imprecisão de significado, (...) o conceito de vagueza é um conceito relativo às acepções do termo ‘significado’ (...) na linguagem jurídica (...) a vagueza será intencional, ou programática, sendo utilizada na perseguição de certas finalidades. (...) Diz-se vaga uma norma ou preceito quando no seu enunciado se apresentam ou podem se apresentar casos-limite. (...) O fato de conter expressões ou termos vagos não significa seja a mesma despida das qualidades essenciais às normas

Assim, nos conceitos vagos, ou há o simples preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza – comum ou socialmente típica⁸⁷) pelo intérprete, devendo para tanto o aplicador da lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação, em um primeiro momento que se exaure na significação histórica de um instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa; **ou** tal como haveria de ocorrer nas cláusulas gerais, pode haver uma efetiva criação judicial do direito pelo intérprete/aplicador, e aí, detendo uma dimensão de operabilidade, necessitando estar expressas, escritas, deslocam o intérprete – mediante o que Judith Martins-Costa rotula de *reenvio* – a um valor ou princípio que pode estar expresso ou ainda inexpresso (mas que necessariamente existe na órbita constitucional), e que necessariamente possui um caráter de sustentáculo do ordenamento, uma valoração fundante, de origem, que detém característica estrutural do sistema.

As cláusulas gerais, nesse sentido, teriam a sua *fattispecie* necessariamente concretizada por valores constitucionais.

jurídicas, como a coercibilidade e a obrigatoriedade. Para que isso ocorra, contudo, é preciso que sejam encontrados os critérios de aplicação. Cláudio Luzzatti cunhou a expressão ‘vagueza socialmente típica’ para indicar os casos de emprego legislativo de expressões programaticamente vagas, verificáveis quando algum termo, ‘segundo uma certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos *não são sequer determináveis senão através da referência aos variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume*. O critério para a aplicação das normas vagas nesta acepção será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado. Não se trata aqui, de utilizar as ‘regras comuns da experiência’ (CPC, art. 335), mas de utilizar valorações tipicizantes das regras sociais, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume). (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 306-313).

⁸⁷ “Luzzati ressalta que os termos vagos dos conceitos jurídicos caracterizados **por vagueza comum** são aqueles preenchíveis mediante regras de experiência, sem recurso a valorações. Nestes casos, o intérprete parte de noções sobre uma série de acontecimentos semelhantes, de modo que, por meio de um raciocínio indutivo, é possível chegar-se à convicção de que se os fatos costumam apresentar-se de uma determinada forma no momento presente, assim devem eles, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. Essas regras, muitas vezes, podem estar relacionadas com a sabedoria popular, com a arte, com a técnica, com o exercício das profissões, com as atividades comerciais e econômicas etc. (...) Avulta aqui, indubitavelmente, a própria vivência do juiz e a sua experiência adquirida ao longo do exercício da judicatura, a partir da análise reiterada de casos. (...) seja como for, a colmatação de um termo vago feita a partir de regras de experiência não oferece maior dificuldade. Basta, como vimos, recorrer o intérprete à análise das situações reiteradas para se chegar à regra geral de conduta. Por outras palavras, deverá o juiz partir de inferências extraídas do ordinário, do comum, do corriqueiro, do costumeiro, enfim de tudo quanto possa extrair das várias contingências particulares. (...) Normas de tipo aberto caracterizados por **vagueza socialmente típica** são aquelas que, no entender de Luzzati, possuem termos jurídicos vagos cujo preenchimento se faz a partir da análise dos valores encontráveis no ambiente social. (...) Preencher, pois, um termo vago sujeito à análise axiológica não é ato discricionário e muito menos arbitrário. Por serem os valores entidades vetoriais, está o intérprete adstrito à sua observância segundo a graduação hierárquica estabelecida naquela sociedade. Conquanto não se deva afastar por completo a idéia de um subjetivismo axiológico, visto que o juiz atribui significado às coisas de acordo com a reação positiva ou negativa que lhe provocam, temos que os valores gozam de um caráter objetivo, principalmente quando incorporados aos princípios.” (apud TOSTA, Jorge. Manual de Interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 33-34 e 39-40).

E estes valores, *standards* ou mesmo princípios, aos quais o intérprete é reenviado, possuem fontes oriundas da construção do sistema agora aberto ⁸⁸, sendo ainda que em um primeiro momento encontrados fora do sistema, mas com a reiteração de casos semelhantes, paulatinamente vetorizados pela jurisprudência para dentro do sistema, operando o que Martins-Costa denomina de ressystematização de um elemento originalmente extra-sistemático. Daí que na cláusula geral há a efetiva criação judicial do direito com ênfase no caso concreto. Para a autora, portanto:

“... a cláusula geral constitui, (...), uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressystematização* destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico” ⁸⁹

Comparativamente, os artigos 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor⁹⁰, e 422 do Código Civil⁹¹, estabelecem, no que pertine ao significado do termo “boa-fé”, o primeiro um conceito jurídico indeterminado e o segundo uma cláusula geral, na lição da autora.

No primeiro caso há um conceito jurídico indeterminado na definição semântica de “boa-fé”, uma vez que o referido texto da legislação consumerista dispõe na sua *fattispecie* a hipótese legal indeterminada de se pactuar obrigações incompatíveis com a “boa-fé”, definindo, entretanto, de modo objetivo sua consequência, qual seja, a de nulificação a cláusula contratual, por ato judicial. Assim nesse primeiro caso “o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem como incompatível com a boa-fé, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará a sua premissa. Uma vez configurada, o caso é

⁸⁸ “... nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como ‘tipicos’. Não é viável, aqui, a abstração generalizante, a qual, por ser generalizante, ‘tipifica’ e encerra, em determinados e fixos róis, o que é geral e o que é excepcional. Pelo contrário, porque não há, na própria norma, esta fixação puncualizada da consequência jurídica correlata à hipótese legal, haverá, a par da necessidade de precisar a hipótese, mediante o processo de reenvio, o dever de estabelecer a consequência conforme o instrumental oferecido pelo sistema, do que derivará uma imensa potencialidade de sua formação, tarefa para a qual, inclusive, é chamada a cooperar a doutrina.” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 340-1).

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 303.

⁹⁰ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

⁹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

simplesmente aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a nulidade da disposição contratual. A solução não é, pois, criada pelo juiz, já estando pré-configurada na lei: o que ocorre é, tão somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador”.⁹²

Já no segundo caso, o artigo 422 do Código Civil, ao determinar que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”, estabelece na verdade uma cláusula geral, em que o juiz cria a hipótese, a consequência e a solução do caso concreto na forma de sua mensuração eqüitativa, com base em elementos valorativos não previstos no texto (de origem extra ou intra-sistemática). As pontes de valoração, ressalte-se, arquétipos exemplares, costumes objetivamente reiterados, valores vigentes no atual contexto constitucional, são vetorizados pela fonte jurisprudencial, trazendo a solução como parte do sistema jurídico (ainda que não do ordenamento jurídico).

Assim leciona Judith Martins-Costa:

“Trata-se de cláusula geral porque, estando vagamente posta a *fattispecie*, toda a amplíssima gama dos *efeitos* decorrentes de contrato que não foi executado em boa-fé será *criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre à vista do caso concreto*. A regra não define a noção de boa-fé, não determina as condições em que um contrato é executado em boa-fé, qual a extensão deste dever, nem as consequências da sua infração. Evidentemente, aí se tem não apenas um único efeito (a nulificação do contrato), mas todo um *potencial domínio de casos* e suas consequências compreendidas pela cláusula. Assim, a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e *criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez* que um contrato não for executado em acordo à boa-fé (*concreção judicial*).”⁹³

Em ambos os casos, portanto, haverá uma valoração por parte do intérprete. Entretanto, o poder conferido ao intérprete da cláusula geral é deveras maior, pois, no conceito jurídico indeterminado se vislumbra apenas uma interpretação valorativa (e evolutiva), consistente na ulterior adaptação ao seio social do texto interpretando. A cláusula geral diferentemente reenvia o intérprete para a construção de um raciocínio embasado em elementos trazidos por fontes doutrinárias ou consuetudinárias, cabendo à jurisprudência o papel de sistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos. Isso tudo na visão de Judith Martins-Costa.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 327

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 328.

VI – CONCLUSÕES.

Pelo todo exposto, buscou-se nesse trabalho construir uma perspectiva histórico-filosófica acerca da lenta e gradual evolução porque passou a “ciência” jurídica, na medida em que superou o dogmatismo positivista, e, com a relativização do dogma da subsunção, abarcou os conceitos vagos e os princípios jurídicos como método de estruturação e valoração da ciência do direito.

Diante a análise do fenômeno de colmatação que a atividade interpretativa, assentada nos valores imanentes da ordem jurídica, impõe aos conceitos estruturantes do ordenamento (conceitos vagos e princípios jurídicos), chegou-se à conclusão de que a “ciência” jurídica não é estática, merecendo vislumbre tal como “uma viva e operante concatenação produtiva”, que evolui com o tempo, agrega valores e imanta princípios, os quais podem ser vistos como estruturas que a sustentam, assim, melhor conectando a concretude social com a abstração do direito.

Após a ciência jurídica ter transpassado o saber eminentemente “prudencial”, e, principalmente com o ideário do renascimento e posteriormente do iluminismo, se desvinculado das “emanações” divinas, alcançando uma conceitualização baseada em um raciocínio meramente lógico subsuntivo, sem haver valorações e muito menos criação pelo intérprete, teve a grande proficiência de acobertar os conceitos vagos e os princípios valorativos constitucionais, cuja aptidão foi de aproximar o direito da realidade social, e conseqüentemente, da justiça distributiva, como equidade geral.

Com a segmentação dos interesses sociais, restando abalada fundamentalmente a estrutura codificada, passou-se a exigir cada vez mais do intérprete e do aplicador do direito uma maior sensibilidade para fatores sociais afetos à concretude e à realidade muitas vezes vulnerável de determinadas camadas sociais. Daí exsurgiu a nova técnica legislativa, com o sistema fundando-se em valores outros que não os do sujeito social único dominante das relações materiais. Incorporando princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, passou o sistema a ser axiologicamente perene e aberto, permeável, mutável, de acordo com as exigências da complexidade social.

A ciência jurídica passou a se estruturar em normativas dependentes de valorações. O intérprete não somente valora a hipótese, como cria a conseqüência, ou cria a hipótese e valora a conseqüência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas as quais nem sempre se encontram abstratamente previstas.

Os conceitos vagos (entre os quais estão as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados) remetem o intérprete, mediante um processo chamado de reenvio, a elementos valorativos assistemáticos, os quais, recalcitrantes na senda da interpretação, são paulatinamente incorporados no sistema mediante a função vetorizante da jurisprudência.

As cláusulas gerais exigem do intérprete uma criação hermenêutica no intuito de definir a hipótese e a consequência da norma, eis que não estão abstratamente previstas. Isto ocorre pelo fenômeno do reenvio a elementos outros pertencentes ao sistema (tal qual, os princípios constitucionais) ou mesmo a elementos originalmente situados fora do sistema (standarts tipicizantes constantemente observados nos costumes sociais) os quais, entretanto, paulatinamente reincorporados, são reestruturados como parte do sistema, eis que incorporados pela fonte vetorizante da jurisprudência.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, integram sempre a descrição do fato, sendo que a integração valorativa (mediante a interpretação evolutiva) permite o estabelecimento da premissa (hipótese) estando, no mais das vezes, a consequência pré-determinada. É o caso, pois, ao que parece de se aplicar a subsunção.

Entretanto, nos conceitos jurídicos indeterminado há o preenchimento de um significado (dotado pela característica da vagueza – comum ou socialmente típica), devendo para tanto o aplicador da lei interpretar evolutivamente o texto, procedendo a uma interpretação, em um primeiro momento que se exaure na significação histórica do instituto, mas que posteriormente procede a uma adaptação social da significação normativa. Referida adaptação pauta-se, por sua vez, em elementos tipicizantes vigentes no seio social, tal qual os princípios constitucionais ou mesmo os standarts tipicizantes constantemente observados na realidade social.

Enfim, a construção insipiente da ciência jurídica não mais se pauta em elementos meramente lógicos dedutivos de conceitos estanques, mas deve pautar-se na realidade existencial, sob a condição de conformar a aplicabilidade do direito com o princípio regente do sistema: a dignidade da pessoa humana.

VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios e o direito tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 125, p. 33-49, fev. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo):** A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 21 fev. 2010

BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed., 2008.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**, ed. Malheiros, 21ª edição, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18.ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ENGISCH. Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. Tradução J. Baptista Machado. 7ª edição, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**, 2ª ed., São Paulo Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**; Fundação Boiteux, 2005.

LARENZ. Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Trad. José Lamago. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo. Atlas. 2008.

LORENZETTI. Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. Notas Cláudia Lima Marques. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

REALE Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, 25ª edição, ed. Saraiva, 2001.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1990-1991. V. 3: Do romantismo até nossos dias.

REALE, Miguel, 1910-2006, **Filosofia do direito**, 19ª ed. - São Paulo, Saraiva, 1999.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**, 2ª ed., Del Rey, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – 2ª edição – Renovar**, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOSTA, Jorge. **Manual de Interpretação do Código Civil: As normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

WIECKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, 3ª edição, Fundação Calouste Gui Benkian, Lisboa, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.