

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna

Os princípios gerais do Direito e os *standards* jurídicos no Código Civil

Universidade de São Paulo
São Paulo
2007

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna

Os princípios gerais do Direito e os *standards* jurídicos no Código Civil

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito (Direito Civil).

Orientadora: Professora Doutora Daisy Gogliano

Universidade de São Paulo
São Paulo
2007

Maria Clara Osuna Diaz Falavigna

Os princípios gerais do Direito e os *standards* jurídicos no Código Civil

Tese de doutorado
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Área de concentração: Direito Civil

São Paulo, ____ de _____ de 2008.

À Professora Doutora Daisy Gogliano, por
seu exemplo, estímulo e confiança.

AGRADECIMENTOS

A realização de um trabalho desse porte sempre exige sacrifícios pessoais, daqueles que nos fazem abdicar de uma série de prazeres efêmeros, por se acreditar que a verdadeira satisfação somente se alcança na conquista de coisas valorosas e duradouras. Porém os sacrifícios não são só pessoais, o que seria fácil de lidar, mas também atingem aos que estão próximos, quando não deixam de compartilhar de sua presença física, resistem ao mau humor e ansiedade de quem está dedicado na elaboração de uma tese.

Assim, meus filhos, Beatriz, Otávio e Luiza, merecem meu incondicional agradecimento por suportarem a falta de meu convívio, que lhes era tão necessário, mas tenham ciência que tudo o que faço é para e por vocês, porque são vocês que dão sentido à minha existência. Meu marido, André, sem seu apoio não teria chegado até aqui, principalmente por assumir minhas responsabilidades maternas a fim de que pudesse concluir os créditos e escrever a tese. Como sempre digo: obrigada por vocês me proporcionarem o dom e a gratificação de amar.

Como também é essencial a amizade!

Não poderia deixar de agradecer aos especiais afetos: as amigas e colegas de Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rita Kelch, que teve a paciência de ler parte dos originais e contribuiu com valorosas sugestões e principalmente por me agüentar nos momentos de suprema angústia, assim como Martha Cecília Lovizio, pelo estímulo imprescindível para que eu chegasse ao fim, e Ana Claudia Vergamini Luna, pelo suporte emocional durante o exame de qualificação, assim como a amiga Doutora Maria José Constantino Petri, por seu apoio e explicações sobre as normas técnicas e gramaticais.

Por fim, não posso deixar de mencionar que esse trabalho foi uma espécie de caçada pessoal. Como bem traduz a música de Milton Nascimento: “Por tanto amor, por tanta emoção a vida me fez assim, doce ou atroz, manso ou feroz, eu, caçador de mim”. O critério fenomenológico para compreender a formação do direito é o mesmo que possibilita o encontro pessoal, que permite o reconhecimento da própria humanidade, com seus erros e acertos, mas que encanta por revelar um exercício afetuoso com a vida e com as relações humanas.

Agradeço à vida a oportunidade de vivê-la, de ter aprendido um pouco e de tentar me encontrar.

RESUMO

O Código Civil entrou em vigor trazendo uma inovação como parâmetro interpretativo: as normas com aspecto maleável, pois o legislador intencionou essa flexibilidade, sem que isso significasse qualquer comprometimento com a tão festejada segurança jurídica. Por esse motivo, faz-se importante o devido conhecimento do conteúdo e natureza das normas jurídicas.

Com o escopo de compreender e encaminhar o assunto, buscou-se o conhecimento dos princípios gerais de Direito e dos *standards* jurídicos, sendo que o trabalho assume posicionamento em reconhecer um Direito natural, não fundamentado unicamente na razão, pois os homens não são meras fórmulas matemáticas ou um programa de computador, mas no Direito natural clássico, o mesmo que teve sua doutrina delineada por Aristóteles, que permite sua evolução, contudo possui como imutável sua referência ao ser humano.

É nesse sentido que, para a correta interpretação dos textos jurídicos, deve-se encontrar no outro o que há em nós mesmos, passível de fazer respeitar as individualidades, entendido como uma identificação, em que o outro não é coisificado, mas continua tão humano como se reconhece a si próprio.

Como método interpretativo que permita diferenciar os institutos, validando o processo de revelar o direito, optou-se pela corrente fenomenológica, porque o retorno das coisas a elas mesmas, não como se manifesta, pois se manifestar não é apenas o que aparenta e não algo em si mesmo, trazem à consciência de que a justiça é a intenção da interpretação, razão pela qual se deve revelar essa essencialidade.

Na redução fenomenológica devem ser percebidas as essências do objeto interpretado, reconhecendo as influências externas ao objeto, mas internas ao sujeito que o interpreta em uma atitude compreensiva e não explicativa.

Com efeito, buscou-se o retorno às coisas mesmas, na apreciação do fenômeno que Heidegger indica como o *ser-com*, em que a presunção da minha existência pressupõe a existência do outro, assim como a existência do outro para mim e a minha existência para o outro, pois pensar, dizer e ser tem o mesmo reconhecimento.

ABSTRACT

The Civil Code became effective bringing an innovation as interpretation parameter: rules with ductile aspect, as the legislator intended that flexibility, without that meaning any compromise with the so acclaimed legal security. For that reason, the due knowledge of the contents and nature of the legal rules is important.

With the scope of understanding and approaching the subject, knowledge was searched from the general principles of Law and the legal standards, and the work takes a position for recognizing a natural Law, not solely based on reason, as men are not mere mathematical formulas or a computer program, but on the classic natural Law, the same one that had its doctrine outlined by Aristotle, that permits its evolution, however, has as unchangeable its reference to the human being.

It is in that sense that, for the correct interpretation of the legal texts, one must find in the other what exists in ourselves, susceptible of having individualities respected, understood as an identification, in which the other one is not considered as a mere thing, but continues so human as one recognizes him/herself.

As a method for interpretation that permits to distinguish the institutes, validating the process of disclosing law, it was opted for the phenomenological current, because the return of things to themselves, not as it manifests, because manifesting is not only about what it appears and not something in itself, they bring to the consciousness that justice is intention of the interpretation wherefore such essentiality must be disclosed.

In the phenomenological reduction, the essences of the interpreted object must be perceived, recognizing the influences that are external to the object, but internal to the subject that interprets it in a comprehensive and not explanatory attitude.

Accordingly, what was sought was the return to the same things, in the appreciation of the phenomena that Heidegger indicates as the being-with, in which the assumption of my existence assumes the existence of the other, as well as the existence of the other for me and my existence for the other, since thinking, saying and being has the same acknowledgement.

RESUME

Le Code Civil est entré en vigueur en apportant une innovation en tant que paramètre interprétatif : des normes avec un aspect malléable, puisque que législateur désirait cette flexibilité, sans que cela signifie un engagement quelconque avec la si chère sécurité juridique. C'est pour cela qu'il est important de bien connaître le contenu et la nature des normes juridiques.

Pour comprendre et faire avancer le sujet, on a cherché à connaître les principes généraux du droit et des standards juridiques. Le travail assume une position de reconnaissance du droit naturel, pas seulement fondé sur la raison, puisque les hommes ne sont pas de simples formules mathématiques ou un logiciel, mais le droit naturel classique, le même que celui qui a été tracé par Aristote, qui lui permet d'évoluer, tout en ayant constamment pour référence l'être humain.

C'est dans ce sens que pour interpréter correctement les textes juridiques, il faut trouver dans l'autre ce qu'il y a en nous-mêmes pour faire respecter les individualités comprises comme l'identification c'est-à-dire en quoi l'autre n'est pas une chose, mais il est aussi humain que soi-même.

On a choisi le courant phénoménologique pour la méthode d'interprétation qui permet de différencier les instituts, en validant le processus de révélation du droit, car le retour des choses vers elles-mêmes - non de la façon dont elles se présentent, car l'aspect n'est que l'apparence et non pas quelque chose en soi - fait prendre conscience que la justice est l'intention de l'interprétation, la raison par laquelle il faut révéler cette essentialité.

Dans la réduction phénoménologique doivent être perçues les essences de l'objet interprété, en reconnaissant les influences extérieures à l'objet, mais au sein du sujet qui l'interprète en adoptant une attitude compréhensive et non pas explicative.

Effectivement, on a cherché le retour aux choses mêmes dans l'appréciation du phénomène qu'Heidegger appelle l'être-avec dans laquelle la présomption de mon existence présuppose l'existence de l'autre, tout comme l'existence de l'autre pour moi et mon existence pour l'autre, car penser, dire et avoir ont la même reconnaissance.

ABREVIATURAS

Art. - artigo
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
Ibidem - na mesma obra
Idem - do mesmo autor
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
Op. cit - na obra citada
Trad. – tradução

SUMÁRIO

Os princípios gerais do Direito e os *standards* jurídicos no Código Civil brasileiro

PARTE I – COMPREENDENDO INCERTEZAS

1 – INTRODUÇÃO	12
2 – A INTERPRETAÇÃO DISCRICIONÁRIA NO NOVO MODELO LEGISLATIVO CIVIL	21
3 – MORAL E DIREITO	29
4 – A LEI NATURAL COMO FONTE DO DIREITO	35
4.1 – Uma compreensão do Direito natural	42
4.2 - Que direitos podem ser considerados como Direito natural?	45
4.3 – Um sistema híbrido	52
5 - AS MÁXIMAS DE JUSTIÇA	54
5.1 – Do direito romano	54
5.2 - As regras de experiência comum	58
5.3 – A função de decidir	73
5.4 – A vulnerabilidade de um valor e seus símbolos	78
6 – A DECISÃO JURÍDICA LEGÍTIMA – INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	82
6.1 - Representação interpretativa	87
6.2 - Produto do tempo	97

PARTE II – PRECEITOS GERAIS

1 - OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	101
1.1 - Princípios gerais do direito – norma ou modo de interpretação?	108
1.1.2 - Modelo de direito comparado	115
1.1.2 - Encaminhamento indicado para o tema	118
1.2 - Os princípios gerais e a superação de lacunas	121
1.2.1 - Ilustração casuística	124
1.3 - O conflito entre uma regra escrita e os princípios gerais	128
1.4 - Conflito entre princípios	139
1.4.1 - Ilustração casuística da questão	142
1.5 – Conclusão	145
2 – OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL	147

2.1 - Princípio da socialidade	147
2.2 – Princípio da boa-fé	153
2.2.1 - Boa-fé no uso social da linguagem	155
2.2.2 – A conduta de boa-fé	157
2.2.3 - Boa-fé e confiança	159
2.3 – Princípio da razoabilidade	165
2.3.1 - Ilustração casuística	167
2.4 - Princípio da operabilidade	168

PARTE III – O MESMO É PENSAR E TAMBÉM SER

1 - <i>STANDARD</i> JURÍDICO	170
1.1 - Natureza jurídica	180
1.1.1 - <i>Standards</i> e o conceito jurídico indeterminado	185
1.1.2 – <i>Standards</i> e os costumes	186
1.1.3 - <i>Standards</i> e a <i>common law</i>	187
1.1.4 – Revelação dentro ou fora do direito	187
1.2 – Unificação ou globalização do direito pelos <i>standards</i>	188
1.3 - A manifestação sobre <i>standards</i> nas Cortes europeias	191
1.4 – Classificação	194
2 – <i>STANDARD</i> JURÍDICO NO CÓDIGO CIVIL	197
2.1 – Justiça	198
2.1.1 - A escolha de modelos legislativos justos	198
2.1.2 - Um esforço elucidativo da questão	202
2.1.3 - O direito como justo	205
2.1.4 - O Direito natural como fonte do justo	210
2.1.5 - Críticas ao que é justo para o Direito natural	212
2.1.6 - Ainda uma tentativa de definir o justo	213
2.1.7 - O belo e o justo	215
2.1.8 - Aplicação e finalidade	219
2.2 – Boa-fé	220
2.2.1 - O conforto da certeza	224
2.2.2 - Conteúdo legislativo	226
2.2.3 - O comportamento é essencial ao direito	
I - O desenvolvimento de teorias com fundamento na confiança	229
a. Abuso de direito	230
b. Teoria da aparência	232
c. <i>Venire contra factum proprium</i>	234
d. Teoria do adimplemento substancial	235
II - O tempo é uma força na vida jurídica	
a. <i>Supressio</i>	236
b. <i>Surrectio</i>	238
2.2.4 - Classificação	239
2.2.5 - A boa-fé no direito comparado	241
2.3 - Função social	243
2.3.1 A confirmação histórica da socialidade	

a) Os acordos sociais – contratos	243
b) Formação contemporânea do contrato	246
c) Propriedade e necessidade humana	249
2.3.2 - Conclusão	255
2.4 – Razoabilidade	256
2.4.1 - Moderado ou razoável?	258
2.4.2 - Ilustração ao tema	260
2.4.3 – Conclusão	262
2.5 – Probidade	263
2.6 – Risco	264
2.6.1- O risco no Código Civil	268
a. Risco como um dever jurídico	270
b. Risco como probabilidade de perigo	270
2.6.2 - Direito comparado	275
2.6.3 – Conclusão	277
2.7 – Bons costumes	278
2.7.1 - Efeitos jurídicos	280
a) Indenização de um dano - Abuso de direito	280
b) Invalidade do negócio jurídico	281
c) Perda de direitos	282
2.8 – Equidade	284
2.8.1 - Natureza jurídica	287
2.8.2 - Classificação	289
IV - CONCLUSÕES	291
BIBLIOGRAFIA	300

I

COMPREENENDO INCERTEZAS

1 – INTRODUÇÃO

O Código Civil, ao entrar em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, trouxe poucas inovações, limitando-se ao papel de consagrar aquelas trazidas pela Constituição Federal vigente, apesar do longo tempo de sua tramitação no Congresso Nacional, período em que não ganhou a devida atenção da sociedade. Não se discutiu a fundo seu conteúdo e suas conseqüências, ou seja, não recebeu uma atenta reflexão sobre seus acertos ou desacertos, daí porque, refletiu a mentalidade jurídica do início década de 70 do século XX¹ e não do presente século XXI.

¹ A Exposição de Motivos ressaltou que a necessidade de um novo Código Civil decorria do fato de o Código de 1916 ter sido realizado “numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto do desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito de sucessões”.

Interessante notar que os motivos acima expostos, que culminaram na necessidade de um novo Código Civil, servem de parâmetro para indicar que o Código de 2002 nasceu fora de seu tempo, já que do mesmo modo deixou de representar os anseios da sociedade brasileira, haja vista as mudanças políticas, econômicas e sociais que transformaram o Brasil em outro tipo de nação. O Projeto que lhe deu origem, criado em época de falta de liberdades, quando o país estava mergulhado na ilusão de uma falsa prosperidade, em que o ufanismo cego era considerado uma virtude, em nada se parece com o que se vivia e vive no início do século XXI.

A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil foi nomeada em 23 de maio de 1969 e a sistematização terminada em meados de 1970, no auge da ditadura militar, muito embora o Projeto tenha sido encaminhado ao Congresso somente em 1975.

Assim, é possível afirmar que o Código Civil de 2002 não reflete as aspirações do mundo contemporâneo, o estilo das atividades empresariais, ao uso da propriedade e das sucessões, muito embora o Professor Miguel Reale afirma que o estudo do projeto foi feito ao longo dos 32 anos e que teria havido “progressiva e incessante atualização, por se atender a fatos e valores jurídicos supervenientes” (*História do novo Código Civil*, p.23), rechaçando as críticas ao Código, todavia, não é demais lembrar, apenas a título de exemplo neste momento, que a parte relativa à sucessão apresentou um problema sério de sistematização, além de oferecer diferenças no quinhão hereditário para cônjuge e companheiro, ao contrário da igualdade que já estava imposta pela legislação ordinária.

É claro que se deve reconhecer que o Código de 2002 tem avanços significativos em relação ao de 1916, contudo, não se pode deixar de fazer as considerações a respeito de suas imperfeições.

Com a ausência devida de atenção, iniciou sua imperatividade sem muito impacto na vida cotidiana da sociedade, sobretudo porque a grande mudança de parâmetros no direito privado decorreu da promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar da falta de inovações profundas, o legislador civilista optou por consagrar posicionamento amplamente aceito pela jurisprudência e doutrina, como a teoria da imprevisão, lesão nos contratos, por exemplo, no que diz respeito ao direito das obrigações, assim como a responsabilidade civil decorrente do risco da atividade desenvolvida.

Consolidou a legislação de direito privado, uma vez que seus organizadores decidiram que não haveria necessidade de dois códigos distintos, um Código Civil e um Código das Obrigações, como se imaginou ser possível no passado, com um projeto de Código de Obrigações realizado por Cáo Mário da Silva Pereira². Foi mantida a mesma sistemática do Código revogado, porém com outra seqüência; assim, como enumera o coordenador dos trabalhos, Professor Miguel Reale, foram feitas as seguintes mudanças³: substituição da disciplina *atos jurídicos* por *negócios jurídicos*⁴; unidade dos direitos das obrigações, com normas relativas à atividade empresarial; o direito de propriedade frente à sua função social e as conseqüências desta opção; e a atualização do direito de família e sucessões em

² Convém trazer a pertinente crítica de Limongi França.

FRANÇA, R. Limongi. *Reforma do código ou consolidação das leis civis?*, In: Revista Brasileira de Direito Comparado Rio de Janeiro, n. 17, p. 16-43, jul./dez. 1999, p. 38: “Antes de mais nada é de sublinhar a circunstância esdrúxula de ser a Comissão, não apenas *Elaboradora*, mas também a *Revisora* de si própria, fato típico que só poderia ter lugar dentro da perspectiva autoritária do regime ditatorial”

Outra observação crítica do professor é o fato de que entre os membros da Comissão não haviam civilistas que tivessem estudado o direito civil profundamente como um todo, nem mesmo Agostinho Alvim, além de deixarem de fora os projetos de Orlando Gomes e Caio Mário, apresentando uma diferença de estilo e de método.

Idem, p. 39: “O problema é que, como se diz nos nossos Sertões nordestinos – do couro saem as correias. E não adianta remendar o que já nasceu mal posto.”

Com efeito, quando veio a lume, o Anteprojeto, redigido na maior parte por projectos anciãos, já se via na direção contrária da vertente dos fatos. E atualmente, à altura em que se encontra em discussão no Congresso Nacional, se acha em total descompasso em relação às acachoadas mutações na maior parte suscitadas pela Constituição de 1988, de uma abertura que, de democrática, chega a ser preocupante.”

Assim, Limongi França sugeria não um novo código, mas uma consolidação das leis civis, partindo do Código Beviláqua pela excelência de seu trabalho.

³ *Plano geral da reforma do código civil*, in Revista Trimestral de Direito Privado, nº 1, Ibrape, 1970, p. 16.

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 328.

Como bem salienta Cáo Mário, já fazia esta distinção: “O ato jurídico, tal como entendido e estruturado na sistemática do Código Civil de 1916, art. 81, também conceitualmente se funda na declaração de vontade, uma vez que, analisado em seus elementos, acusa a existência de uma emissão volitiva, em conformidade com a ordem legal, e tendente à produção de efeitos jurídicos. E isto leva a admitir que o legislador brasileiro identificou as duas noções – *ato jurídico* e *negócio jurídico* – cujos extremos coincidem”.

razão dos novos valores éticos e sociais⁵. Quanto à reunião com parte do Direito Comercial, com a revogação expressa da primeira parte do Código Comercial, denominando-o de Direito de Empresa.

Com a sistemática do Código revogado, o atual Código Civil mantém a tradição do Direito brasileiro; apresenta uma *parte geral* antes de regular especificamente o instituto que está por tratar, como é o caso dos direitos das obrigações, seguindo o modelo já apresentado pelo anteprojeto de Teixeira de Freitas, com o “mérito de fixar os parâmetros lógicos de toda a matéria do Direito obrigacional, evitando repetições de preceitos ao longo da disciplina de cada instituto em particular”⁶.

Convém destacar que a legislação civil adaptou-se à Constituição Federal e o legislador ordinário não deixou de acompanhar as mudanças ocorridas em nossa sociedade, além do que o próprio Código Civil optou por manter os institutos e soluções jurídicas assentadas, deixando para a legislação especial situações novas, como se verifica, inclusive, pela exposição de motivos de 1975, apresentada ao então Ministro da Justiça Armando Falcão, que informou ser uma das diretrizes da comissão organizadora “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já adotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando à **legislação aditiva** a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”.

Com relação às normas reguladoras do contrato, criou-se um sistema aberto, em que as diretrizes para a formação, conclusão e sua execução estão sujeitas ao que alguns doutrinadores chamam de *norma aberta* ou *conceito jurídico indeterminado*, ou, ainda, *cláusulas gerais* com conteúdo aberto, por se entender ser mais adequado para o alcance do que seja justo.

⁵ REALE, Miguel, *História do novo código civil*, São Paulo, RT, 2005 p. 37-40.

Em suma, seriam três os objetivos que o Código procura manter: Eticidade, socialidade e operabilidade. Afirma o Professor Miguel Reale, no que diz respeito à eticidade, que deveria ser superado o apego ao *formalismo jurídico*: “Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação de *valores éticos* no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da *técnica jurídica*, que com aqueles deve compatibilizar”, razão pela qual se opto pelas *normas genéricas*. Quanto à socialidade, a superação do caráter individualista do Código de 1916, em que o povo brasileiro vive em sua maioria nos centros urbanos; e a operabilidade, a adoção de soluções normativas para facilitar a interpretação e aplicação do Direito.

⁶ REALE, Miguel, *A unidade do direito das obrigações no projeto de código civil brasileiro e o projeto franco-italiano de 1927*, In, *Inchieste di diritto comparato*, 8, p.129.

Conforme se verifica da exposição de motivos acima mencionada, para a Comissão Organizadora, o que norteia as regras gerais de formação dos contratos é a consciência ética da realidade sócio-econômica do País, além de sua execução equitativa e a resolução por onerosidade excessiva, “dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidades sociais”, reconhecendo que se trata de exemplo do que se entende por “*socialidade*” do Direito. *Socialidade*, palavra que parece ter um encanto mágico na nova ordem mundial, ou mais precisamente, em paragens brasileiras, em que os juristas a descobriram como o caminho para a solução de todos os conflitos e norte para todas as interpretações, sem antes considerar que o Direito é uma ciência social e sempre o foi.

Assim, na busca de uma “socialidade” do Direito Civil, como afirmado pelo Professor Miguel Reale, optou-se pelo sistema aberto.

Com o escopo de ilustrar esse pensamento, veja-se o artigo 113 do Código Civil, que determina a interpretação dos negócios jurídicos de acordo com a *boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*. Também o artigo 421 estabelece que o contrato encontre limite em sua função social; o artigo 422 especifica o uso dos princípios da probidade e da boa-fé na conclusão dos contratos. E assim tem continuidade a lei civil; portanto, estamos diante de uma legislação com normas flexíveis, que abandonou um sistema aparentemente mais rígido.

Fazendo parênteses, como maneira de abordar o raciocínio, faz-se necessária uma observação de que a autonomia da vontade sofria, mesmo na falta de regra positivada, limites no que a doutrina clássica denominava como *bons costumes*⁷ e ainda que se possam dar inúmeras conotações a essa expressão, sem dúvida há de se incluir a boa-fé e probidade, ou seja, é possível afirmar que a legislação revogada aceitava essa interpretação, confirmando sua maleabilidade, ainda que não tão expressa.

Para Miguel Reale⁸, o art. 113 é o que denomina de “artigo-chave”, já que dá sentido às demais normas do sistema e é a que mais traz conseqüências, visto que se verifica “que ela

⁷ BESSONE, Darcy. *Do contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31.

⁸ *História do novo Código Civil*, p. 240: “Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’”.

Nessa ordem de idéias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de conseqüência como o art. 113, segundo o qual ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’. Note-se que esse dispositivo já figurava, sob o n. 112, no Anteprojeto de 1972, antes, pois de seu conhecimento pelo Congresso Nacional.

consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos ‘usos e costumes do lugar de sua celebração’.

Festejando esse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado defende que o caminho das normas com conceitos que admitem certa discricionariedade permite uma interpretação dinâmica, “para que possa adaptar-se à realidade social vivenciada no momento da aplicação dos princípios e comandos estabelecidos pelo ordenamento do qual elas fazem parte”⁹. No entanto, as normas devem manter certo grau de segurança, evitando total discricionariedade do operador do direito, defendendo o referido magistrado, que esse sistema “permite que os seus dispositivos sejam constantemente atualizados, pela via da atuação dos Tribunais ou pela presença do legislador, atendendo às exigências sociais do momento que esteja sendo vivenciado”¹⁰.

A tarefa que sobressai é apontar o limite na interpretação, na arte de revelar o Direito, e integração¹¹ das normas que apresentam esse modelo mais flexível e quando seria discricionária ou arbitrária. Ainda é possível refletir se tanta abertura não permite uma insegurança e se esse, de fato, é o paradigma adequado, muito embora adotado pelo legislador.

Para José Augusto Delgado, como acima mencionado, e, por conseqüência, pode-se interpretar como parte de uma mentalidade dos magistrados brasileiros, daqueles chamados a dar vida a essas situações, a adoção de cláusulas gerais e conceitos indeterminados está

Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica dos fatos jurídicos, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos ‘usos do lugar de sua celebração’.

⁹ *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados*, In, Aspectos controvertidos do novo Código Civil, RT, São Paulo, 2003, p. 393.

¹⁰ *Idem*, p. 398.

¹¹ Aqui compreendido como a subsunção do fato à norma que lhe é correspondente, que além de exigir a interpretação abarca a compreensão de todo um exercício intelectual nem sempre tão simples.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, T I, vol. III, 2ª ed., São Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 501. Como diz o autor: “É bastante extensa a matéria atinente à aplicação do direito: a par dos princípios leis e regras da hermenêutica, envolve o uso dos princípios e preceitos específicos que disciplinam a interpretação dos atos jurídicos e suas próprias regras técnicas”.

de acordo com a técnica legislativa contemporânea, não se admitindo mais um sistema rígido e fechado, em que não há espaço para qualquer tipo de interpretação¹².

Por outro lado, como afirma Antonio Junqueira Azevedo, ainda na análise do então Projeto do Código Civil, a escolha do legislador no modelo flexível é inadequada, uma vez que representa os paradigmas vigentes há 30 anos e que atualmente vive-se no período em que se busca a “solução rápida do caso concreto”, razão pela qual “estamos fugindo do Juiz”¹³.

Adequado o sistema flexível ou não, esse não é um modelo novo, pois Octacílio Alecrim, em obra de 1941, denominava a norma escrita que continha elementos abertos como “parágrafo-borracha”, reconhecendo como um fenômeno corrente, em que os *standards* possibilitavam uma interpretação de acordo com o momento histórico de aplicação da norma¹⁴.

O mesmo tratamento é dado ao que se denominam cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, ou cláusulas abertas, quase nunca com a Doutrina referindo-se a *standards* jurídicos, no entanto ao que aparenta não aludem à mesma conjuntura, sendo o propósito deste trabalho demonstrar em que conjecturas se apresentam.

Pode-se dizer, sem aprofundada observação por ora, que cláusulas abertas ou cláusulas gerais contêm *standards*, que, por outro lado, não podem ser definidos como um conceito jurídico indeterminado, já que, se conceito, não pode ser indeterminado por uma questão semântica.

Para a criação do ordenamento jurídico o legislador procura ora adaptar posturas já cotidianas, logo, consagradas e geradoras de direito, à guisa de exemplo, a legislação que reconheceu a união estável e regulou seus direitos, uma vez que a situação era largamente reconhecida pela jurisprudência e doutrina; ora cria novas práticas jurídicas, editando

¹² *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados*, In: Aspectos controvertidos do novo Código Civil, p. 394.

¹³ *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, RT 775/11.

¹⁴ *Fundamentos do standard jurídico*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1941, p. 129.

Nas suas exatas palavras: “Eis, porque, os técnicos do Direito, convencidos de que a revolta dos fatos contra os códigos tem sido realmente um fenômeno peculiar aos estádios de cristalização do Direito, estádios esses, por sua vez, produzidos pelos ordenamentos rígidos, dogmáticos e imutáveis, recorrem, agora, ao processo de enxertamento, nas leis escritas, de fórmulas gerais, de ‘parágrafos-borracha’ de poderes discricionários ao juiz; em última análise, de verdadeiros *standards* jurídicos, cuja virtude cardeal é precisamente, temperar os efeitos do vinho novo na carcase dos velhos odres”.

novos regulamentos para situações ainda não absorvidas pelo costume, como, ainda no mesmo exemplo, o Código Civil com as novas regras para o cálculo da legítima do companheiro-herdeiro contidas no artigo 1.790.

Como ensinava Cáo Mário da Silva Pereira¹⁵:

O direito é ideal e é técnica¹⁶. Tem um objetivo a realizar e os meios de consegui-lo. Na sua essência visa à perfectibilidade humana. Na sua forma, procura efetivar este sentido de perfeição. Reflete as tendências filosóficas dos povos e das idades, traduz os conceitos morais dominantes e enfeixa os meios de consegui-lo. Uma técnica a serviço de um ideal.

Assim, faz-se necessária a análise da forma legislativa adotada para a criação das normas atinentes à formação do contrato, que, em primeira observação, apenas aceitou o primeiro modelo acima mencionado, ou seja, absorveu a prática cotidiana, como o artigo 422, que apenas determina a obediência ao princípio da boa-fé e o de proibidade na conclusão do contrato, ou em sua execução, sem mencionar sua formação.

Saliente-se que não se está aqui a afirmar que o art. 422 positiva o princípio da boa-fé, como muitos estão a afirmar, como se antes de sua inclusão no ordenamento escrito não existisse no mundo jurídico, como será tratado em momento próprio.

É nesse sentido que na apreciação das normas não é possível vislumbrar as de cunho aberto, mas também o que diploma disciplina como princípios, que podem ser entendidos como diretrizes gerais para a formação do Direito, ou no dizer de Mauricio Godinho Delgado¹⁷, “são proposições gerais inferidas na cultura e ordenamento jurídicos que

¹⁵ *Lesão nos contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101. Para Caio Mário, o direito enquanto técnica seria um enquadramento na moral, já que o direito e a moral não se confundem, mas devem ser harmônicos, pois, no dizer de Goffredo Telles, “**não há Direito contra a Moral**”, já que, “o Direito de um povo ou de uma coletividade não deve conflitar com as convicções morais comuns desse povo ou dessa coletividade. Não pode violentar o sistema ético adotado e vigente, numa comunidade de seres humanos” (*Palavras do amigo aos estudantes de direito*, pág. 76). E continua o autor: “É claro que a Moral deve sempre ser tomada como a **ordenação ética vigente**. Ela é a ordenação normativa que uma coletividade adotou, em razão de sua própria constelação de **bens soberanos**” (*idem*, pág. 77).

P. 103. Dessa forma, Caio Mário conclui: “Aqui temos, a técnica procurando realizar o ideal. E, como a nossa época não é dominada por um pensamento filosófico, mas, ao contrário, ressentido da ausência de um cunho de espiritualidade, a ciência jurídica também não obedece a uma orientação segura. E, como nos nossos tempos existe uma luta contínua por um pensamento superior que restabeleça o equilíbrio perdido, o direito traduz esta busca e esta incerteza, surgindo aqui uma escola, além, uma doutrina, todas se combatendo e nenhuma delas conseguindo afirmar-se, porque a sua capacidade destrutiva facilmente vulnera a deficiência de conteúdo da outra, e sua incapacidade construtiva resulta igualmente de seu artificialismo.”

¹⁶ Caio Mário denomina técnica, em sentido de regras de hermenêutica, muito embora se tenha que esclarecer que o Direito não é técnica que possa ser explicado, mas sim que deva ser compreendido.

¹⁷ *Princípios de direito*, RT 790, p. 740.

conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do direito”, sendo apontado pela doutrina na acepção clássica positivista de Norberto Bobbio como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”¹⁸, ou seja, têm apenas uma função normativa, entretanto, com a adesão à crítica feita por Limongi França, a “aceitar-se a orientação positivista, chega-se à conclusão de que o legislador foi redundante e prolixo, pois os princípios do ordenamento já se encontram no próprio ordenamento”¹⁹, afirmando o eminente autor: “o bom-senso é suficiente para mostrar que as disposições do mesmo ordenamento são impotentes para abarcar todo o complexo das relações jurídicas”²⁰.

O Código Civil positivou os princípios, mas não no sentido de alicerçar o direito contratual, pois deixou de reconhecê-los na formação do contrato, mas como elemento objetivo do sistema, ao contrário do *standard* denominado boa-fé, v.g., em que não se distingue sua subjetividade.

Ainda no exemplo do contrato, esse gera obrigações e o seu não cumprimento é capaz de acarretar prejuízos, que podem ser apreciados até antes de sua formação, portanto devem ser contemplados os limites do direito de contratar com fundamento nos *standards* a serem estudados e a consequência por sua não compreensão, o que levou, inclusive, à criação da teoria do abuso do direito, hoje consagrada pela legislação civil. Igualmente, o contrato pode vir a gerar prejuízos, mesmo cumprido, não só a um dos contratantes como a terceiro que não tenha feito parte do negócio, como no caso das redes contratuais.

Se os operadores do direito estão preparados para interpretação e aplicação das diretrizes do Código Civil somente o futuro poderá dizer com a reflexão sobre as decisões judiciais deste período. Alguns excessos poderão vir a acontecer, o que é natural diante da novidade de ter-se de enxergar o Direito Civil com olhos mais atentos à realidade e as exigências da sociedade contemporânea, fazendo com que todos os estudiosos do direito privado não tenham tanto medo do novo e que deixem de se agarrar a modelos ultrapassados que não respondem mais aos anseios modernos em nome do que se convencionou chamar de “segurança jurídica”.

¹⁸ *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2ª ed, São Paulo: Edipro, 2003, p. 158.

¹⁹ *Manual de direito civil*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, RT. 1980, p.26.

²⁰ *Idem, ibidem*.

A bandeira da “segurança jurídica” sempre foi desfraldada como um empecilho ao novo e como se fosse algo perigoso que se deve evitar a todo custo; ou que colocasse em risco a sociedade equilibrada em princípios morais imutáveis e sagrados.

Ainda se resiste em interpretar as inúmeras perspectivas que o Código Civil representa, mas seremos chamados a aceitar que não há qualquer perigo à “segurança jurídica” e apenas uma tomada nova de consciência e, se excessos de julgamento ocorrerem, serão inevitáveis e naturais e necessários para a adequada adaptação ao paradigma de normas flexíveis; por outro lado, há de ser cobrada uma nova posição acerca de direitos que a rigor teriam uma aplicação mais rígida, como a confusa matéria disciplinada na parte relativa à sucessão *causa mortis*, em que não é possível chegar-se a uma conclusão aritmética adequada quando se destina a decidir o quinhão de herdeiros da mesma classe, porém filhos advindos de união estável em que uns são comuns e outros a outra parceria.

Dessa forma, este trabalho tem início com a meditação acerca do modelo contido no Código Civil que apresenta diversas normas de conteúdo aberto, isto é, que necessitam de uma complementação interpretativa por parte do aplicador do direito, para se seguir na observação da natureza e conteúdo dos princípios gerais do Direito, com o intuito de, a seguir, distinguir e apresentar os *standards* jurídicos.

2 – A INTERPRETAÇÃO DISCRICIONÁRIA NO NOVO MODELO LEGISLATIVO CIVIL

Os críticos do novo modelo legislativo contido no Código Civil, isto é, normas que contêm elementos que merecem um critério de interpretação que abriga valoração, temem que os magistrados brasileiros não estejam à altura de sua missão de solucionar os conflitos. Apresentam críticas como se o legislador civilista tivesse revelado uma novidade nunca antes existente, mas se olvidam que em direito administrativo há muito se observa o que é arbitrário e o que é discricionário nos atos emanados pelas autoridades públicas.

O receio é de que o magistrado substitua a função do legislador, como Humberto Theodoro afirma nesta passagem:

O fenômeno se acentua não só pela incumbência de fiscalização constitucional atribuída ao Judiciário, mas também pela circunstância de cada vez mais as normas legais encerrarem conceitos indeterminados e abertos, o que exige maior atuação dos juízes na interpretação e criação do Direito²¹.

Abordando a polêmica sobre as cláusulas gerais, Franz Wieacher realça que se vê uma válvula para as exigências sociais, que chama de “ilustrado positivismo social”²² e confirma não ser possível atribuir como uma mera interpretação positivista, mas que também na se resume a seu preenchimento a uma remissão de valores individuais ou empíricos, devendo recorrer-se a uma rica, segura e vinculante reserva de fatores de orientação²³.

Ora, foi escolha do legislador essa participação do Poder Judiciário e a interpretação do juiz encontra limites no próprio conteúdo do que é interpretado, do contrário estará proferindo uma decisão arbitrária e, portanto, ilegal e injusta, porém, com o modelo

²¹ *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 134.

²² *El principio general de la buena fé*, trad. José Luis Carro, pról. Luis Díez-Picasso, Madri: Civitas, 1977, p. 30: “En forma algo más moderada se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano.”

²³ *Idem*, p. 43.

proposto na legislação privada, o juiz é chamado a fazê-lo dentro de um critério de discricionariedade como aquelas que provêm do Poder Executivo, em que a lei, por não poder atender a todas as situações concretas permite a valoração de seu conteúdo e o mesmo fazer.

Como lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, não é possível aceitar a doutrina alemã, de que o conceito indeterminado, da norma que contém um componente impreciso, que autoriza uma interpretação, apenas possa ter essa característica enquanto em análise abstrata, perdendo esse atributo diante dos casos concretos²⁴, de tal modo que não seriam discricionários. Ou seja, ensejaria um enquadramento objetivo, já que seria possível dizer com solidez o que seria “notável saber” ou “tranqüilidade pública”, por exemplo, muito embora somente em algumas situações fosse perceptível que lhe dessem uma interpretação duvidosa, pois na maioria das vezes a concretude do que foi revelado impõe uma flexibilidade de entendimento, que não pode ser apontado como incorreto²⁵.

De fato, como bem salienta Bandeira de Mello, justamente esse argumento confirma que os conceitos abertos são relativos ao âmbito da discricionariedade, visto que a própria lei autoriza ao administrador público realizar um ato de liberdade intelectual²⁶, porém, distingue um ato de inteligência de um volitivo, porquanto o primeiro é um ato de interpretação da lei, o que pode ser revisto pelo Judiciário, enquanto o outro depende da conveniência e oportunidade para a prática do ato administrativo, portanto uma decisão de mérito²⁷. Sem dúvida, este é um bom paralelo para discernir o que pode ser revisto pelo Poder Judiciário, muito embora sem os mesmos efeitos jurídicos, pois se trata de uma liberdade conferida ao agente público.

Essa liberdade de ação é limitada pelo direito²⁸, mas de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência para a escolha do ato a ser praticado, e por ser uma opção,

²⁴ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 7ª tir., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

²⁵ *Idem*, p. 23: “Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluído – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Já observou Bernatizik, colacionado por Afonso Rodrigues Queiro, que existe *um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexactidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa.*”

²⁶ *Idem*, p. 23.

²⁷ *Idem*, p. 24.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 173. Haja vista que os atos discricionários não apenas encontram limites na lei, mas também em princípios gerais de direito. “O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que

configura que qualquer que for realizado, dentro dos parâmetros aceitos, será válido²⁹, motivo pelo qual o Judiciário não pode modificar o ato, ao contrário do ato vinculado.

Tanto a doutrina debate com clareza o assunto, quanto o Judiciário é chamado a determinar as diferenças entre essas duas situações, assim é conveniente observar esse fato com sua ajuda.

Com efeito, determinados atos administrativos são vinculados, isto é, não permitem que o administrador faça qualquer juízo de valor sobre o dispositivo legal e deve praticar o ato na forma disciplinada pela norma escrita. Há situações em que o administrador possui discricionariedade, pode praticar o ato com alguma liberdade, o que é diferente do ato vinculado.

A lei administrativa indica quando é passível a discricionariedade do agente público na emanção de atos administrativos; pode-se dizer que a lei legitima essa liberdade.

Helly Lopes Meirelles³⁰ define discricionariedade como sendo a “liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei”, sendo essa sempre “relativa e parcial”, visto que há limites impostos pela lei para sua prática. Ainda, segundo o autor, “essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto”³¹.

Para English, o conceito de discricionariedade é um dos mais difíceis na teoria do Direito justamente por ser possível uma revisão, sendo que o revisor-juiz, por seu lado, pode ter sua decisão acerca do ato discricionário revisto pelo tribunal que lhe é superior³². No entanto, vale notar que English compreende que o conceito discricionário é preenchido de acordo com uma valoração pessoal do agente público ou do juiz.

Nesse sentido English deixa de avaliar que o conceito de discricionariedade vem acompanhado da avaliação do interesse público e este não pode se interpretado por uma

abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito.

²⁹ *Idem*, p. 67.

³⁰ *Direito administrativo brasileiro*, 11ª ed., São Paulo: RT, 1985, p. 98.

³¹ *Idem*, p. 99.

³² *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2001, p. 214.

valoração estritamente pessoal, mas do que de fato é adequado para a coletividade para a qual o agente público está a emanar o ato, o que do mesmo modo será a ponderação do juiz, isto é, se o interesse público foi alcançado. O caminho para a solução da questão é encontrado por English como uma “valoração objetiva”, a verificação de quais são as concepções éticas vigentes e que a valoração pessoal é apenas uma parte do conhecimento³³.

É possível compreender seu pensamento, na seguinte passagem:

A nossa vida jurídica, globalmente apreendida, é modelada por predisposições e impulsos individuais, enquanto parte da nossa multifacetada vida espiritual. Não só no plano da legiferação de qualquer espécie, mas também no plano da administração e da jurisdição os homens são chamados enquanto ‘personalidades’ a modelar e a aplicar o Direito. A ‘concepção subjetiva do que é reto’ não é apenas ‘um resíduo que é preciso suportar penosamente’, logo, algo que infelizmente não pode (pelo menos quando haja que fazer valorações) ser completamente excluído – mas é antes um elemento positivo, e que como tal deve ser afirmado, da cultura jurídica.

Não seria aceitável, em seu entendimento, excluir a personalidade do intérprete na valoração do elemento aberto e somente seria admissível uma valoração sem a impregnação pessoal, em um Estado de Direito, com a evolução da ciência jurídica e a educação de agentes públicos e juízes educados na imparcialidade, na objetividade e na incorruptibilidade, além de não se esquecer de “todas as garantias contra o arbítrio asseguradas pela obrigação de fundamentar objetivamente a decisão tomada, pela discussão nos órgãos colegiados e pela possibilidade de revisão das decisões na instância superior”³⁴.

No dizer de Cretella Jr., nos atos administrativos discricionários, o administrador público tem liberdade de valorar, pois atuam em razão de situações axiológicas e esta situação é apreciada conforme cada espécie³⁵.

Os limites desse poder discricionário são apresentados por Celso Antonio Bandeira de Mello³⁶, visto que nenhuma lei é desprovida de finalidade e assim seus contornos são emanados da própria lei que o autoriza, o que ocorre inclusive de qual escopo esta quer alcançar. Dessa maneira, os limites estão demarcados pela vontade abstrata da lei, que

³³ *Idem*, p. 241.

³⁴ *Idem*, p. 254.

³⁵ *Do ato administrativo*, São Paulo: J. Bushatsky, 1972p. 76.

³⁶ *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: RT, 1981, p. 218.

merece uma interpretação para encontrar a intenção contida na lei que autoriza o ato³⁷. Atravessando-se a fronteira desta legalidade, encontra-se o ato arbitrário que viola o conteúdo da norma.

Como já se disse, a lei é a fonte do ato administrativo discricionário, entretanto, tem a doutrina administrativista admitido sua prática nas seguintes hipóteses, segundo a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸:

a) quando a lei o autoriza expressamente;

b) quando a lei for omissa, entretanto, o administrador poderá emanar ato discricionário de acordo com os princípios extraído do ordenamento;

c) quando a lei não estabelece a conduta do administrador, como nos atos vinculados, porém determina a competência deste agente para a prática do ato³⁹.

Com efeito, o ato será visto de acordo com seu mérito, ao que se costuma chamar de conveniência e oportunidade, mediante o juízo de valor do agente administrativo que irá praticar o ato, o que, como se vê, em uma situação de análise subjetiva e dentro dos limites de valoração, muito embora seja necessária a investigação do que seja conveniência e oportunidade, como elementos abertos da norma.

O juiz, como agente da fiscalização, percorre um caminho de raciocínio para revelar se o ato foi emanado dentro do critério de legalidade a que deve submeter. Portanto, o juiz repete as operações valorativas realizadas pelo agente público e que pode chegar a uma conclusão diferente, ao que afirma Antonio Carlos de Araújo Cintra⁴⁰, “a lei atribui maior valor às operações realizadas pelo juiz, tanto que a este atribui a última palavra sobre a questão, envolvendo-a com a autoridade da coisa julgada”. Mas como é possível permitir ao magistrado, que não é o agente administrativo, valorar a situação de conveniência e oportunidade? Há um excesso na afirmação do autor, com a exacerbação das competências

³⁷ *Idem*, p. 220. Nas exatas palavras de Bandeira de Mello: “Ao longo deste grau de indeterminação e, portanto, no interior dele, há um vácuo volitivo cujo preenchimento é transferido pela lei ao administrador a quem incumbe adensar a atmosfera rarefeita de conteúdo de vontade. Por isso, o ingrediente psicológico inafastavelmente subjetivo do administrador – desde que contido, dentro do âmbito de liberdade residual preestabelecido pela lei – é o componente legítimo e necessário, visto que o modo de dar satisfação à finalidade legal só adquire conteúdo a partir desta integração pressuposta pela norma, a qual antecipadamente propôs como sendo sua a manifestação de vontade que vier a ser declarada pelo administrador”.

³⁸ *Direito administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1991, p. 162.

³⁹ *Idem*, p. 163. Como se vê, o ato é sempre vinculado no que diz respeito à competência do agente público, a discricionariedade está ligada ao momento e conteúdo do ato: “No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado.”

entre os poderes, questão que não é objeto deste estudo, mas que no momento pode-se afirmar como possível, como uma melhor garantia contra as arbitrariedades.

À guisa de exemplo, tome-se a norma que admite a demissão de funcionário público ao bem do interesse público. Haverá um agente a realizar um exercício intelectual de valoração para encontrar a exata medida do que seja o interesse público, o que somente pode ser descoberto na observação da situação em concreto e de todos os fatos que lhe dão suporte.

Esses elementos, que amiúde são objeto de interpretação do administrador público e cuja fiscalização é mantida pelo Poder Judiciário para avaliar a validade dos atos assim emanados, são da mesma natureza que os elementos contidos nas normas de conteúdo aberto do Código Civil em vigor.

Dessa forma, não pode ser motivo de surpresa e temor o novel modelo, que não é novo para o Direito, mas apenas para o ramo do direito privado brasileiro. O bom senso será capaz de distinguir o que é discricionário e o que é arbitrário, de acordo com cada situação fática que se apresente para o magistrado solucionar.

Aplicado como exemplo, Rubio, ao estudar boa-fé, considera três caminhos para que o elemento aberto possa ser adequadamente preenchido⁴¹: o primeiro com uma valoração individual; o segundo com uma valoração de um determinado grupo; e o terceiro por uma valoração geral.

Assim, haverá um juízo crítico individual quando o juiz ao tentar descobrir o conteúdo de determinada expressão o faz em seus fundamentos próprios. O conceito de homem honesto será aquele que o intérprete considerar para si e não exatamente aquele que pode ser adotada por uma determinada categoria de pessoas. O juiz, como intérprete parcial, estará aqui colocando alta dose de subjetividade em seus juízos de valores referentes à solução, o que, sem dúvida, encontrará uma carga excessiva de decisões em geral contraditórias.

No que diz respeito ao preenchimento do conteúdo com base nos determinismos axiológicos de determinado grupo, corre-se o risco, no dizer de Rubio, de que fique a cargo de uma determinada elite a referência de valoração, no entanto, tal não é adequado, haja

⁴⁰ *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo: RT, 1979, p. 50.

⁴¹ *La buena fe, el principio general en el derecho civil*, Madri: Montecorvo, 1983, p. 108.

vista que o direito deve representar toda sociedade e não apenas um determinado grupo e porque ninguém está à margem do fenômeno jurídico.

Todavia, um terceiro caminho será aquele que faz a interpretação do elemento de conteúdo aberto de acordo com a valoração geral, entretanto, esse procedimento do mesmo modo pode se mostrar impróprio, pois, mesmo que se louve que se está evitando o risco do subjetivismo, o padrão médio encontrado pode não ser adequado para solucionar o conflito de determinado grupo de pessoas que possuem um padrão de comportamento normalizado para o seu meio social, por uma questão até de referência territorial ou situação econômica.

As dúvidas e críticas que possam surgir a esse modelo legislativo adotado pelo Código Civil, com regras impregnadas de elementos necessários de interpretação avaliativa, dizem respeito ao receio de se atingir e macular a suprema garantia jurídica, alçado por alguns à quase categoria do sagrado⁴², todavia só com a passagem do tempo e, por conseqüência lógica, da experiência, foi possível perceber que o modelo rígido e fechado não era o mais adequado.

No caso do Código Civil francês, era perfeitamente concebível que após a consagração da Revolução Francesa o legislador desejava a submissão do juiz, pois este, como representante de uma elite, se tivesse o poder de julgar fora do que lhe era imposto pela lei, poderia pôr a perder todo o pensamento revolucionário e as elites até então combatidas continuariam no poder. Porém, como tudo que é excessivamente rígido faz romper as estruturas, situação oposta se instalou: a solução dos conflitos fora da lei, como ocorreu com a Escola do Direito Livre no começo do século XX.

Por conseqüência, pode-se afirmar que o modelo de agora decorre da necessidade de uma maior participação social, não só pela escolha dos legisladores, mas de que a aplicação das normas deve estar fundamentada no interesse social, o que já foi estabelecido pelo legislador constituinte ao inserir regras que determinam a função social, inclusive de direitos de conteúdo tão individualista, como o direito de propriedade. Aliás, nas palavras

⁴² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 206. Citando Bockelmann para descrever o pensamento do século XIX, ou seja, de o juiz nada mais seria do que escravo da lei, todavia, é com o passar do tempo que se percebe que esta situação não seria mais possível e adequada.

de Guido Alpa e Mario Bessone, no modelo das cláusulas gerais a solução dos conflitos passa a ser realizada consoante a consciência social⁴³.

⁴³ *Elementi di diritto privato*, Roma: GLF editori Laterza, 2001, p. 18: *Il ruolo del giudice consiste nel dirimere i conflitti applicando la legge; ma l'applicazione presuppone l'interpretazione della legge della quale si è detto il contenuto creativo, specie nelle ipotesi in cui si debbano applicare le clausole generali. Con questo termine, creato dalla dottrina tedesca, si indicano quelle espressioni di tenere appunto generale, non specifico, i cui contenuti possano essere precisati di volta dal giudice secondo il devolvere delle abitudini e del sentir dei cittadini e del sentir dei cittadini: in una parola, della coscienza sociale.*

3 – MORAL E DIREITO

Moral, palavra cujo conteúdo merece um esforço de elucidação, e que o dicionário lhe atribui ora a característica de substantivo masculino, ora como feminino, e enquanto substantivo masculino é “um estado de espírito”, já como feminino, “conjunto de valores como a honestidade, a bondade, a virtude etc., considerados universalmente como norteadores das relações sociais e da conduta dos homens”⁴⁴, ou ainda em seu sentido filosófico, “cada um dos sistemas variáveis de leis e valores estudados pela ética (disciplina autônoma da filosofia), caracterizados por organizarem a vida das múltiplas comunidades humanas, diferenciando e definindo comportamentos proscritos, desaconselhados, permitidos ou ideais”⁴⁵. Para o direito o interesse é sobre a moral, enquanto qualidade feminina.

Sua etimologia vem do latim, *moralis*, ou seja, relativo aos costumes⁴⁶.

A história demonstra que em determinados momentos a moral e o direito se entrelaçavam e se afastavam, e esse distanciamento tinha por escopo atribuir segurança às relações jurídicas, como se as ciências sociais tivessem que ser fundamentadas em motivos precisos, em que qualquer ingerência metafísica fosse suficiente para macular sua exatidão.

Kant fez uma distinção entre moral e direito em sua obra *Metafísica dos costumes*, em que a moral poderia ser fundamentada na razão, que visa um fim em que possa assegurar uma lei universal baseada na vontade livre do ser humano, que denomina de *lei moral*, destacando-a como uma virtude, como se vê em sua *Crítica da razão prática*⁴⁷, ligada a uma satisfação de consciência de cada um, julgando se seus atos são bons ou maus. A lei

⁴⁴ *Dicionário Houaiss*, p. 1958.

⁴⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁷ *Crítica da razão prática*, trad. Rodolfo Schaefer, São Paulo, Martin Claret, 2005, p. 42: “Possuir a segurança do progresso no infinito das suas máximas e da imutabilidade das mesmas para uma ininterrupta marcha progressiva, ou seja chegar a possuir a virtude, é a coisa mais elevada que a razão prática finita possa conseguir, sendo que esta, pelo menos, como poder, adquirido naturalmente, nunca chega a ser perfeita, porque, neste caso, a segurança nunca é uma certeza apodítica, resultando, portanto, como persuasão, extremamente perigosa.”

moral, como algo interno, ao contrário do direito como a expressão exterior da convivência humana; mas a moral como modo de diferenciar o humano dos animais e como atesta a frase encontrada em seu túmulo, retirada dessa obra e que bem sintetiza seu pensamento: “por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral”.

No julgamento de Nietzsche, os filósofos ao tentarem fundamentar a moral, revestiam-se de pretenciosidade, por terem um grosseiro conhecimento sobre o assunto, confundindo-a com os ideais de sua igreja, ambiente ou classe social⁴⁸, assegurando que estavam mal informados e pouco curiosos, uma vez que não enxergavam “os verdadeiros problemas da moral – os quais emergem somente na comparação de *muitas* morais”, em que sua motivação era apenas uma fé na moral dominante⁴⁹. Toda moral é contrária à natureza e contra a razão, em seu entender⁵⁰, e não passam de regra de conduta, uma *consciência formal* que leva ao grupo de homens à obediência servil⁵¹.

Por não conseguirem encontrar taxativamente o que é verdadeiro na moral, se é absoluta e vigente a toda a humanidade, ou se está sujeita a variações de tempo e lugar, buscou-se distanciar a moral do direito, sobretudo a partir do final do século XVIII e o começo do século XIX⁵², como uma maneira de impedir aos governantes interferirem na vida privada das pessoas, como tantas vezes havia acontecido no cotidiano da humanidade, em épocas que se impunham condutas absolutas de comportamento social e se controlavam até os pensamentos, como o triste exemplo da Inquisição.

Savatier já dizia que o domínio da moral é maior que o do direito; a moral é um dever: um dever com Deus, consigo mesmo, com os outros, sem que se possa exigir que esse

⁴⁸ *Além do bem e do mal*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia de Bolso, 2005, V, 186, p. 74.

⁴⁹ *Idem*, V, 186, p. 75.

⁵⁰ *Idem*, V, 188, p. 76: “Toda moral é, contraposição ao *laissez aller* (deixar fazer), um pouco de tirania contra a ‘natureza’, e também contra a ‘razão’: mas isso ainda não constitui objeção a ela, caso contrário se teria de proibir sempre, a partir de alguma moral, toda espécie de tirania e desrazão.”

⁵¹ *Idem*, V, 198, p. 84: “Todas essas morais que se dirigem à pessoa individual, para promover sua ‘felicidade’, como se diz – que são elas, senão propostas de conduta, conforme o grau de *periculosidade* em que a pessoa vive consigo mesma; receitas contra suas paixões, suas inclinações boas e más, enquanto têm a vontade de poder e querem desempenhar o papel de senhor; pequenas e grandes artimanhas e prudências cheirando a velhos remédios caseiros e sabedoria de velhotas...”

- V, 199, p. 85: “A singular estreiteza da evolução humana, seu caráter hesitante, lento, com freqüência regressivo e tortuoso, deve-se a que o instinto gregário da obediência é transmitido mais facilmente como herança, em detrimento da arte de mandar. Se imaginarmos esse instinto levado à aberração, acabarão por faltar os que mandam e são independentes; ou sofrerão intimamente de má consciência e precisarão antes de tudo se iludir, para poder mandar, isto é, acreditar que também eles apenas obedecem.”

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa*, cit., p.124.

dever seja cumprido⁵³, contudo, é uma obrigação de justiça que deve ser observada voluntariamente, sem imposição, sem sanção⁵⁴, ou seja, simplesmente um dever, entretanto é necessário contemplar que no caso do direito público, especificamente para a Administração Pública, há de ser observado o princípio da moralidade na conduta jurídica de seus agentes, o que não significa a miscigenação entre o direito e a moral, mas que o agente público deve observar ambos.

Aliás, nossa Constituição Federal determina que a Administração Pública e seus administradores se pautem pela moralidade, como se vê no inciso LXIII, do art. 5º, § 9º do art. 14, e, por fim, o *caput* do art. 37, que a ordena não só para a Administração direta, como também para a indireta⁵⁵. No entanto, a moralidade e a legalidade ainda não se confundem nesses imperativos, tanto que a doutrina administrativista as trata como autônomas⁵⁶, limites à discricionariedade, pois, com efeito, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷:

É principalmente no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem liberdade de opção entre várias alternativas; todas elas válidas perante o direito. Ora, que pode perfeitamente ocorrer que a solução escolhida pela autoridade, embora permitida pela *lei*, em sentido formal, contrarie valores éticos não protegidos

⁵³ SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, 12ª ed., Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1947, T. Premier, pág. 15 : *Cette place énorme de l'équité dans le droit ne doit pas, pourtant, amener à confondre le droit avec la morale. Le domaine de la morale est beaucoup plus large que celui du droit. La raison en est facile à comprendre. La morale donne à tout homme des devoirs : devoirs envers Dieu, envers soi-même, envers autrui, sans s'inquiéter de savoir si une autre personne a le droit d'exiger que ce devoir soit accompli. Or c'est dans ce dernier cas seulement que la morale entre dans le domaine du droit par l'intermédiaire de l'équité.*

⁵⁴ RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1956, p. 25: *Les règles morales ont plus d'importance et plus de force que les règles juridiques, car elle imposent, non seulement des devoirs de justice, mais encore des devoirs de charité, et parce qu'elles sont observées volontairement.*

⁵⁵ BRASIL. CF. Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Art. 14, § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a **moralidade para o exercício do mandato**, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa*, cit., p. 145: "O que interessa é verificar se a moralidade – e até que ponto – está absorvidas por normas legais ou se resta ainda alguma esfera em que a distinção é cabível, justificando a previsão do princípio da moralidade como autônomo em relação ao da legalidade."

⁵⁷ *Idem*, p. 161.

diretamente pela regra jurídica, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada coletividade.

Fazendo-se uma observação quanto ao conteúdo moral das normas, cabe destacar que o direito não se confunde com a moral, mas às vezes as leis são um instrumento da moral, já que algumas possuem esse conteúdo e o fato de estarem positivadas não a fazem perder tal caráter⁵⁸, contudo, muito embora interfiram nas questões de direito, são apenas um de seus fatores, visto que com a autonomia conquistada pelo direito privado em Roma, são as relações jurídicas entre pessoas e as coisas que constituirão objeto do Direito.

Declarando que moral e direito não podem viver sem estarem juntos, Georges Ripert escreveu *A regra moral nas obrigações civis*, concluindo não ser possível uma técnica pura para as obrigações, o que faria o homem desaparecer do contexto equitativo, permitindo-se concluir que o direito conservou-se fiel à lei moral⁵⁹. Talvez porque tudo o que é em excesso não chega a um bom fim, e permitir que regras exatas, ou puras, sejam as únicas a fundamentar o direito do mesmo modo não correspondeu aos anseios de respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

O que é verdadeiro, por ser constatado, é que regras morais são incorporadas por normas legais e um excelente exemplo pátrio é o que está determinado no § 3º do art. 226 da Constituição Federal, em que apenas a união entre um homem e uma mulher tem conferidos direitos relativos à união estável passível de receber proteção do Estado, sem incluir as uniões homoafetivas, e não sem razão o reconhecimento de danos morais, passível de ser indenizado quando violados. Como dito, a Constituição brasileira apresenta

⁵⁸VILLEY, Michel, *Filosofia do direito - definições e fins do direito. Os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, São Paulo; Martins Fontes, 2003, p. 416, tratando do assunto e analisando as Leis morais supremas como a Tora e os Evangelhos, que atribuíram o arquétipo da Lei, princípio da Moral cristã: “Pois foi sobre esta base que se constitui uma teologia da lei: desde Orígenes, Santo Agostinho, até São Tomás e Suarez. Nela encontramos, associada à lei mosaica “antiga” ou “nova” do Evangelho, a lei natural, “inscrita no coração de cada um”, segundo a fórmula de São Paulo. Depois, tratadas como “derivações” da lei natural, as chamadas leis “humanas” temporais, cuja função é moldar os preceitos da “lei natural”, adaptá-los às circunstâncias, e conjugá-los com sanções. Que elas sejam sancionadas não lhes retira o caráter de regras de conduta morais. A despeito de Kant, o destino das regras da moral é o de serem às vezes impostas... E, contudo, isso não as torna direito”.

⁵⁹ *A regra moral nas obrigações civis*, trad. Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2000, p. 384: “Este livro não tem outra pretensão senão demonstrar a impossibilidade em que se encontra o legislador ou o juiz a fornecer regras ou resolver dificuldades usando pura e simplesmente processos técnicos de elaboração e de construção do Direito. A regra não pode ser fornecida e aplicada senão considerando o ideal moral que o legislador se propõe a realizar e para o qual o juiz deve concorrer.”

conteúdo moral o que não deixa de ser reconhecido⁶⁰.

⁶⁰ Como exemplo o julgamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o conteúdo moral da Constituição:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424 / RS, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, p. DJ 19.03.2004

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. **Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.** 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. **Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O

A moralidade estaria no Direito, consoante João Baptista Moreira⁶¹:

Nos princípios: do bom, do justo, da eqüidade, para constituir a *Ars boni et aequi*, onde a ninguém é lícito locupletar-se às custas de outrem; todos são iguais perante a lei; e não se admitem discriminações de sexo, raça, idade, nacionalidade, trabalho etc; há a instituição do bem de família; o combate ao tráfico de drogas, mulheres e escravos; o amparo aos silvícolas e aos irresponsáveis; e fulge a beleza de todas as grandes figurações humanísticas do Direito.

Pode-se dizer que são várias as morais, individual, coletiva, religiosa etc., motivo pelo qual o direito não pode com elas se confundir, pois a todos aplicados, até porque, nos termos da Declaração de Direito dos Homens, é claro que todos os homens nascem livres e iguais em direitos, sem que haja qualquer tipo de discriminação.

preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoo sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

⁶¹ *Um estudo sobre a teoria dos modelos de Miguel Reale*, São Paulo: Resenha Universitária, 1977, São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 16.

4 – A LEI NATURAL COMO FONTE DO DIREITO

Os historiadores sempre evocam Sófocles para descrever uma primeira vez em que teria sido invocada uma lei natural, anterior a qualquer lei escrita, como fonte do direito, porém não de qualquer um, mas o do justo. Quando o personagem Antígona, filha de Édipo e Jocasta, ao ser julgada por dar sepultura a seu irmão morto que estava banido, invoca uma lei da justiça humana, anterior a qualquer outra, para justificar o direito de enterrá-lo.

Sócrates, ao aceitar a morte sem resignação obedece à mesma lei, como se vê na obra de Platão, que em *Crítion*, no diálogo que mantém antes de tomar o veneno pela pena de morte que lhe fora imposta por condenação, afirma que não irá fugir de sua pena, tendo em conta que está a seguir os princípios que sempre seguiu, uma obediência ao que seria ético ou natural. Muito embora trazido por Platão, percebe-se que Sócrates associa o direito natural com aquilo que é justo⁶².

Todavia, foi em Aristóteles que o Direito natural recebeu um adequado tratamento.

Como nos explica Michel Villey⁶³, Aristóteles considerava que a palavra natureza (*phusis*) e direito (*dikaion*) tinham o mesmo sentido, daí a importância que atribuía à linguagem espontânea do povo, sendo que em sua obra, *A política*, desenvolve a tese do homem como *animal político*⁶⁴, considerando natural a vida na cidade, conforme as conclusões das observações de seu tempo. Somente a cidade é natural para Aristóteles⁶⁵.

⁶² XENOFONTE, *Apologia de Sócrates*, p.163. É assim que Xenofonte descreve em síntese sua aparente contradição: “É de crer que tanto Sócrates como aqueles de seus amigos que falaram em sua defesa dissessem ainda muitas outras coisas. Mas não me propus desfiar todos os pormenores do processo; basta-me ter feito ver que Sócrates tomara por ponto demonstrar que jamais fora ímpio para com os deuses nem injusto para com os homens, mas que longe dele pensar rebaixar-se a súplicas para escapar à morte: ao contrário, desde logo se persuadira haver chegado a hora de morrer. Estes sentimentos melhor se patentearam ao pronunciar-se a condenação. Primeiro convidado a fixar a taxa de multa, declinou-o e não o permitiu aos amigos, dizendo-lhes que tal fazer seria confessar-se culpado. Depois, querendo seus amigos subtraí-lo à morte, recusou-o e, chasqueando, perguntou-lhes se conheciam fora da Ática algum lugar inacessível à morte.”

⁶³ *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 86.

⁶⁴ *Idem*, p. 88.

⁶⁵ *Idem, ibidem*. Para Villey, as reflexões ora expostas de Aristóteles não são mais adequadas na atualidade, mas decorriam da experiência de seu tempo.

Assim, para Aristóteles um cidadão virtuoso é o que trabalha pelo bem estar do Estado, afirmando, em feliz metáfora, que:

Podemos comparar os cidadãos aos marinheiros: ambos são membros da comunidade. Ora, embora os marinheiros tenham funções muito diferentes, um empurrando o remo, outro segurando o leme, um terceiro vigiando a proa outro desempenhando alguma outra função que também tem seu nome, é claro que as tarefas de cada um têm sua virtude própria, mas sempre há uma que é comum a todos, dado que todos têm por objetivo a segurança da navegação, à qual aspiram e concorrem, cada um à sua maneira. De igual modo, embora as funções dos cidadãos sejam dessemelhantes, todos trabalham para a conservação de sua comunidade, ou seja, para a salvação do Estado. Por conseguinte, é a este interesse comum que deve relacionar-se a virtude do cidadão.⁶⁶

Dessa forma, tem a doutrina do Direito Natural um verdadeiro nascimento com Aristóteles⁶⁷, todavia será então considerada como imutável e, nesse sentido, pode-se ter como normas de conduta consideradas como justas algo que não se modifica com o tempo e lugar, muito embora reconheça a necessidade do direito positivo, ainda que com os limites da lei natural⁶⁸.

Aristóteles dá ao Direito natural o sentido de não ser antagônico com o direito positivo, mas se complementam, porquanto é na observação da natureza que o legislador elabora as normas, pois nada mais é do que um trabalho intelectual, teórico e especulativo que parte do que é natural⁶⁹. É dessa maneira que se observa ser da natureza humana a busca do novo, o desejo de evoluir, de encontrar modos de vida que facilitem o cotidiano e que distribuam situações que causem bem-estar entre todos os membros da sociedade.

Os romanos atribuíram-lhe um sentido um pouco diferente, mas é de se observar que o direito romano surgiu primeiro dos costumes, para depois ser escrito, dessa forma, quando se lê no Digesto *ius naturale* ele próprio o conceitua como:

O que a natureza ensinou a todos os animais. Pois este direito não é o próprio do gênero humano, mas de todos os animais que nascem da terra ou no mar, comum também às aves. Daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos

⁶⁶ *A política*, p. 48.

⁶⁷ VILLEY, Michel. *La formation*, p. 90: “Aristote est le “père de la doctrine du droit naturel”.

⁶⁸ *Idem*, p. 95.

⁶⁹ *Idem*, p. 85, revelando a doutrina de Aristóteles faz esta demonstração: *Normalement, la solution de droit doit être atteinte conjointement par ces deux sources qui ne sont point opposées mais complémentaires : d’une part l’étude de la nature et ensuite, dans un second stade, la détermination précise du législateur ou du juge. Il n’y a donc pas opposition entre le juste ‘naturel’ et les lois écrites de l’État, mas les lois de l’État expriment et complètent le juste naturel. Cette doctrine du droit naturel ne méconnaît donc pas l’importance du rôle du législateur.*

matrimônio; daí a procriação dos filhos, daí a educação. Percebemos, pois, que também os outros animais, mesmo as feras, são guiados pela experiência deste direito⁷⁰.

Muito embora seja de se constatar que o dito direito natural era adaptado ao pensamento da época, que justificava a existência de escravos, que não teriam os mesmos direitos porque não eram reconhecidos como pessoas, mas apenas como animais.

Como bem nos ensina Aloysio Ferraz Pereira, os juristas romanos representam a capacidade da expressão da razão jurídica⁷¹, expoentes da praticidade na solução dos problemas e com a influência grega o direito romano clássico absorveu a teoria aristotélica de Direito natural, atribuindo significado à ciência, nas definições do direito, da justiça, da jurisprudência, além das classificações de fenômenos, instituições e conceitos jurídicos⁷². Já com Cícero, durante a República, dá-se início à sua distorção, haja vista que o direito romano clássico representa o sentido social do direito, sem a deturpação do individualismo⁷³.

Em *Da República*, Cícero traz um diálogo sobre a existência de um direito natural, em primeiro momento com argumento negando sua existência⁷⁴, para depois apresentar a tese que o confirma⁷⁵, nesse contorno, entende que o bem e o mal são princípios naturais

⁷⁰ D.1.1.1.3, na tradução de Hélcio Maciel França Madeira.

⁷¹ *O direito como ciência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 12: “Quer dizer: os juristas romanos adquiriram a capacidade de manipular, com rigor, os seus conceitos, de exercitar, com habilidade e precisão, a *razão jurídica*, assinalada não apenas por seu caráter calculatório, mas por sua *razoabilidade*, isto é, adequação ao seu objeto próprio. É uma razão rigorosa mas sem rigorismo, permeada de bom-senso, de prudência, sabedoria e espírito prático, inspirado na experiência.”

⁷² *Idem, ibidem*. Entendendo que o direito romano lhe deu o sentido autêntico.

⁷³ *Idem*, p. 14: “No entanto, o direito romano, além de se não fundar sobre o direito subjetivo descansa sobre uma filosofia objetivista, vale dizer, *social* do direito, largamente tributária de Aristóteles.” Deste modo é que a idéia de boa-fé e equidade é concebida no direito clássico.

⁷⁴ CÍCERO, *Da Rep.* 3,8: “Se fosse inata a justiça, todos os homens sancionariam o nosso direito, que seria igual para todos, e não utilizariam os benefícios de outros em outros tempos nem em outros países. Pergunto, pois: se o homem justo e bom deve obedecer às leis, a quais deve obedecer? Não será a todas sem distinção, porque a virtude não admite essa inconstância, nem a natureza essa variedade, comprovando-se as leis com a pena e não com a nossa justiça. Não há direito natural e, por conseguinte, não há justos por natureza. Direis, talvez, que, se as leis mudam, todo cidadão verdadeiramente virtuoso nem por isso deve deixar de seguir e observar as regras da eterna justiça, em lugar das de uma justiça convencional, posto que dar a cada um seu direito é próprio do homem bom e justo. Mas, quais são, então, os nossos deveres para com os animais? Não varões vulgares, mas doutos e esclarecidos, Pitágoras e Empédocles, proclamam um direito universal para todos os seres vivos, ameaçando com terríveis penas aquele que se atreve a violar o direito de um animal qualquer. Prejudicar os animais é, pois, um crime.”

⁷⁵ CÍCERO, *Da Rep.* 3, 17: “A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e

(*principia natura*), considerados enquanto tais e não como algo que é visto por um critério de avaliação, mas porque é o elemento primeiro de sua natureza⁷⁶.

Cícero, por seus ideais republicanos, buscou um único fundamento para o direito e a justiça, com a defesa da extensão do direito de cidadania a todos, o que justificava a defesa de um Direito natural unificado com o direito das gentes e civil⁷⁷.

As *Institutas* de Gaio, ao dar início ao ensinamento do Direito, traz a seguinte definição como significado de Direito natural: um direito que é próprio a um povo e, em parte, é comum a todos os homens⁷⁸, perfilhando o entendimento de que é relativo ao aspecto espacial, mas aliado a uma interpretação racional⁷⁹, o que seria um modo de aproximar-se de uma concepção humanista, já que provém do humano⁸⁰, no entanto, justificava a hierarquia social romana dividida entre patrícios, gentios e escravos.

Como esclarece Michel Villey, quando do Digesto, a doutrina romana já estava advertida das dificuldades do conhecimento do Direito natural, a ponto de certos textos o reduzir a um pequeno número de princípios que também são comuns a todos os animais, destarte como às máximas da moralidade⁸¹.

Com a passagem do tempo, tem-se a visão sobre o Direito natural no século XVIII, tomando-se como exemplo a obra de um brasileiro, Tomás Antônio Gonzaga, que para

outra em Atenas, - uma antes e outra depois, mas una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.”

⁷⁶ SCHAPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Turim: g. Giappichelli Editore, 1999, p. 92: *Di principia naturae ho gia detto; ma è certo rilevante l'uso in De leg. 1,17,46, nel contesto di un discorso globalmente dedicato ad stabilenda iura (1,13,37). Viene qui affrontato il tema se la natura o la opinio fondi la giustizia, e più in generale il giudizio di ciò che è honestum o turpe (1.15.42-16,45). Così come alla natura sono da riportare le valutazioni sulle qualità i un albero o di un cavallo, perchè se ciò che è degno di lode, è necessario in se habeat ciò di cui sia lodato, anche ciò che è buonno non è tale perchè tale è retenuto, ma perchè lo è per natura (1,17,46). Il bene e il male sono principia naturae, 'elementi primi' di esa (ed altesi, grazi alla relazione con la natura, punti di riferimento stabilie, sottratti alle valutazioni e decisioni degli uomini).*

⁷⁷ SANTANA, Luiz Joaquim e SZANIAWOSKI, Elimar. *O direito natural em Roma*, Revista da Faculdade Direito – UFP, vol.24, p. 53.

⁷⁸ *Inst.* 1, I: “Todos os povos que são regidos por leis e costumes usam um direito que, em parte, lhes é próprio e, em parte, é comum a todos os homens, pois o direito que cada povo promulga para si mesmo esse lhe é próprio e se chama *direito civil*, direito inerente à própria cidade, mas o direito que a razão natural constitui entre todos os homens e entre todos os povos que o observam, chama-se *direito das gentes*, como se disséssemos o direito que todos os povos usam. Assim, também, o povo romano usa de um direito que, em parte, lhe é próprio e, em parte, comum a todos os homens.”

⁷⁹ *Inst.* 2,79: “Em matéria de especificação, recorreremos à razão natural.”

⁸⁰ SANTANA, Luiz Joaquim e SZANIAWOSKI, Elimar. *O direito natural em Roma*, cit., vol.24, p. 49.

⁸¹ VILLEY, Michel. *Iusnaturalismo-ensayo de definición*, Rev. de La Facultad de Derecho, Universidad Complutense, curso 1990-1991, p. 346.

concorrer ao cargo de professor na Universidade de Leis de Coimbra, provavelmente em 1772⁸², apresentou a tese com o título *Tratado de direito natural*, somente publicada em 1942, entretanto, como a obra é dedicada ao Marquês de Pombal, há dúvidas se expressam suas idéias ou apenas traduzem uma opção em não desagradar os que estavam então no poder político⁸³. Nela Gonzaga expõe que a origem do Direito natural é a vontade de Deus⁸⁴, pois, muito embora se trate de uma tese de direito, o inconfidente estende-se na justificação da existência de Deus e da necessidade de uma religião.

Assim sendo, Gonzaga atrela o direito a uma concepção moral, na escolha do certo e do errado como uma escolha moral, e essa escolha provém do Direito natural⁸⁵.

Após o surgimento do jusnaturalismo, que converteu o entendimento do Direito natural de modo cartesiano, justificando uma apreciação meramente racional, há um forte apreço pelo Direito natural por conta da Revolução Francesa, que pretendeu romper com todos os parâmetros possíveis da estrutura social, baseando-se na máxima do igualitarismo, liberdade e fraternidade. Como pretendiam uma ruptura total, até um novo calendário foi criado, com os dias tendo 10 horas de 100 minutos e um minuto, 100 segundos, mas esses ideais estavam fundados na razão, já que os intelectuais iriam conduzir o povo⁸⁶.

Somente com o início da Revolução buscaram ideais universais, fundamentado na natureza humana, portanto um Direito natural que fosse a base dogmática do novo Regime⁸⁷, nada obstante, para justificar a proteção aos direitos do homem, a um direito imposto pelas leis, que não admitiam qualquer forma de interpretação ao seu conteúdo, com modo de conter uma subversão dos valores por eles erigidos à condição máxima de valor, o que fez apagar qualquer liberdade ansiada.

⁸² A data é incerta.

⁸³ GONZAGA, Tomás A. *Tratado de direito natural*, em apresentação de Keila Grinberg, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁸⁴ *Idem*, p. 77: “Se o princípio ‘de ser’ não é outra coisa mais do que a origem da obrigação, quem poderá duvidar que o direito natural não pode ter outro princípio senão a vontade de Deus?”

⁸⁵ *Idem*, p. 45: “Ao raciocínio que o entendimento faz sobre a moralidade das ações, para saber se são justas ou injustas, se chama consciência.”

(...)

p. 47: “A obrigação que temos de nos conformarmos com semelhante consciência provém de direito natural; pois que é o mesmo direito natural ou uma intimação dele.”

⁸⁶ VAREJÃO, Marcela. *Sobre o direito natural na Revolução Francesa*, n.109, p. 217, indicando as críticas de Voltaire: “Tece, antes e durante a Revolução, críticas veementes contra a noção supostamente igualitária e racional de ‘Terceiro Estado’ (‘Dizem que todos os homens são irmãos, mas falam de Estados diferentes’), mas defende um valor absoluto: a razão, não o indivíduo.”

⁸⁷ *Idem*, p. 219.

Michel Villey define o jusnaturalismo como uma doença mental, caracterizada pela hipertrofia e alteração do Direito natural⁸⁸, em artigo escrito de modo virulento, mas assertivo em apontar os erros da doutrina jusnaturalista. Publicado em 1986, dois anos antes de seu falecimento, apresenta a seguinte classificação recebida pelo Direito natural a partir de seu renascimento⁸⁹:

a) Leis divinas reveladas: primeira maneira de manifestação da doutrina, mas fracassa no cristianismo, já que o Evangelho não contém conteúdo jurídico;

b) Leis morais: a lei moral se confundindo com o Direito natural, como exemplo, reparar os prejuízos causados por sua culpa;

c) Natureza do homem: uma definição estática da essência humana, em que lista a vocação humana para a liberdade, a felicidade e outras faculdades, incluindo os deveres do homem para com seu semelhante;

d) Natureza das coisas: ou de organismos sociais, como o casamento ou a cidade, assim, relativo à função social do direito;

e) Razão pura: conforme Kant, em que o Direito natural é constituído sobre a razão pura, e segundo Villey deveria então chamar de direito racional.

Com efeito, afirma Villey que a arbitrariedade é a única a se beneficiar pelo desdobramento da doutrina jusnaturalista, ou de símbolos vazios como os “princípios gerais do direito”, a “equidade” e sobre todo “Direitos dos Homens”, que seriam apenas promessas desconsideradas e jamais mantidas⁹⁰.

Seguiu-se ao período do positivismo, em que somente a norma poderia ser fonte do direito, como confronto aos considerados termos incertos do Direito natural.

Com os absurdos cometidos durante a Segunda Guerra mundial, observou-se um

⁸⁸ VILLEY, Michel. *Iusnaturalismo*, cit., p. 341: “*Iusnaturalismo: Enfermedad mental, caracterizada por la hipertrofia y alteración de los órganos del ‘Derecho natural’. Identificada a mediados del siglo XIX con todos los ‘ismos’.*”

⁸⁹ *Idem*, p. 343-344.

⁹⁰ *Idem*, p. 345: *La arbitrariedad es la única beneficiaria del despliegue de las neblinas iusnaturalistas o de los símbolos vacíos sobre los cuales resurge el Derecho natural: ‘Principios generales del Derecho’, ‘Equidad’ (término que ha perdido su antiguo sentido semántico) y sobre todo ‘Derechos del hombre’. Los derechos del hombre, ese producto típico de la Escuela del Derecho natural, se consideran deducidos de la naturaleza del hombre y de eminente dignidad de la ‘persona humana’. Parecen ganar actualidad en nuestros días. Están compuestos de promesas desconsideradas, y jamás mantenidas (derecho al trabajo, a la salud o a la cultura), o desprovistas de sentido. Son espejismos. El uso de estos términos confusos es el signo de la descomposición del lenguaje jurídico.*

renascimento da discussão em torno do Direito natural, muito embora a tese oposta tenha começado nos anos 60 e 70 do século passado⁹¹, mas muitas incertezas permanecem sobre o conceito e conteúdo de Direito natural.

Eduardo Bittar, com razão, afirma que em primeiro lugar é necessário definir o que seja a idéia de natureza⁹², apontando o sentido de que tem algo de *natus*, do nascente, do nascido, do vir à luz, do geminar, do brotar, e reconhecendo que o termo está coberto de ambigüidades e controvérsias.

Houaiss distingue 18 maneiras de se utilizar o termo⁹³, a primeira delas, “o mundo material, especialmente aquele em que vive o ser humano e existe independentemente de atividades humanas”; continuando ainda, “conjunto de tendências ou instintos inerentes que regem o comportamento”; ou “condição original, natural, não-civilizada do homem”; e por assim vai, revelando uma condição que independe da vontade humana, o que pode levar a concluir que não é possível atribuir uma característica de racionalidade ao conceito de Direito natural.

Bittar apresenta três sentidos para os Direitos naturais: 1) decorreriam da própria constituição do mundo; 2) derivado da natureza racional do homem; 3) da natureza sócio-política humana.

É da natureza o desejo de melhorar e as necessidades humanas surgem nesse contexto, isto é, quando algo se cria imediatamente surge o desejo de obter o objeto criado e essa busca incessante do novo serve de base para as relações jurídicas e para o legislador, uma vez que sua fonte se encontra na observação desses anseios, que já podem estar consagrados pelos costumes ou que são positivadas situações a facilitar um desejo não corporificado até o momento. Positivando-se o que não é natural, a sociedade o rejeitará, pois contrário à suas necessidades, como pode ocorrer com a imposição de modelos que não sejam compatíveis com o desejo do grupo e de suas práticas.

Como bem realça Villey, esse direito não é um efeito do pensamento racional dos

⁹¹ RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. *Totalitarismo y derecho natural*, Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense, curso 1989-1990, p. 992: *Este predominio de una mentalidad materialmente iusnaturalista se dio particularmente en Alemania, incluso en la jurisprudencia, hasta que una reacción opuesta empezó a tomar cuerpo durante los sesenta y setenta, señalando la aparente paradoja de la filiación 'iusnaturalista' de los regímenes totalitarios.*

⁹² *Direito natural: sentido natural: versus sentido cultural*. In: Rev. de Informação Legislativa, n. 152, out/dez. 2001, p. 184.

⁹³ NATUREZA. In: *DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa*, p. 1998.

homens, mas tende a constituir-se espontaneamente, já que inerente às realidades sociais e, como todas as verdades humanas, é suscetível às mudanças⁹⁴. Como nas leis naturais da física e em observação às crescentes tecnologias, por mais avançada que seja uma técnica nova da ciência, por mais modernas que sejam as inovações tecnológicas, as leis da física não poderão ser contrariadas e o mesmo não se diga em razão das relações humanas que estão impregnadas do jurídico.

4.1 - Uma compreensão do Direito natural

A necessidade de controle é um atributo da condição humana, que somente se sente segura na imposição de situações que tentem guiar o comportamento humano dentro de uma moldura conhecida na obediência daquilo que se espera como comportamento adequado. As leis têm essa função de manutenção do comportamento esperado como certo, mas é próprio do homem, em toda a vida cotidiana, a criação de meios que lhe pareçam eficazes para o mesmo fim, como é o caso de prender-se a uma esperança de um futuro próspero, ou no desejo de mudanças estudadas e estruturadas no conhecido. A ilusão tem o mesmo sentido.

O discurso religioso cria, por exemplo, uma ilusão, visto que os fenômenos que descreve não podem ser demonstrados cientificamente, ou seja, a promessa de uma vida futura pós-morte melhor do que a vivida no momento, a esperança em um Deus justo, ou cruel, dependendo do caso, mas esse é apenas um modo de explicar, pois o discurso civilizado é uma constante busca de expectativas já conhecidas.

Pessoas submetidas ao limite do sofrimento conseguem vencer a dor na esperança de que a agonia seja passageira, ou no apego do amor de quem lhes espera, em síntese, no instinto de sobrevivência⁹⁵, assim é como um círculo, a expectativa no melhor futuro, que

⁹⁴ VILLEY, Michel. *Iusnaturalismo-ensayo de definición*, Rev. Facultad de Derecho – Un. Complutense, curso 1990-1991, p. 346.

⁹⁵ Tome-se como exemplo o célebre caso ocorrido no final de 1972 do avião uruguaio que caiu nos Andes, em que os sobreviventes da queda, para se manterem vivos pelos 72 dias que se mantiveram sem socorro, alimentaram-se da carne dos que haviam morrido. Em princípio parece o rompimento de um tabu proibido, o canibalismo, mas não é necessário observar que os jovens que se encontram naquela situação extrema de vida, não estavam mais sob a ordem do mundo civilizado, mas seguindo o instinto de sobrevivência. Muito

decorre do instinto de sobrevivência e vice e versa, o que pode ser considerado como algo imutável a todos os homens e a todos os tempos, pois o ser humano está sempre buscando alguma coisa, mesmo que não saiba muito bem o que seja, mas acreditando que seja melhor do que o momento ora vivido, na perspectiva da “imortalidade”. Mas é ponderável dizer que não há nada absolutamente imutável, já que tudo passa por transformações, mesmo na natureza das coisas inanimadas, pois tal qual uma montanha com o passar dos anos irá modificar sua estrutura, ainda que para isso sejam necessários milhares de anos.

Nessa seara, Direito natural pode ser compreendido como as necessidades surgidas no decorrer da existência humana, sem se confundir com as efêmeras ou sem valor, muito embora limitadas à sociedade de pessoas a que se refere. Em suma, aquilo que definimos como Direito natural é uma ficção criada diante de uma necessidade vital, não algo enviado por uma divindade ou surgido sem qualquer interferência humana, pois nada mais é do que uma expressão da condição humana em dado momento e lugar: aquilo que nos permite existir.

Necessidades e não desejos. Necessidade é aqui entendida como aquilo que é imprescindível e não como seu uso corrente com significado de um desejo, vontade⁹⁶ e o valor, muito embora possa se apresentar em diversos níveis de hierarquia, prevalecendo uns sobre outros, enquanto derivados do que se entende como Direito natural, adquire a característica essencial de Direito, como na definição que Recasens Siches dá à natureza jurídica do direito, isto é, uma forma de vida humana objetivada, de caráter social, com pretensão normativa, referente à exterioridade da convivência e da cooperação coletiva, além de sua imposição inexorável⁹⁷.

embora o crime previsto em nosso Código Penal, art. 211, que proíbe a destruição do cadáver, assim como o art. 212, que pune o vilipêndio de cadáver, não poderia ser imputado por sua prática, se o trágico evento tivesse ocorrido em nosso solo, visto que é perfeitamente possível aceitar que eles não se encontravam sob o domínio da lei. É motivo para lembrar da clássica obra de Lon L.Fuller, *O caso dos exploradores de cavernas*, quando são apresentadas várias soluções para o conflito de se punir os autores do homicídio que gerou alimento para aqueles que estavam presos em uma caverna sem socorro, mas que em síntese são julgados com base na estrutura da ordem legal civilizada.

⁹⁶ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 34, ao elaborar uma metáfora para o entendimento do direito e suas mudanças, compara-o como algo com casca maleável e um núcleo duro, e faz uso da palavra necessidade como sinônimo de imprescindibilidade, sendo a casca dura “as categorias jurídicas que se estabelecem numa certa evidência social, encarnam-se com precisão na lei e na jurisprudência dos tribunais, inserem-se numa coerência”, por outro lado, o maleável é “aquele cujo conteúdo varia conforme as necessidades”.

⁹⁷*Vida humana, sociedad y derecho*, 2ª ed., Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1945, p. 201: *De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el Derecho es esencialmente una forma de vida humana objetivada, de carácter social, con pretensión normativa, referente a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación*

Tendo em mente que o direito visa o enquadramento de um comportamento, faz-se indispensável distinguir que o Direito natural evolui de modo a responder as expectativas do agrupamento humano, não podendo ser medido de acordo com um critério individual fora do contexto do todo, e como se vê na análise do moderno paradigma de dignidade da pessoa humana, com percepção flexível, mas que propõe um respeito mais estreito em sua defesa do que poderia se supor em tempos mais remotos, em que os chamados crimes de guerra eram tolerados como imperativo rumo à vitória e que atualmente criam constrangimento, quiçá punição, por sua prática abusiva.

Para os positivistas tal afirmação pode parecer por demais insegura, mas ela decorre da observação da experiência humana, em que os comportamentos sociais vão cambiando ora com a aparência de que se está conquistando uma melhor situação evolucionista, em outro momento um retrocesso de costumes, porém sem qualquer dúvida, não é possível negar que mudam sempre, já que não é possível um domínio absoluto e duradouro da vida humana, por mais que o queiram alguns.

O Direito natural não decorre de uma explicação puramente racional e não pode estar impregnado de uma intenção pré-estabelecida, porém surge da espontaneidade das várias experiências da humanidade, de seus erros e acertos, da dor sentida na obrigação de sobreviver e que será compreendida pelo bom-senso dos homens, portanto não há como explicá-lo como queriam os jusnaturalistas, mas de percebê-lo como um dos elementos que compõe a estrutura do direito, visto que por sua natureza normativa exige muito mais para a regulação do fenômeno jurídico, que não vive apenas do ser, mas de sua idealização, ou dever-ser.

Claro que se pode observar uma censura a um critério aparentemente subjetivo para definir o Direito natural, mas o direito não é um fenômeno que se possa explicar essencialmente pela ótica objetiva, posto que não é uma ciência exata, muito pelo contrário, sujeito às variações de acordo com as idiosincrasias humanas, assim, definir um valor pode contemplar uma formação falha, já que condicionado a diversas interferências artificiais, tais como os lucros econômicos e até impostos pelos interesses da indústria

colectiva, y con mando de imposición inexorable. Con esto, hemos conseguido no poco para la caracterización esencial de lo jurídico. Pero no hemos llegado todavía a agotar este tema, pues nos falta establecer otra diferenciación de lo jurídico frente a una diversa forma de mando (el mando arbitrario), con la cual podría acaso ser confundido; y, además, nos falta también esclarecer cuál es el sentido funcional del

cultural, que do mesmo modo tem importância financeira, mas o valor, o verdadeiro valor, é duradouro e não qualquer coisa efêmera, sujeita a ser substituída ao sabor da volatilidade dos negócios. Aliás, como bem lembrado por Recasens Siches, os valores, por emanarem da existência humana e não do sujeito, são uma objetividade ideal abstrata⁹⁸.

É um valor que se torna obrigatório por ser essencial para a convivência humana⁹⁹, necessária para sua harmonia, o que não significa uma busca de felicidade como causa final, ou o alcance de conquistas individuais, mas um objetivo social para atingir bens básicos, indispensáveis ao longo da existência humana, como o respeito à sua dignidade.

4.2 - Que direitos podem ser considerados como Direito natural?

Se o Direito natural é uma referência superior a qualquer outro direito comum, fica fácil concluir que determinados direitos que oferecem garantias à dignidade humana são direitos naturais, tais como a liberdade, mas essa liberdade pode sofrer limitações. Por exemplo, a liberdade de fumar. Pode-se fumar, mas não se pode em qualquer lugar, sendo possível criar obstáculos a tal liberdade, visto que está comprovado o malefício para a saúde do hábito de fumar, de modo que há um parâmetro estabelecido por um outro direito natural: o de preservação da vida humana.

Do mesmo modo, a contenção de um criminoso, já que se busca preservar a integridade dos demais indivíduos da sociedade, porém alguns direitos relativos à liberdade apresentam mais dificuldades para delimitar suas fronteiras, como a liberdade de expressão religiosa, ou expressão de pensamento, garantidos pelos incisos IV e VI, do art. 5º da Constituição Federal.

Derecho en la vida humana, es decir, cuál es la típica motivación radical a virtud de la cual los hombres fabrican Derecho en su vida.

⁹⁸ *Vida humana, sociedad y derecho*, p. 46: *En cambio, yo entiendo que son objetivos, en el sentido en que no son emanación del sujeto; pero que su objetividad se da en la existencia humana.*

(...)

Los valores son objetos ideales que tienen una validez análoga a la que corresponde a otras ideas; pero, a diferencia de éstas, poseen además algo especial que podríamos llamar vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre.

⁹⁹ Para Miguel Reale, os valores têm força obrigatória “porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual”, uma projeção do espírito. *Filosofia do direito*, p. 206.

Em virtude dessa liberdade, à guisa de modelo, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade¹⁰⁰ do § 1º, do art. 4º da Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1988, que possui o seguinte teor: “é vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”. Assim, o Partido Liberal ingressou com a ação entendendo que essa disposição ofendia a Constituição Federal, porém a Corte Suprema entendeu não ter havido ofensa constitucional, haja vista que, no contexto da lei, essa limitação tinha por finalidade não desvirtuar o escopo das rádios comunitárias, a ponto de ser possível conceder medida cautelar, ainda sem fazer um juízo sobre o mérito da questão, mas é possível ver que a liberdade de expressão não é absoluta, do mesmo modo que outros direitos ligados à personalidade.

Não cabe neste trabalho apontar de forma sistemática quais são os Direitos naturais, mas somente um modo de ponderar acerca do assunto, abrindo-se o pensamento para reconhecê-los e que fundamentam o exercício dos direitos legítimos, como as decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive na discussão da liberdade.

Sobre o direito de fuga de pessoa mantida em cárcere em excesso de prazo, o ministro Marco Aurélio, muito embora sempre polêmico, reconheceu esse direito como relativo ao

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2566 / DF – Medida Cautelar –rel. Min. Sydney Sanches – j. 22/05/2002 – Tribunal Pleno - DJ 27-02-2004 PP-00020 - EMENT VOL-02141-03 PP-00570
 Ementa: - Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 4º da Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1988, que diz: "§ 1º - É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária". Alegação de que tal norma infringe o disposto nos artigos 5º, incisos VI, IX, e 220 e seguintes da Constituição Federal. Medida cautelar. 1. Para bem se conhecer o significado que a norma impugnada adotou, ao vedar o proselitismo de qualquer natureza, nas emissoras de radiodifusão comunitária, é preciso conhecer todo o texto da Lei em que se insere. 2. Na verdade, o dispositivo visou apenas a evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, usada para fins a ela estranhos, tanto que, ao tratar de sua programação, os demais artigos da lei lhe permitiram a maior amplitude e liberdade, compatíveis com suas finalidades. 3. Quis, portanto, o artigo atacado, tão-somente, afastar o uso desse meio de comunicação como instrumento, por exemplo, de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem. 4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis. 5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei. Por esse modo, poderão ser coibidos os abusos, tanto os das emissoras, quanto os do Poder Público e seus agentes. 6. Com essas ponderações se chega ao indeferimento da medida cautelar, para que, no final, ao ensejo do julgamento do mérito, mediante exame mais aprofundado, se declare a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, da norma em questão. 7. Essa solução evita que, com sua suspensão cautelar, se conclua que todo e qualquer proselitismo, sectarismo ou partidarismo é tolerado, por mais facciosa e tendenciosa que seja a pregação, por maior que seja o favorecimento que nela se encontre. 8. Medida Cautelar indeferida.

Direito natural, como se vê no julgamento ocorrido em 1º de março de 2005¹⁰¹, cuja ementa é a seguinte:

Prisão preventiva - Fundamentação. A prisão preventiva há de se fazer devidamente fundamentada, não servindo a tanto a simples referência aos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal e à garantia da ordem pública, sem se revelar em que aspecto esta última estaria em perigo. Prisão preventiva - Excesso de prazo - Fuga do acusado. O simples fato de o acusado ter deixado o distrito da culpa, fugindo, não é de molde a respaldar o afastamento do direito ao relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo. **A fuga é um direito natural dos que se sentem, por isso ou por aquilo, alvo de um ato discrepante da ordem jurídica**, pouco importando a improcedência dessa visão, longe ficando de afastar o instituto do excesso de prazo. (g.n.)

A Justiça francesa já debateu acerca da possibilidade de ser atribuído aos direitos de personalidade a natureza de Direito natural, especificamente quanto ao direito de autor, quando o compositor Verdi reclamou proteção às suas obras em território francês, porque estavam sendo utilizadas sem autorização. Em princípio lhe foi negado por se tratar de obra estrangeira, todavia, em 14 de dezembro de 1857, em grau de recurso, foi-lhe atribuída a condição de Direito natural, todavia para recusar proteção ao autor, fundamentado no direito positivo, uma vez que, mesmo derivado do Direito natural, as obras literárias, artísticas e musicais, não se submetiam às regras do direito geral de propriedade¹⁰².

Direitos naturais podem ser compreendidos inclusive no plano político. O Tribunal Constitucional espanhol discutiu o assunto por julgamento em ação que visava declarar inconstitucional lei que trata dos dados pessoais automatizados (*Ley Orgânica 5/1992*), ou seja, acerca da abrangência de proteção aos direitos fundamentais¹⁰³, em que pese

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 84851 / BA – re. Min. MARCO AURÉLIO – 1º Turma - DJ 20-05-2005 PP-00019 - EMENT VOL-02192-03 PP-00480 - LEXSTF v. 27, n. 320, 2005, p. 448-456.

¹⁰² GAUTIER, Pierre-Yves. *L'art et le droit naturel*, Archives de Philosophie du Droit, t. 40, p. 209: *Quelle décision, mieux que l'arrêt Verdi, aura illustré un tel paradoxe ? Le compositeur italien avait réclamé en France la protection de ses opéras parmi les plus connus, La Traviata, Rigoletto et Le Trouvère et assigné un directeur de théâtre qui les représentait sans autorisation ; portant, les juges du fond le déboutèrent, au motif de l'origine étrangère de l'œuvre ; et le 14 décembre 1857, la Chambre des requêtes a rendu un arrêt byzantin en diable : elle y proclame en effet avec éclat la qualification de droit naturel... pour aussitôt après, refuser protection à l'illustre Milanais, au motif d'un droit positif, à l'époque très mal ficelé : 'Attendu que si la propriété des œuvres littéraires, musicales et artistiques dérive du droit naturel, la nature des objets auxquels elle s'applique n'a pas permis de la laisser soumise aux règles absolues du droit de propriété en général ; que des considérations d'ordre et d'intérêt public ont dû déterminer le législateur à en régler et modifier l'exercice'.*

¹⁰³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referência 290/2000 – Sentencia – j. 30.11.2000 – Pleno – BOE 20010104. (http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0290, consultado em 07/02/07)

discussão sobre competências legislativa, o que interessa é o debate em torno do alcance do art. 18.1 da Constituição Espanhola¹⁰⁴, que garante o direito à intimidade pessoal em relação ao mesmo artigo, mas no item 4 autoriza que se imponham limites ao uso de informática nessa garantia. O pedido baseava-se em que os direitos fundamentais têm limites, ainda mais quando em confronto com os princípios do Estado social e democrático de direitos, mas desde que não descaracterizem os direitos fundamentais¹⁰⁵, todavia, o Tribunal entendeu que expor os dados pessoais é o que poderia ferir as garantias constitucionais, podendo haver lei que limite essa exposição¹⁰⁶, concluindo que a garantia dos direitos fundamentais justifica que uma agência de proteção possa conter os dados informatizados da população, sua inspeção e sanção, para prevenir violações.

Muito embora a Corte não tenha se pronunciado expressamente a respeito, em voto separado¹⁰⁷, o magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera faz uma didática análise

¹⁰⁴ *Artículo 18:*

1 - *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

2 - *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*

3 - *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

4 - *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

¹⁰⁵ Trecho da decisão: “*Los derechos fundamentales del art. 18.1 C.E. tienen límites, indudablemente, aseveran los Diputados recurrentes, entre los que pueden enumerarse aquéllos que se derivan del cumplimiento de los fines propios del Estado social y democrático de derecho exigibles a toda autoridad pública. Por otro lado, la informática constituye un instrumento eficaz para que la Administración Pública sirva al interés general (art. 103 C.E.), y una estricta proyección de las garantías del art. 18.1 C.E. a este campo supondría la paralización de la actividad administrativa. Esos límites deben existir, pero no de forma tal que desnaturalicen el derecho fundamental. Si la Ley no pondera los diferentes derechos e intereses concurrentes y desnaturaliza el derecho fundamental que pretende garantizar al imponerle ciertos límites, esa Ley es inconstitucional (en este sentido se cita a la STC 53/1985, F.J. 9)*”.

¹⁰⁶ “*De lo que se desprende, en definitiva, que el objeto de la Ley cuyos preceptos se han impugnado no es el uso de la informática, sino la protección de los datos personales. De suerte que esta protección mal puede estar al servicio de otros fines que los constitucionales en relación con la salvaguardia de los derechos fundamentales, ni tampoco puede ser medio o instrumento de actividad alguna.*”

¹⁰⁷ Parte do voto particular proferido:

1. *La Constitución Española no contiene una cláusula abierta como remate o coronamiento de la lista de derechos fundamentales.*

A diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales (por ejemplo, en los de Portugal o Argentina, siguiendo la senda de la Constitución de Estados Unidos de América) nuestra Ley Fundamental de 1978 no incluye una cláusula abierta, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades.

Se olvidó, o no quiso recogerse, la norma sabia contenida en la Enmienda IX de la Constitución norteamericana, votada por el I Congreso, el 25 de septiembre de 1789. Se dejó dicho allí: «La enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo».

Pienso que el pueblo español, igual que el norteamericano, conserva más derechos que aquéllos enumerados en la Constitución. —Cómo tutelar de manera efectiva esos derechos no-escritos en el documento de 1978, esos derechos atípicos?

sobre os direitos fundamentais que não estão positivados, ponderando que a Constituição espanhola não possui uma cláusula aberta para o reconhecimento dos direitos fundamentais, ao contrário de outras constituições, citando a Argentina, antes da reforma de 1994, e Portugal.

A Constituição Argentina ainda contém no art. 33 a possibilidade de se reconhecer direitos não positivados, desde que nasçam do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo, já que dispõe: “As declarações, direitos e garantias que enumera a Constituição, não serão entendidos como negação a outros direitos e garantias não enumerados; mas que nascem do princípio da soberania do povo e da forma republicana de

Luego daré mi contestación a esta pregunta. Quiero antes recordar que en los Ordenamientos de naciones tan próximas a nosotros, como son Portugal y Argentina, se incluyen cláusulas abiertas.

De Portugal hay que destacar el artículo 17 de su Constitución, revisado en 1982, con una significativa apertura: «El régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga». Se habla en el país vecino, por ello, de derechos fundamentales en sentido material y derechos fundamentales en sentido formal, así como de derechos extraconstitucionales y derechos fundamentales atípicos. En definitiva, lo que quiere subrayarse es que la Constitución incluye un catálogo inacabado, que ha de ser completado si otros derechos reclaman, con exigencias razonables, la tutela constitucional.

En Argentina, antes de la última reforma, la Constitución ya contenía un artículo, el 33, del siguiente tenor: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno». Si pasamos por alto esta concesión a «la forma republicana», tan cara a los franceses y que resulta desmentida con la presente Monarquía española, lo que nos importa consignar es que la doctrina argentina consideró los derechos extraconstitucionales antes de 1994. Fueron catalogados derechos explícitos, derechos no enumerados provenientes del derecho natural y derechos imputados o creados por la jurisprudencia.

2. La construcción jurisprudencial de la tutela de nuevos derechos fundamentales.

La última clase de derechos (los creados por la jurisprudencia) tiene especial relieve. Los derechos no-escritos han de ser tutelados por la jurisprudencia, ya que las Constituciones proporcionan al intérprete un punto de apoyo, unas palabras (escasas a veces, lapidarias), sobre los que hay que efectuar, mediante una actividad creadora, la construcción del derecho fundamental.

Debido al lejano momento histórico de la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, los jueces se han visto allí obligados a incorporar al acervo constitucional diversos derechos que no figuran ni en los textos del siglo XVIII ni en las Enmiendas posteriores: desde el derecho a la presunción de inocencia al derecho de asociación, pasando por el derecho a casarse y el de educar libremente a los hijos. Y la jurisprudencia norteamericana nos ofrece curiosos ejemplos de tutela judicial que fue articulada apoyándose en otros derechos expresamente protegidos por la Constitución.

Suele citarse una Sentencia de 1965, dictada en Griswold v. Connecticut, donde se consideró violado el derecho a la privacidad en el matrimonio, invocando al efecto las Enmiendas Primera (que se refiere a varios derechos, entre ellos el de libertad religiosa), la Enmienda Tercera (no alojar tropas sin el consentimiento del dueño de la casa), Enmienda Cuarta (inmunidad del hogar), Enmienda Quinta (garantías del imputado). Con estos derechos se argumentó que proporcionar información sobre el uso de contraceptivos, que es lo que hacía el Sr. Griswold, director de una Liga de planeamiento familiar, conculcaba el derecho a la privacidad en el matrimonio. La Enmienda Novena, al dejar abierta la lista de derechos fundamentales, facilitó esta elaboración jurisprudencial de un derecho atípico.

Algo parecido se ha llevado a cabo por las interpretaciones constitucionales en Italia y en Alemania, cuyas Constituciones contienen unos preceptos que han facilitado la inclusión de nuevos derechos: art. 2 de la Constitución italiana; art. 2.1) de la Ley Fundamental de Alemania.”

governo”¹⁰⁸ (trad. livre). Assim como em referência ao art. 17 da Constituição portuguesa: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de **natureza análoga**”.

São os Direitos naturais reconhecidos constitucionalmente.

No mesmo sentido, para definir se o direito de defesa processual é um direito fundamental, a Corte de Cassação francesa também estudou a questão em decisão do Plenário em 30 de junho de 1995¹⁰⁹, com uma apreciação detalhada sobre a incidência do Direito natural¹¹⁰, atentando para a necessidade de ser constituído um advogado para atuar nos interesses do demandado.

¹⁰⁸ ARGENTINA, CF, art. 33 : *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.*

¹⁰⁹ FRANÇA, *Court de Cassation*. ANNULE la décision du conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation du 23 juillet 1992. ASS.PLEN. 30 juin 1995 ANNULATION n° 94-20.302.- Cour de Cassation, 23 juillet 1992.- M. X... M. Draï, P. Pt.- M. Ancel, Rap (dont extraits de la note ci-après reproduits).- M. Jéol, P, Av. Gén (dont conclusions ci-après reproduites).- MM. de Nervo, Guinard, Av.

La défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel et son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention.

Méconnaît ce principe le conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation qui, pour dire n'y avoir lieu à la commission d'office d'un avocat pour la présentation d'une requête en rabat d'arrêts, énonce que la demande, tendant à engager une procédure hors des cas où elle est limitativement admise, alors que, de surcroît, l'irrégularité invoquée n'existe pas, se trouve dépourvue d'objet.

LA COUR,

Vu le principe du respect des droits de la défense ;

Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention ;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à la commission d'office d'un avocat pour la présentation, par M. X..., d'une requête en rabat d'arrêts, le conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation a énoncé, par une décision du 23 juillet 1992, que la demande, tendant à engager une procédure hors des cas où elle est limitativement admise, alors que, de surcroît, l'irrégularité invoquée n'existait pas, se trouvait dépourvue d'objet ; En quoi il a méconnu le principe susvisé ;

(http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_1995_646/no_414_720/jurisprudence_721/cour_cassation_723/arret_public_integralement_1531.html#2, consultado em 07/02/2007)

¹¹⁰ Trecho do fundamento da decisão:

Comme l'a montré un colloque organisé récemment avec les spécialistes du droit constitutionnel, il est fréquent que vous soyez conduits à interpréter les dispositions d'une loi ordinaire à la lumière de normes juridiques supérieures qui éclairent leur sens et leur portée. Nous sommes exactement dans cette situation, la difficulté étant moins de définir ici les "droits de la défense" que de préciser leur origine... Procèdent-ils du "droit naturel", comme on l'a dit jadis dans cette maison (Civ. 7 mai 1828 Juris. gén. Devilleneuve 1828-30 p. 93) ? Relèvent-ils des "principes généraux du droit", comme l'ont affirmé à maintes reprises tant le Conseil d'Etat que la Cour de Cassation (Ass. plén. 1er juil. 1994 B n° 5) ? Ou appartiennent-ils aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", comme l'a jugé plusieurs fois le Conseil constitutionnel (29 janvier 1987 224 DC) ? Entre ces différentes possibilités, je choisirais plutôt la dernière, car elle correspond à l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle, qui grignotte peu à peu les formules précédentes.

Portanto, reconhece que o direito à ampla defesa faz parte dos princípios gerais do direito, muito embora não apareça como indicação explícita nos textos legislativos franceses, mas encontrado na Declaração dos Direitos dos Homens de 1789, uma vez que seu art. 2º fala em direitos naturais e imprescritíveis dos homens, assim como a fórmula geral contida no art. 8º do Código Napoleão, do mesmo modo que o Novo Código de Processo Civil francês, que no art. 14 garante um direito natural (“*Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.*”). Desse modo, o direito à ampla defesa é um Direito natural, à conclusão do Tribunal.

Do mesmo lado, nossa Constituição Federal ao eleger a dignidade da pessoa humana no inciso III, do art. 1º, como fundamento da República assim como seu objetivo o de construir uma sociedade livre, justa e solidária – inc. I, art. 3º, está sem dúvida permitindo uma interpretação ampla da gama de direitos dessa natureza cuja fonte é o Direito natural. Veja-se, por exemplo, o direito a um clima equilibrado, que não está positivado, mas é inerente à dignidade da pessoa humana. A catástrofe climática que se anuncia, com o aquecimento global e todas as sinistras conseqüências, exige uma tomada de consciência e atitude para reverter uma situação que põe em risco a existência da vida humana em nosso planeta¹¹¹.

Como um louvável exemplo, é perfeitamente possível aceitar que o direito ao clima equilibrado é uma garantia que merece proteção jurídica, pois decorre do direito inerente a se manter viva a espécie humana, pois valor fundamental, não só porque eleito pela Constituição Federal, mas por ser um valor dado pela natureza e que não podemos abrir mão como uma simples faculdade, entre outros que seria possível defender neste espaço.

Por tudo agora exposto, destaca-se que esse trabalho assume posicionamento em reconhecer um Direito natural, não fundamentado unicamente na razão, pois os homens

¹¹¹ Como referência o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC. O documento divulgado em abril de 2007 e encaminhado aos líderes de 15 países.

Walter Ceneviva, em matéria publicada na Folha de São Paulo de 10.02.07, discute a possibilidade de ser alcançado o status de Direito à garantia de proteção ao clima. *Direito (?) ao clima*; “Afim, há ou não direito ao clima? Há, em termos -expressão que, em "juridiquês" tanto pode significar sim ou não-, mas é dever de todos, países, estados, cidades e indivíduos darem sua colaboração para evitar o degelo dos pólos, o extermínio de animais e da vegetação, a poluição dos rios e mares, a destruição costeira que atingirá a todos, se os cientistas tiverem razão.

Acontece, porém, que previsões de desastres para daqui a cem anos esbarram num viés de nosso egoísmo atual: não nos atingirá. Além disso, é possível que se encontrem novas soluções climáticas, hoje ainda nem pensadas. Para o balanço entre otimistas e pessimistas, a farmácia do direito não tem, em suas prateleiras, nem mesmo a amostra de um bom remédio.”

não são meras fórmulas matemáticas ou um programa de computador, mas no Direito Natural clássico, o mesmo que teve sua doutrina delineada por Aristóteles, isto é, aquele que sofre constantes mudanças ante a evolução humana, mas que possui como imutável sua referência ao ser humano.

4.3 – Um sistema híbrido

Reconhece-se que não como fundamentar as fontes do direito em percepções estanques, mesmo porque a história do Direito demonstrou a necessidade de relação entre o Direito natural e o positivismo.

Conforme Michel Villey¹¹², “normalmente, a solução de direito deve ser afetado conjuntamente pelas duas fontes que não são opostas, mas complementares”, não havendo contradição entre o Direito natural e as leis escritas e tampouco desconhece a importância do papel que desempenha o legislador, até porque, no momento que antecede a elaboração da lei, precede-se de um estudo do Direito natural, fonte primeira de qualquer atividade legislativa¹¹³.

A divisão das escolas do pensamento jurídico em idealistas e positivistas, não pode deixar de constatar que o direito das duas ao mesmo tempo, não sendo adequado rejeitá-las, sem que seja possível complementá-las, sobretudo porque como ficou aqui demonstrado o Direito natural na acepção clássica possibilita o aprimoramento do direito, as leis escritas possuem importância na fixação de diretrizes no encontro da sociedade justa.

Considerando-se a finalidade do direito que é a justiça, destaca-se a lição de Jean-Louis

¹¹² *La formation*, p. 85 : Normalement, la solution de droit doit être atteinte conjointement par ces deux sources qui ne sont point opposées mais complémentaires : d’une part l’étude de la nature et ensuite, dans un second stade, la détermination précise du législateur ou du juge. Il n’y a donc pas opposition entre le juste ‘naturel’ et les lois écrites de l’État, mais les lois de l’État expriment et complètent le juste naturel. Cette doctrine du droit naturel ne méconnaît donc pas l’importance du rôle du législateur.

¹¹³ *Idem, ibidem*: Mais analysons tout d’abord le premier moment de l’élaboration du droit: c’est un moment intellectuel, théorique, speculative. Pour une partie, le droit procède de l’étude de la nature. Il nous faut essayer de comprendre au nom de quelle philosophie Aristote peut ainsi prétendre tirer du droit de l’observation de la nature, puis suivre, dans la Politique, la mise en oeuvre de cette méthode.

Bergel: “O raciocínio jurídico não se reduz a uma mera dedução formal e lógica, mas é um constante confronto entre o valor de uma solução e sua coerência com o sistema jurídico”¹¹⁴, desse modo, o sistema híbrido de fontes do direito, sem que se fixe um debate ideológico.

Desse modo, há áreas do direito em que as normas prescindem de uma legitimação positivista, como é o caso do direito penal e tributário, em que a valoração da conduta reprovável ou aceitável foi realizada pelo legislador no ato de sua criação.

¹¹⁴ *Teoria geral do direito*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22.

5- AS MÁXIMAS DE JUSTIÇA

5.1 – Do direito romano

Máxima, para os dicionaristas, é o “princípio básico e indiscutível de ciência ou arte; axioma; sentença ou doutrina moral”¹¹⁵. No conceito apresentado pelo *Dicionário Houaiss*, “regra de conduta ou pensamento expresso sem conotação de valor; preceito, sentença que exprime uma regra moral, um princípio de conduta”¹¹⁶. Assim, temos um paradoxo na indicação do dicionarista, já que ora é considerada como uma regra destituída de qualquer valor, para em seguida considerá-la como uma curta frase que exprime uma ordem de conteúdo moral; um provérbio cunhado na sabedoria popular.

Na antiguidade, para os povos que não mantinham ou não haviam desenvolvido uma forma de expressão escrita, os brocardos eram uma maneira oral de transmitir ordens às várias gerações, mais conhecidos como provérbios ou adágios que expressavam os costumes do lugar e eram seguidos por significar a sabedoria daqueles mais antigos, por isso mesmo desempenhavam uma importante função de fonte do direito¹¹⁷.

Apreciando a lição deixada pelo Direito Romano para a história moderna, convém analisar a situação privilegiada que os brocardos ou máximas exerceram perante aquela sociedade, com a consideração que a doutrina romana buscava a fonte do direito na *realidade das coisas*, em que o próprio direito é qualificado de *res*, isto é, não como uma criação da razão humana, porém a realidade da natureza¹¹⁸.

A história do Império Romano costuma ser distribuída em três partes, ao longo dos 22 séculos que a compõe, ou seja, do século VII a. C. até o século XV, com a queda do

¹¹⁵ MÁXIMA. In: *NOVO DICIONÁRIO AURELIO da língua portuguesa*, p. 1.106.

¹¹⁶ MÁXIMA. In: *DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa*, p. 1.872.

¹¹⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 38.

¹¹⁸ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, p. 366: “E poucas referências ao direito natural: *Jus naturale* ou *jus natura*, tirado da natureza (tradução de *dikaion physei*). Não nos devemos espantar: não é função do jurista filosofar acerca das fontes. Quanto às causas naturais, acontece-lhes invocar a “natureza das coisas” (*natura rerum – natura rei*). Quanto à expressão *jus naturale*, ela recebeu na linguagem romana outros sentidos, cuja derivação explicaremos mais adiante (§ 236). Deixemos para mais tarde os problemas de *terminologia*. Pois mais vale observar o *fundo* da questão. O mais notável na Doutrina jurídica romana é que nela se busca a fonte do direito na *realidade das coisas*”.

Império de maneira melancólica. Com a divisão, consoante os regimes políticos que o comandou, tem-se o período da Realeza, que perdurou até o ano de 509 a. C.; o da República, do ano 509 a 27 a. C.; e o do Império que perdurou até o final e que também sofreu subdivisões históricas: Alto Império, até o ano de 284, e o Baixo Império, até 566. Após a morte de Justiniano, sucedeu-se o Império Bizantino. Esta divisão é realizada de acordo com o período político, entretanto, no que diz respeito à história do Direito Romano, outra divisão é proposta para compreensão adequada do momento em que o direito daquele povo transformou-se.

A evolução do Direito Romano apresenta a seguinte estrutura: até meados do século II a. C. – época antiga; de meados do século II a. C. até 284 d. C. – época clássica; de 284 até o fim – época do Baixo Império.

Na época antiga o direito é consuetudinário, não muito diferente dos demais povos antigos que não possuíam a forma escrita de expressão do direito, e somente com a República a lei escrita começa a tomar corpo¹¹⁹. A Lei das XII Tábuas, da época republicana, apresenta uma redução por escrito dos costumes, mas sua interpretação continuava confiada aos sacerdotes, ainda como uma falta de distanciamento entre o direito laico e o sagrado.

É durante a época clássica que o Direito Romano atinge sua participação mais individualista e a liberdade dos cidadãos romanos diminuía; época em que as leis tomam a forma escrita e há estudos destinados ao Direito, mas os costumes também se mantêm como fonte do direito¹²⁰.

No direito do Baixo Império a legislação dos Imperadores é a principal fonte do direito, período que vai de Constantino a Justiniano, e sofrerá a transformadora influência do cristianismo com a introdução de questões morais muito diversas do que até então o povo romano as entendia. Por fim, com o Império Bizantino o *Corpus Juris Civile*, editado na época anterior, continua a ser fonte do direito, muito embora viesse a sofrer alterações.

Para os romanos, seria possível traduzir em palavras o que seria justo, contudo esta interpretação seria no sentido de dar solução aos conflitos e para este fim organizaram obras que indicavam máximas jurídicas, ou também denominados brocardos, compiladas

¹¹⁹ *Idem*, p. 85: “Sob a República, a lei começa a entrar em concorrência com o costume como fonte de direito. O termo *lex* é empregado num sentido bastante próximo da noção atual de lei”.

¹²⁰ *Idem*, p. 87.

nas *Regulae Juris* de Justiniano¹²¹, além das demais espalhadas pelo *Corpus Juris Civile* (530-533 d.c.).

O *Digesto*, uma das quatro partes do *Corpus Juris*, inicia com um belo conceito de Direito: “É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome ‘direito’ (*ius*). Vem, pois, de ‘justiça’ chamada. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo”¹²².

Convém ressaltar a importância do *Digesto* para o estudo e a formação de nosso Direito contemporâneo.

O imperador Justiniano, no ano de 528 reuniu uma comissão de dez juristas para elaborar um Código, para substituir toda legislação então vigente, que muito não durou, já que logo foi substituído¹²³, porém, em 530, Justiniano, provavelmente animado com o trabalho anteriormente realizado, encomendou uma obra muito maior e bem mais ambiciosa, a criação dos *Digestos* ou *Pandectas*. Ambiciosa e maior por pretender reunir todos os antigos escritos dos juristas e que nela não houvesse qualquer repetição ou contradição. Não poderiam haver comentários posteriores à obra, porque considerada completa e perfeita e somente o imperador poderia ser consultado, com o poder de interpretar o seu sentido, pois o *Digesto* refletiria seu próprio pensamento¹²⁴.

Como acima dito, o Direito Romano se fundamenta na realidade das coisas, e não na lei escrita ou outro tipo de fonte, e o jurisconsulto romano amolda seu trabalho na noção de causa, que confronta com outras causas semelhantes, para o fim de construir uma fórmula, ou seja, uma forma comum para todos os tipos de causa¹²⁵, daí ser possível compreender o apego dos romanos pelos brocardos e sua tradução de verdade da justiça nessas máximas,

¹²¹ FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1971, p. 34.

¹²² *Liber Primus*, I, trad. Hécio Maciel França Madeira, p. 17.

¹²³ CORRÊA e SCIASCIA, *Manual de direito romano*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 304.

¹²⁴ *Idem*, p. 305.

¹²⁵ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 105: *La « méthode d'interprétation » - ou plutôt d'élaboration du droit - des jurisconsultes classiques, quant à l'essentiel, est conforme à l'enseignement d'Aristote : recours aux textes, émanant soit de la tradition jurisprudentielle (jus civile), soit du préteur, des comices ou du Sénat ; et cependant, s'il y a lieu, correction du texte au nom de l'équité, notion aristotélicienne ; libre recherche dialectique, confrontation des opinions des grands juristes et des écoles de jurisprudence ; attention aux circonstances, usage de la casuistique (quaestiones ; casus) ; recherche des règles, qui manifestent la justice et la cohérence des solutions, mais défiance à l'égard des règles, qui jamais n'atteignent le juste et ne doivent être prises pour le droit. Ne croyons pas pouvoir tirer le droit de la règle mais, à partir du juste, qui existe (qui est dans les choses : droit naturel), essayons de construire des règles : Jus non a regula sumatur, sed ex jure, quod est. Regula fiat.*

resumindo-se ao que se encontra em ULPIANO, *Libro primo regularum: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tibuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedare, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum noticia, iusti atque iniusti scientia*¹²⁶.

Nesse contexto, convém observar a máxima *suum cuique tribuere*.

Kelsen, o maior símbolo do positivismo, ao analisar a noção de justiça não consegue destituí-la da natureza normativa, pois somente a norma seria capaz de defini-la¹²⁷, assim seria:

A qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração de conduta. A conduta, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser¹²⁸.

Assim, para Kelsen a máxima *suum cuique tribuere* exige uma norma que defina o que é o seu, uma vez que o seu seria uma noção vaga. No afã de defender sua posição doutrinária, não poderia enxergar outra coisa; não pôde ver o valor de justiça contida na máxima, que não necessita desse complemento normativo, visto que o conteúdo axiológico nela já está inerente.

Por outro lado, com o advento da Revolução Socialista, a implantação do regime comunista, a máxima foi transformada para: “de cada um segundo as suas possibilidades, a cada um segundo suas necessidades”¹²⁹, como condição para a realização da ideologia reinante que pretendia romper com os modelos tradicionais.

As máximas do Direito Romano não se confundem com os princípios gerais do Direito, na medida em que esses traduzem uma época e lugar, muito embora algumas deles possam fazer parte, por significarem valores que foram mantidos ao longo do tempo, no entanto Limongi França entende que elas podem ser revivadas, por sua proximidade com os

¹²⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, pág. 98: “A justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu. Os preceitos do direito são os seguintes: viver honestamente, não prejudicar outrem, atribuir a cada um o seu. A jurisprudência é a ciência do justo e do injusto, baseada num conhecimento das coisas divinas e humanas.”

¹²⁷ *A justiça e o direito natural*, trad. João Baptista Machado, Coimbra: Armenio Amado, 1963, p. 20.

¹²⁸ *Idem*, p. 3.

¹²⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 216.

princípios gerais, por conterem os elementos básicos do Direito¹³⁰.

Fique claro que no estudo do tema, Limongi França compreende os brocardos jurídicos como categoria de formas de expressão do direito positivo, pois em muitas situações, e não em todas, cristalizam o próprio princípio¹³¹, salientando sua importância:

Modo conciso e elegante com que, através de seculares aprimoramentos, os adágios se nos representam, constitui um grande fator a realçar-lhes a importância, não só pelo muito de verdade jurídica que encerram em suas poucas palavras, como ainda pelo condão que possuem de se fixarem em nossa memória.

Com efeito, magnificamente reduzidos a três: *honeste vivere, alterum non laede, suum cuique tribuere*, se tem a síntese de todas as máximas de direito, em que todas as outras não passam de um desdobramento dessas, que se ousa simplificar a uma única: a de ser moderado.

Tem-se aqui um início da história dos princípios gerais; uma história de importância na compreensão do fenômeno jurídico e da sobrevivência do agrupamento humano.

5. 2 - As regras de experiência comum

O Senhor Deus fez para Adão e sua mulher umas vestes de peles, e os vestiu. E o Senhor Deus disse: ‘Eis que o homem se tornou como um de nós, conhecedor do bem e do mal. Agora, pois, cuidemos que ele não estenda a sua mão e tome também o fruto da árvore da vida, e o coma, e viva eternamente. (Gênesis, 3, 21-22)

Na mitologia judaico-cristã, Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, contudo, o homem não conhecia a maldade, o que somente aconteceu quando comeu do fruto proibido, produto da árvore da ciência do bem e do mal, mas Eva, tentada pela astuta serpente experimenta-o e o dá a Adão, para que pudessem conhecer a inteligência e assim teve a origem da culpa original, pois somente a Deus era possível conhecer a verdade e a partir de então está a raça humana condenada a incessantemente ir procurá-la e formular

¹³⁰ *Brocardos jurídicos - as regras de Justiniano*, 3ª ed., São Paulo; RT, 1977, p. 21.

seus conceitos de bondade, justiça, ou seu contrário, pois com a perda da inocência outro caminho não restou.

Para o mais adequado entendimento do tema, parte-se da premissa de não ser melhor concluir que há algo de essencial no humano que seja eterno. Como bem observou Nietzsche¹³², apontando o defeito dos filósofos, não é possível partir da análise do homem presente como fonte da *aeterna veritas*, que permanece igual para todo o sempre, sem que se observe o homem histórico, moldado por pressões religiosas e acontecimentos políticos, constatando não haver *factos eternos*, assim como verdades absolutas.

A sobrevivência do agrupamento humano depende de corretos aprendizados de convivência, obtidos através da experiência pessoal e aquela que é passada pelas gerações, para facilitar a compreensão do mundo e na ajuda da rápida escolha de decisões vitais, principalmente em momentos cruciais da vida, como o enfrentamento da morte, motivo pelo qual adaptamo-nos a rituais sociais de adequação comportamental como o caso de cerimônias de casamento ou funerais.

Os mitos são construídos nesse sentido, ou seja, narrativas são passadas pelas gerações para que o indivíduo possa elaborar melhor os momentos de transição da vida e a natureza humana, e muito embora o mito tenha uma conotação heróica, ele auxilia na fantasia de superação das adversidades, como ensina Joseph Campbell:

Em todo o mundo habitado, em todas as épocas e sob todas as circunstâncias, os mitos humanos têm florescido; da mesma forma, esses mitos têm sido a viva inspiração de todos os demais produtos possíveis de atividades do corpo e da mente humanos. Não seria demais considerar o mito a abertura secreta através da qual as inexauríveis energias do cosmos penetram nas manifestações culturais humanas. As religiões, filosofias, artes, formas sociais do homem primitivo e histórico, descobertas fundamentais da ciência e da tecnologia e os próprios sonhos que nos povoam o sono surgem do círculo básico e mágico do mito.¹³³

Ainda que seguir o exemplo do mito-herói seja o desejável, outra mensagem pode ser extraída: a de que não é possível atingir esse nível absoluto de valor, já que somente aos predestinados estão reservados poderes especiais, assim resta ao ser comum reconhecer a autoridade destes seres especiais, como os reis e todos aqueles que de algum modo chegam

¹³¹ *Idem, ibidem.*

¹³² *Humano, demasiado humano*, § 2º.

¹³³ *O herói de mil faces*, trad. Adail Ubirajara Sobral, 10ª ed., São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2005, p. 15. O autor é um dos maiores estudiosos da mitologia universal e escreveu esta obra em 1949.

ao poder de comando¹³⁴, sem que sejam contestados em seu direito de superioridade. Desse modo cria-se uma conjuntura propícia para que os valores eleitos como relevantes pelo grupo possam ser perpetuados, assim como as noções de bondade e de justiça, principalmente na mensagem subliminar de que o bem sempre vence o mal e de que somente o bom e virtuoso tem possibilidade de atingir o grau máximo de recompensas terrenas ou, conforme a narrativa, recebidas após a morte.

A narrativa religiosa é mais reconhecida nesse contexto, com os heróis divinos sobrenaturais, que realizam milagres que não são próprios do cotidiano, como Moisés ao abrir o mar vermelho, muito embora somente o tenha conseguido por sua suposta ligação direta com Deus. Aos contos de fadas também é conferida essa função e desde a infância tenta-se influenciar a formação do caráter através das fantasias e brincadeiras atribuídas ao exemplo de seres superiores, que poderiam ser alcançados se o modelo for seguido e, na sociedade contemporânea, desenhos infantis vistos na televisão e cinema são construídos com o fim de transmitir a mensagem de bondade e de tolerância com o diferente¹³⁵.

¹³⁴ CAMPBELL, Joseph. *Idem*, p. 311: “Isso está de acordo com a concepção segundo a qual a condição de herói é algo a que se está predestinado, e não algo simplesmente alcançado, envolvendo o problema concernente à relação entre biografia e caráter. Jesus, por exemplo, pode ser considerado um homem que, pela prática de austeridade e da meditação, alcançou a sabedoria; ou, por outro lado, podemos acreditar que um deus desceu, e atribuiu a si mesmo a representação de uma carreira humana. A primeira forma de vê-lo poderia levar alguém a imitar literalmente o Mestre, com o fito de alcançar, da mesma maneira como ele alcançou, a experiência transcendente redentora. Mas a segunda afirma que o herói é antes um símbolo destinado à contemplação do que um exemplo a ser literalmente seguido. O ser divino configura-se como revelação do Eu onipotente, que habita em todos nós. Assim sendo, a contemplação da vida deve ser empreendida como uma meditação a respeito do nosso próprio caráter divino, e não como um prelúdio à imitação precisa; a lição não é “Faça isso e seja bom”, mas “Conheça isso e seja Deus”.

¹³⁵ Contos antigos são levados às telas de cinema com formato moderno e acessível para as crianças contemporâneas, todavia com a mesma mensagem de tolerância e preparo para o futuro, como o caso do filme dos Estúdios Disney, *O corcunda de Notre Dame*, que, baseado na famosa obra de Victor Hugo, narra a história de um excluído da sociedade por ser deficiente físico e advindo de uma família integrante das minorias, os ciganos, mas que é um herói em razão de sua extrema bondade e dedicação aos outros, sem sinal de egoísmo, em contraponto ao juiz malévolo e preconceituoso que o educou, após matar a cigana que era sua mãe, no interior da Catedral de *Notre Dame* em Paris. A mensagem de diferenças sócio-econômica da obra original não é mantida na narrativa moderna.

Para Theodor Adorno o cinema não é sinônimo de arte popular, sendo um reflexo da dominação das massas e com cruzeza afirma: “Se as próprias massas têm, enquanto clientes, alguma influência sobre o cinema, esta é tão abstrata como os bilhetes, que chegaram a substituir o aplauso matizado: a mera decisão pelo sim ou pelo não a uma oferta montada na desproporção entre o poder concentrado e a impotência dispersa. Finalmente, que no cinema tenham de intervir numerosos peritos, inclusive simples técnicos, garante tão pouco a sua integridade como a decisão dos grêmios científicos competentes e das bombas de bases tóxicas”. (*Mínima moralia*, p. 211)

Ainda, o mesmo autor conclui: “O reconhecimento de que os filmes difundem ideologias é igualmente uma ideologia já difundida. É administrativamente manipulada mediante a distinção rígida entre, por um lado, os sintéticos sonhos diurnos, veículos para a fuga do cotidiano, *escape* e, por outro, os bem intencionados produtos que estimulam o correto comportamento social, que transmitem uma mensagem, *conveying a message*”. (*Idem*, p. 208)

Na contemporaneidade, substituiu-se o mito da fantasia ou religioso pelo mito com poder político, com as massas manipuladas por líderes de apelo popular, que representam um anseio de mudança do status na sociedade, haja vista que exercem o carisma com o emblema de ser possível vencer e ser alguém, como o caso de Napoleão, o grande imperador que naquele período não adveio da nobreza, mas mesmo assim se auto-instituiu imperador; um Adolf Hitler que teve origem nas castas inferiores da sociedade germânica, ou, para se ficar no exemplo mais próximo, os caudilhos latino-americanos na representatividade da ascensão do inferior ao superior como bandeira propagandista¹³⁶.

Quanto à mídia moderna, observa-se um fenômeno exagerado de visibilidade para fins financeiros e políticos¹³⁷, onde não se concebe governar sem acesso aos meios de comunicação.

Se Freud fosse vivo talvez mudasse todo o seu conceito de psicanálise, visto que a personalidade sofre forte influência dos modelos transmitidos pelos meios de comunicação, com a criação de novos valores culturais, com a difusão de costumes de povos diversos, transformando relações distantes em íntimas¹³⁸. Se, por exemplo, noticiasse imediatamente um terremoto com muitas mortes na Ásia, sofre-se pela dor que recai sobre um povo que não se conhece e que está tão distante, quando no passado a notícia chegaria com meses de atraso. Contudo, ainda que se possam apontar inúmeros problemas adquiridos com a globalização da comunicação, não se pode deixar de notar que muitos direitos justos são assim conquistados, o que muito contribui para o desenvolvimento de

¹³⁶ O pior exemplo talvez seja do ex-presidente Jânio Quadros, que se apresentava sujo e mal arrumado para uma falsa identificação com as massas, mas não se pode deixar de ressaltar que os políticos em campanha sempre se apresentam em momentos midiáticos de identificação popular ao se deixarem fotografar comendo em bares ou beijando criancinhas, o que jamais fariam em situações normais.

¹³⁷ THOMPSON, John B. *A mídia e a modernidade – uma teoria social da mídia*, trad. Wagner de Oliveira Brandão, 8ª ed., Petrópolis: Vozes, 1998, p. 124. Como afirma Thompson, o presidente americano Nixon foi um dos primeiros a se utilizar da propaganda veiculada pela mídia para se eleger, para transmitir aos eleitores uma imagem de potencialidade que talvez não o tivesse.

“Enquanto a administração da visibilidade através da mídia é um aspecto inevitável da política moderna, as estratégias empregadas por políticos, partidos e governos variam grandemente. Nixon foi um dos primeiros candidatos presidenciais americanos a tentar sistematicamente usar a televisão em vantagem própria. Depois de perder a eleição de 1960 para Kennedy, durante a qual se saíra muito mal em um debate televisivo muito discutido, Nixon decidiu que não tinha outra alternativa senão a de usar a televisão como meio de criar uma nova imagem e apresentá-la ao eleitorado. Ele concorreu às eleições de 1968 assessorado por uma equipe de técnicos de comunicação que conheciam muito bem as técnicas de propaganda e estavam bem sintonizados com o uso político da televisão.”

¹³⁸ *Idem*, p. 185, na precisa análise: “A profusão de materiais simbólicos pode fornecer aos indivíduos os meios de explorar formas alternativas de vida de um modo imaginário e simbólico; e conseqüentemente permitir-lhes uma reflexão crítica sobre si mesmos e sobre as reais circunstâncias de suas vidas”.

direitos civis, como o de pôr fim de discriminação racial ou a integração de grupos minoritários.

Com efeito, somente é possível compreender o direito enquanto se observa o ser humano em um contexto territorial, temporal e cultural, ou como afirma Caio Mário da Silva Pereira:

Em todos os tempos houve o atraso e desconformidade da fórmula em relação ao ideal: este mais avançado, incidindo sobre ela, vivificando-a, e às vezes combatendo-a; aquela, menos maleável, resistindo, porém, cedendo sempre. Na sua evolução natural, o direito atinge um grau adiantado sem repelir a fase anterior, de tal forma que é uma ciência que dia a dia se adapta às contingências e reclamos, sem romper bruscamente com as tradições, afirmando a sua própria unidade¹³⁹.

Se fosse possível a existência de uma máquina do tempo, em que se pudessem transportar as pessoas através do espaço temporal, se trouxéssemos alguém da idade média para viver em nossos dias, ela não teria condições de sobrevivência, pois muito embora a natureza humana seja a mesma e este ser possa ser reconhecido como ser humano, não teria como viver em nosso meio, simplesmente por não possuir condições de compreender as regras e as situações da vida moderna, não só em relação à tecnologia, mas às simples questões de moral ou até a liberdade religiosa lhe seriam incompreensíveis.

Observado fora do contexto histórico, pode parecer incompreensível os costumes de outra época. Tome-se como exemplo o Brasil anterior à libertação dos escravos, momento no qual era aceitável o tratamento desumano aos cativos por considerá-los de outra categoria, muito embora seus senhores, para as relações carnavais assim não o entendessem¹⁴⁰. Do mesmo modo toma os sentidos a barbárie da Inquisição, sobretudo pelas sádicas práticas de obtenção de confissão dos condenados, mas que pode ser explicada diante das condições da época e do modo de vida de sua gente, ou seja, a

¹³⁹ *Lesão nos contratos*, p. 101.

¹⁴⁰ Contudo, até mesmo a um contemporâneo à época a situação lhe causasse desprezo, por estar impregnado de idéias morais que lhe pareceriam superiores aos costumes tropicais. Charles Expilly, professor francês em solo brasileiro no século XIX, descreveu por volta do ano de 1863 os modos brasileiros, embora de um ponto de vista de superioridade moral por se entender europeu e mais civilizado, descreve a promiscuidade natural entre os senhores e escravos, como na seguinte passagem:

“Este fato, que revolta a consciência, não poderá surpreender, em todo o caso, aos que conhecem a escravatura. Com efeito, onde reina essa instituição praticam-se, para com o casamento, as teorias mais complacentes. Não existe aquele que julgue faltar aos seus compromissos, apreciando as raparigas bonitas da casa. Esse comércio, que a lei e a santidade do lar doméstico reprovam energicamente nos países cristãos, não intimada, em absoluto, nos países escravagistas.” (*Mulheres e costumes do Brasil*, p. 412)

Inquisição tinha apelo popular e estava inserida no modo de ser moral daquele momento, mormente pela importância dos assuntos religiosos e sua significação política¹⁴¹.

Sem que se faça um juízo moral sobre o período inquisitorial, convém trazer à lume a lição de João Bernardino Gonzaga acerca do conteúdo violento da ocasião¹⁴²:

A um advogado de hoje isso tudo causa muita estranheza. Desvanece-se a imagem estereotipada do inquisidor feroz, cruel, torturador, diante de um réu acuado e cheio de pavor, imagem em que acreditamos à força de vê-la incansavelmente repetida. Impressiona, sim, o uso de tormentos; mas, numa época de vida muito grosseira, em que a morte e o sofrimento físico se banalizavam, em que cirurgiões-barbeiros faziam amputações e intervenções cirúrgicas sem anestesia, etc., etc., - será razoável admitir que a tortura inquisitorial era em geral módica e perfeitamente suportável. A impressão que fica, dos relatos feitos, é de que, em regra, pouco o temiam os pacientes.

E continua o autor a justificar a tolerância à violência física:

Nunca será demais, aliás, repetir o quanto a violência física participava da rotina diária das pessoas. Não só nas prisões e tribunais, mas também as escolas o açoite, a vara, a palmatória, etc., foram de emprego habitual, só desaparecendo muito recentemente¹⁴³.

A moderna intolerância ao uso da violência não é de todo unânime, pois o uso de tortura para obtenção de confissão, muito embora ilícita, tem recebido o aplauso de muitos que se consideram justos e na adequada palavras de Karl Mannheim, esse tipo de consideração:

(...) implicam certas revisões na imagem popular que se tem do homem. Traços da personalidade como consideração pelos outros, a crueldade ou o autoritarismo não são atributos do indivíduo enquanto tal, mas antes aspectos de seu comportamento em relações particulares¹⁴⁴.

¹⁴¹ GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 61: “Era incomum, quase inconcebível, na época, uma sociedade religiosamente pluralista, cada grupo com sua crença, seus templos e seus cultos, todos convivendo harmonicamente em clima de liberdade e mútuo respeito. Isso só se tornou realmente viável há muito pouco tempo, na História da humanidade.

O fator religioso era não só uma vertente do humano que ligava o indivíduo a Deus, mas também poderosa força de união ou de separação entre os homens, conforme professassem ou não o mesmo credo. Quando a Reforma penetrou na França e na Alemanha, protestantes e católicos não se respeitaram, mas se entredevoraram.”

¹⁴² *Idem*, p. 126.

¹⁴³ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁴ *Sociologia e cultura*, trad. Roberto Gambirini, São Paulo: Perspectiva e EDUSP, 1974, p. 28, em que o autor escreve no início da década de 30 do séc. XX, antes de deixar a Alemanha por conta do nazismo.

Por outro lado, o mesmo se diria se algum de nós se transportasse ao passado¹⁴⁵.

Ainda que não se viajasse no tempo, em pleno século XXI é difícil a compreensão entre as diferenças de cultura entre o ocidente e o oriente.

Burkina Faso é um país da África quase desconhecido para nós, pois sua imensa pobreza o faz quase inexpressivo, entretanto mantém esse lugar um dos mais controvertidos costumes: a mutilação feminina. Muito embora haja lei proibindo a prática, a população continua com sua execução, por aceitá-la como um costume intocável, necessário para preservar a virgindade das mulheres e, por incrível que possa parecer, por questões de higiene, pois acreditam que o clitóris contém vermes.

Excisões clandestinas são realizadas em situações precárias e em meninas cada vez mais jovens, o que muitas vezes significa o óbito delas¹⁴⁶, razão pela qual comitês governamentais foram organizados para orientar a população contra essa prática (Comitê Nacional de Luta Contra a Prática de Excisão - CNLPE). É quase inacreditável que ainda permaneçam esses tipos de costumes, que não encontram nenhuma explicação racional

¹⁴⁵ GOUVERITCH, A. Y. *O tempo como problema da história cultural*. In: *As culturas e o tempo*, int. de Paul Ricoeur, trad. Gentil Tittar, Orlando Rais e Ephaim Ferreira Alas, São Paulo: Vozes e EDUSP, 1975, p. 263.

No dizer de A. Y. Gourevitch, pesquisador no Instituto de História Mundial da Academia de Ciências da U.R.S.S., na análise da questão tempo na formação cultural: “Se é verdade que a cultura é a *segunda natureza* do homem, também verdade, ao que tudo indica, que não é possível compreender um tipo historicamente particular de estrutura da personalidade humana sem ter estudado os modos de percepção e de apercepção do tempo inerentes à cultura correspondente.”

Ainda nesse sentido, a percepção temporal é relativa e sua apreensão constitui um fenômeno da natureza, muito embora físico, a contagem sempre será a mesma, sua passagem será sentida de modo diverso para cada um, assim como seus efeitos e conseqüências irão variar consoante cada modo de observar a vida cotidiana.

GOUREVITCH, *idem*, p. 267: “Nessa forma de consciência, o tempo não é uma duração abstrata *vazia*. Ele é a vida dos homens e se modifica qualitativamente com ela o tempo é solidariedade das gerações humanas que se sucedem e retornam, se repetem como as estações. O tempo é tão real e material quanto o resto do mundo. Essa concepção do tempo reflete o sentido de plenitude do ser que caracteriza o homem antigo. O ser não é dividido pelo espírito de análise em categoriais distintas, destituídas de seu conteúdo concreto. O tempo e o espaço são dados não fora da experiência ou antes dela, mas unicamente na experiência concreta, formando os elementos eu o constituem e que é impossível separar o tecido vital. Por isso o tempo é menos apreendido pela consciência do que vivido imediatamente”.

¹⁴⁶ *Le Monde diplomatique* Brasil, *Como se enfrenta a mutilação feminina*, ed. Agosto/2006: “A clandestinidade, inevitável perigo ligado a toda proibição, se desenvolve. As excisões são feitas às escondidas, cada vez mais cedo, às vezes em bebês de alguns dias, porque é mais fácil. Geralmente, as pessoas das cidades vão para o campo, onde vemos em suntuosos carros pararem nas portas das cortadoras. Alguns pais vão a Mali ou Gana, onde não há lei que proíba a prática. Ainda não houve condenações por excisões feitas fora do país. A higiene é ainda mais improvável, o preço aumenta. Em qual proporção? Difícil saber. Os bolsões de resistência ainda são numerosos. Dezesseis províncias ainda são identificadas como de forte prevalência da prática. Para as cortadoras, que transmitem sua profissão de mãe para filha, o negócio se torna cada vez mais rentável, por conta da clandestinidade. “Observei minha avó durante 10 anos. Operei dos 22 aos 46 anos. As mães me procuravam, mas parei no dia em que uma menina quase morreu”, conta uma mulher de Markoye, na província de Oudalan.”

para sua existência, no entanto, fica claro que não é possível compreender o homem fora de um contexto cultural, pois por mais repugnante a idéia da mutilação feminina, não basta um trabalho governamental para modificar um costume enraizado na população como correto.

Do mesmo modo, as comunidades em que as mulheres têm seus direitos limitados ou que devem sair às ruas cobertas dos pés à cabeça, apenas acompanhadas por um parente do sexo masculino, em que um pequeno deslize de caráter (para eles) podem ser apedrejadas até a morte¹⁴⁷.

Conclui-se que uma simples viagem no espaço territorial também pode custar a nossa sobrevivência, se não houver uma rápida adaptação aos costumes locais.

Ainda nessa direção de pensamento, em um país com as dimensões continentais como o Brasil serão encontrados costumes diversos e culturas com dimensões peculiares, nas quais a palavra dada valerá mais que um pedaço de papel escrito e vice-versa, ou como afirma Goffredo Telles Junior: “É o que está confirmado pela variação dos critérios de julgamento, em povos e tempos diferentes. É o que explica a diversidade dos Códigos morais e jurídicos. É o que fez Pascal dizer: ‘Verdade, para cá dos Pirineus; erro, para lá’¹⁴⁸. Assim, é o que diz Jeannette Antonios Manan, ou seja, de que só há o direito se houver sua aplicação e desde que atendido o momento temporal e histórico¹⁴⁹, e, acrescente-se, o lugar.

Há uma convicção que se generaliza como correta e esta é seguida pelo grupo social,

¹⁴⁷ Ainda que se possa considerar como imutável o direito muçulmano, é possível vislumbrar algo de flexibilidade e adaptação à vida moderna e a restrição quase absoluta ao direito das mulheres está, felizmente, restrito, mas não se perde o caráter autoritário e investido de religiosidade desse ramo jurídico.

Na lição de René David, na reflexão sobre a modernização desse direito: “É um direito imutável, mas deixa um tal campo de aplicação ao costume, à convenção das partes, à regulamentação administrativa que é possível, sem lhe causar prejuízo, chegar a soluções que permitam constituir uma sociedade moderna. Só excepcionalmente, para quem sabe se organizar, o caráter arcaico de certas instituições ou regras do direito muçulmano poderá tornar-se um embaraço”. (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 526)

¹⁴⁸ *Direito quântico*, 7ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 322. E ainda continua o professor Goffredo, na compreensão deste fenômeno: “A experiência jurídica é sempre a *atualização* objetiva de um estado de consciência de uma comunidade. É a objetivação do que é considerado jurídico dentro de um grupo social. Em outras palavras, é a vivência daquilo que uma comunidade, por convicção generalizada, qualifica de jurídico, num determinado momento histórico e num determinado lugar.”

¹⁴⁹ *Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003, pág. 108.

E continua na p. 109: “O texto jurídico não pode ser entendido historicamente, senão quando a interpretação lhe dá validade jurídica em sua aplicação atual (tempo). Por isso podemos afirmar que a compreensão é “menos um método, através do qual a consciência histórica se aproxima do objeto que se quer

como um padrão de comportamento ideal para a manutenção da unidade da organização à qual se faz parte. Esse padrão decorre de uma valoração dada pelo homem histórico, na expressão do Professor Goffredo, de acordo com a mudança contínua de se atribuir valor a determinadas experiências, deixando algumas para o passado por não mais interessar e usufruindo de outras que se tornam indispensáveis para a sobrevivência desse ser¹⁵⁰.

É possível observar que a realidade da sociedade é influenciada por um sistema econômico e social, que pode ser constituído de uma moral que sofra interferência religiosa e estética. Muitas vezes, o que se tem na diferença de cultura é uma divergência na linguagem, pois no mesmo idioma há denominações diversas para o mesmo objeto¹⁵¹, sobretudo porque o domínio da língua culta é forma de diferenciação social, em que o excesso de regras de gramática, por vezes incompreensíveis, torna-se uma maneira de não se permitir uma ascensão na hierarquia sócio-econômica. No tocante ao uso da linguagem, deve-se ficar atento não apenas nas versões formais ou vulgares do idioma, mas às expressões técnicas derivadas de determinadas categorias profissionais.

Steven Pinker evidencia em sua obra *Tábula rasa*, que a cultura é um instrumento de sobrevivência de um grupo social, sendo possível que se compreendam os acordos tácitos que conferem poder e status aos seus membros¹⁵², que semelhanças e diferenças entre as culturas dos povos como instrumento identificador que se revele necessário para sua própria proteção¹⁵³.

objetivamente conhecer, do que um processo que tem como pressuposto o estar dentro de um acontecer tradicional. A compreensão mesma é um acontecer”.

¹⁵⁰ TELLES, Goffredo. *O direito quântico*, p. 323. Goffredo chama de *homem histórico*, o *eu real* e ao atribuir valor aos fatos, afirma: “As tábuas de bens dos homens, suas ordem éticas, que são, afinal, suas categorias axiológicas, seus *sistemas de referência*, não se formam na razão pura, como desligadas das coisas, mas, pelo contrário, são hauridas *nas coisas mesmas* ou, melhor, *no próprio ser humano*, no que há de temporal e no que há de atemporal nesse ser, ou seja, no *homem histórico*”.

¹⁵¹ MENARD, Alphonse. *Essai, d'une critique objective de la technique juridique en matiere d'obligation*, Paris, Recueil Sirey, 1926, p. 233: *Ainsi l'objectivité du système juridique, et, plus particulièrement, du système penal ressort-elle, de sa relativité aux systèmes économique et social. Le droit ne se constuit pas en vue de plus moralité ; (il est, divinatoire d'assigner un but à l'évolution) ;mais il se construit d'après les variations du système social et celles du système économique.*

P. 234 : *Il y a donc une réalité sociale, une nature sociale comme une nature physique. Cette réalité sociale a ses lois, qui doivent être, suivant une certaine logique, objectives ; elle implique lá réalité religieuse, la réalité économique, sans parler de la réalité linguistique et de la réalité esthétique.*

¹⁵² P. 99.

¹⁵³ *Tábula rasa – a negação contemporânea da natureza humana*, trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 99: “A cultura, portanto, é um fundo comum de inovações tecnológicas e sociais que as pessoas acumulam para ajudá-las na vida, e não uma coleção de papéis e símbolos arbitrários que por acaso surgem para elas. Essa idéia ajuda, a explicar o que torna as culturas diferentes e semelhantes. Quando um grupo dissidente deixa a tribo e fica separado por um oceano, uma cadeia de montanhas ou uma zona desmilitarizada, uma inovação de um lado da barreira não tem como se difundir para o outro. À medida que

Cultura, nas várias acepções que lhe possam ser atribuídas, para o presente trabalho significa o “conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos, costumes etc. que distinguem um grupo social”, ou ainda, “conjunto de conhecimento acumulados e socialmente valorizados, que constituem patrimônio da sociedade”¹⁵⁴, o que para Goffredo Telles Júnior, “é tudo aquilo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados pelo verbo *cultivar*”¹⁵⁵, ou seja, uma atividade criativa da inteligência humana, com o objetivo de aperfeiçoamento¹⁵⁶.

Em épocas de mudança de paradigmas da humanidade, em que há uma verdadeira revolução cultural, como, por exemplo, quando a humanidade se viu diante da teoria darwiniana da evolução das espécies animais, ou com o recente avanço tecnológico diante da conquista do espaço sideral, estando abertas enormes perspectivas à raça humana na possível conquista do universo, são colocadas em xeque todas as convicções antigas aos novos modos de pensar e uma vivência de transição de valores é sentida sem que adequadamente se saiba o rumo certo a tomar. No presente momento que vive a sociedade ocidental, sente-se este momento que alguns apontam como de crise, mas que é apenas a consequência de aprendizado que se deve ter com as novas experiências, para se encontrar o melhor caminho.

Observa-se a mudança de padrão cultural em que a sociedade contemporânea substitui ícones tradicionais pelo consumo sem significado, sem perceber a manipulação imposta nessa obtenção de bens desnecessários e destituídos de qualquer valor e os meios de produção da cultura artística também seguem esse padrão, ou como diz Adorno:

A indústria cultural está moldada pela regressão mimética, pela manipulação de impulsos imitativos recalcados. Para tal serve-se do método que consiste em antecipar a

cada grupo modifica sua própria coleção de descobertas e convenções, as coleções vão divergindo, e os grupos passam a ter culturas diferentes. Mesmo quando dois grupos se mantêm à distância de um grito, se o relacionamento entre eles for muito hostil eles podem adotar comportamentos indicadores de identidade que anunciem o lado a que pertencem, magnificando ainda mais as diferenças existentes. A ramificação e a diferenciação são bem visíveis na evolução das línguas, talvez o exemplo mais claro da evolução cultural. E, como ressaltou Darwin, têm um estreito paralelo na origem das espécies, as quais freqüentemente surgem quando uma população se divide em duas e os grupos de descendentes evoluem em direções distintas. Como ocorre com as línguas e as espécies, as culturas que se separaram mais recentemente tendem a ser mais semelhantes. As culturas tradicionais da França e da Itália, por exemplo, têm mais semelhança entre si do que qualquer uma das duas com as culturas dos maoris e dos havaianos.”

¹⁵⁴ CULTURA. In: DICIONÁRIO HOUAISS da língua portuguesa, p. 888. Os dois, em sentido antropológico e social, retirados dos diversos significados.

¹⁵⁵ *Direito quântico*, p. 239.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*: “Cultivar significa proceder com o intuito de obter o aperfeiçoamento de uma coisa.

Aperfeiçoamento de uma coisa é a adequação ou adaptação da coisa aos interesses humanos. É uma ordenação dada pelo ser humano às coisas, para que as coisas melhor sirvam aos fins humanos.”

imitação que dela fazem os espectadores, criando a impressão de que o consenso que deseja suscitar é algo já existente¹⁵⁷.

Na realidade enaltece-se a superioridade do ter sobre o ser.

Se o ter foi alçado à categoria superior é importante ficar claro que é desprovido de conteúdo valorativo, pois é uma mera aparência, ou seja, busca-se mediante a utilização de objetos desnecessários à natureza humana a demonstração de um poder ou status inexistente, como a contínua publicidade atribuindo mensagem de que somente com a obtenção de determinado artifício o sujeito atingirá a tão almejada felicidade¹⁵⁸.

Na arte de interpretar o direito, na tarefa de subsumir o fato à norma, deve o intérprete ter em mente esse sentido axiológico da cultura, no contexto temporal e espacial, por essa razão, para a aplicação das normas jurídicas, afirma Vicente Raó:

Todos os juízes deveriam ler, ao iniciar a carreira, a vasta literatura referente ao erros judiciários e meditar profundamente sobre a fraqueza das faculdades humanas. É nobre, entre as mais nobres, a arte de julgar; mas é ate de tremendas responsabilidades, que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a própria vida dos que batem às portas da Justiça, ou perante a Justiça são arrastados¹⁵⁹.

Por esse motivo, o art. 335 do Código de Processo Civil estabelece:

Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Inserida no capítulo do exame das provas, essa regra vem antecedida pelo art. 334, que disciplina os fatos que independem de prova, os notórios; os afirmados por uma das partes e confessado pela outra; os admitidos como incontroversos e; os relativos à presunção legal de existência ou veracidade.

O Código de Processo Civil dá tratamento diverso para as máximas de experiência e as

¹⁵⁷ *Minima moralia*, trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2001, p. 207. Theodor Adorno ficou conhecido como o autor da *Dialética do esclarecimento* de 1947, que muito sucesso fez entre os estudantes de 68, pertencente à chamada escola de Frankfurt é um pensador comprometido com os problemas sociais, tanto do trabalho social e da sociedade de classes.

¹⁵⁸ A título de exemplo tome-se a indústria automobilística, que a cada ano faz o lançamento do mesmo carro, mas com pequenas e supérfluas modificações, para incutir ao consumidor a necessidade de ter sempre o automóvel mais novo, quando na realidade é sempre o mesmo. Ou, ainda, não basta um telefone móvel que sirva de comunicação, mas um que filme, fotografe, escreva etc., ou seja, tudo o que é dispensável a um telefone.

¹⁵⁹ *O direito e a vida dos direitos*, 2ª ed., São Paulo, Resenha Universitária, 1976, T III, vol. I, p. 501.

presunções, haja vista que o juiz deverá valorá-las diante dos fatos já demonstrados nos autos.

As máximas de experiência seriam de duas categorias¹⁶⁰: uma pequena minoria, as decorrentes do uso da linguagem, isto é, em geral ou em ambientes mais específicos, como o caso da linguagem utilizada por uma determinada categoria de comerciantes, ou certas profissões, e os significados peculiares das palavras segundo o lugar ou o dialeto; o restante das máximas, aquelas que exprimem uma idéia de que sobre determinadas condições, repete-se como consequência os mesmos fenômenos.

Nesse último caso seria a situação das presunções, que se chegam pelo que ordinariamente acontece, por meio de indução, pois com a repetição continuada dos fatos que se comprovam, tem-se ao final, a conclusão que a maioria ocorre do mesmo modo, razão pela qual, o principal efeito da revelia, que se o réu não contestar a ação serão considerados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319, CPC), poderá ser mitigado pela apreciação do que ordinariamente ocorre, naquilo que se chama experiência comum.

É o que se consagrou denominar como o entendimento do homem médio, naquilo que a pessoa comum comumente compreende para determinadas situações como o mais honesto e ético a se praticar, mas é de se indagar como seria feita essa avaliação.

José Ingenieros repudia a concepção de homem médio como parâmetro de comportamento exemplar¹⁶¹, mas reconhece que o conteúdo das virtudes humanas muda com o tempo e decorre de fatores morais e intelectuais de cada época¹⁶², exceto no que diz respeito ao ideal absoluto de virtude, que permaneceria imutável ou com poucas oscilações, todavia, a massa de pessoas, definida como o homem medíocre pelo autor, levaria uma vida de virtudes não por dignidade própria, mas apenas por obediência às

¹⁶⁰ STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Bogotá: Temos, 1999, p. 24.

¹⁶¹ Deve-se considerar que escreveu sua obra, *O homem medíocre*, em 1910, publicada em 1913, marcado pela frustração de ter sido rejeitado pelo presidente da Argentina para ocupar a cátedra de Medicina Legal, já que o Conselho Diretivo da Faculdade de Medicina de Buenos Aires o tinha indicado por unanimidade.

¹⁶² *O homem medíocre*, trad. Douglas Dias Ferreira, São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 136.

Idem, p. 137: “Há, no entanto, um progresso moral coletivo. Muitos dogmatismos que antes foram virtudes são julgados mais tarde como preconceitos. Em cada momento histórico coexistem virtudes e preconceitos; o talento moral pratica as primeiras; a honestidade se agarra aos segundos. Os grandes virtuosos, cada um a seu modo, combatem pelos mesmos objetivos, na forma que sua cultura e seu temperamento lhes sugerem. Ainda que por diferentes caminhos, e partindo de premissas racionais antagônicas, todos se propõem melhorar o homem: são igualmente inimigos dos vícios de seu tempo.”

normas, por temor de suas conseqüências¹⁶³.

Não é possível esquecer que a sociedade contemporânea vive uma influência de formação pelos meios que possuem o controle das informações públicas e é de extrema importância ter-se ciência de que o que o dito homem médio elege como critério de senso comum é influenciado por interesses que talvez não sejam justos, mas de cunho meramente econômico.

Somos constantemente massacrados por publicidade e propaganda¹⁶⁴ e, muitas vezes, não é possível perceber a forte influência cotidiana no desenvolvimento do indivíduo. Não há nenhuma novidade na constatação desse fato, tanto que a propaganda política e a publicidade comercial são utilizadas para a manipulação social sem qualquer pudor.

Os americanos Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner¹⁶⁵ apresentam dados concretos para demonstrar que o senso comum também é formado por meios publicitários e que necessidades humanas surgem por esse tipo de influência. Assim, os autores apresentam vários dados para essa demonstração, mas contam uma interessante história de dados manipulados por um advogado de um grupo de *sem-teto*, Mitch Snyder, que no início dos anos 80, do século XX, afirmou que três milhões de americanos eram *sem-teto* e que 45 desses morriam por segundo, sem que fosse contestado por esses números, haja vista que tinha a fama de ser um especialista no assunto, sem que ninguém observasse que os números eram inflados, porém por fim foi obrigado a afirmar que havia inventado os números, portanto concluem os autores:

É triste, mas não surpreende descobrir que especialistas como Snyder possam ser interesseiros a ponto de enganar os outros. Eles não conseguem, porém, fazer isso sozinhos.

Os jornalistas precisam tanto dos especialistas quanto os especialistas precisam dos

¹⁶³ *Idem*, p. 138. Demonstra Ingenieros seu pendor positivista e total descrédito às virtudes humanas.

“Cada um dos sentimentos úteis à vida humana gera uma virtude, uma norma de talento moral. Há filósofos que passam longas noites insones meditando, cientistas que sacrificam sua vida nos laboratórios, patriotas que morrem pela liberdade de seus concidadãos, altivos que renunciam a qualquer benefício que tenha por preço sua dignidade, mães que vivem na miséria para proteger a honra de seus filhos. O homem medíocre desconhece essas virtudes; limita-se a cumprir as leis por temer as penas que ameaçam que as viola, mantendo a honra para não enfrentar as conseqüências advindas de sua perda.”

¹⁶⁴ Consideram-se termos distintos, já que a publicidade é uma campanha para alavancar o comércio de determinado produto, enquanto a propaganda busca propagar idéias, sobretudo política.

¹⁶⁵ *Freakonomics – o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Trad. Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Os autores, o primeiro economista da Universidade de Chicago e o segundo jornalista e escritor, publicaram suas idéias no *best-seller*, que ora se utiliza como fonte, descrevendo dados estatísticos para confirmar suas convicções entre informações e sua relação de causalidade, ou seja, a demonstração de causa e efeito.

jornalistas. Todo dia há jornais impressos e telejornais exigindo notícias, e um especialista capaz de produzir uma informação de impacto é sempre bem-vindo. Trabalhando em conjunto, os jornalistas e os especialistas são os arquitetos da sabedoria convencional¹⁶⁶.

Do mesmo modo é necessário reconhecer até que ponto a influência religiosa molda essa formação e que a escolha de interpretação judiciária pode ser alcançada pela prática ou até falta de fé religiosa do julgador. Sem dúvida, interferências de cunho religioso são sentidas no trabalho legislativo como, por exemplo, pune-se o adultério em países de formação judaico-cristã, enquanto a poligamia é permitida nos países islâmicos, todavia se aguarda que o intérprete esteja isento dessa parcialidade mística, entretanto a religiosidade faz parte de nossa natureza e não deve ser subestimada¹⁶⁷.

À conclusão é que deve ser encontrada uma maturidade, que somente pode ser alcançada se for possível achar no outro o que há em nós mesmos, passível de fazer respeitar as individualidades em um contexto adequado que permita perceber que o valor do respeito ao ser humano é o encontro máximo da noção de justiça e que os diferentes não tenham que ser eliminados ou seus interesses desprezados pelo simples fundamento nessas diferenças.

Esse respeito ao outro pode ser entendido como uma identificação, em que o outro não é coisificado, mas continua tão humano como se reconhece a si próprio, sobretudo na observação do passado da humanidade, quando atrocidades sempre foram cometidas no momento em que o outro não foi assimilado como um ser igual, mas meramente um objeto que pode ser descartado. Daí porque foi possível o massacre de populações como os armênios pelos turcos, os curdos no Iraque e o mais emblemático, os judeus pelos nazistas e no dizer de Adorno, “a incapacidade para a identificação foi sem dúvida a condição psicológica mais importante para tornar possível algo como Auschwitz em meio a pessoas

¹⁶⁶ *Freakonomics*, p. 92.

¹⁶⁷ PINKER, Steven. *Tabula rasa*, p. 20: “A concepção judaico-cristã ainda é a mais popular teoria da natureza humana nos Estados Unidos. Segundo levantamentos recentes, 76% dos americanos acreditam no relato bíblico da criação, 79% acreditam que os milagres descritos na Bíblia realmente aconteceram, 76% acreditam em anjos, no diabo e em outras almas imateriais, 67% acreditam que existirão sob alguma forma depois de morrer e apenas 15% acreditam que a teoria da evolução de Darwin é a melhor explicação para a origem da vida humana na Terra. Políticos de direita acolhem explicitamente a teoria religiosa, e nenhum político influente ousaria contradizê-la em público. Mas as ciências modernas da cosmologia, geologia, biologia e arqueologia tornaram impossível que uma pessoa com conhecimentos científicos elementares acredite que a história bíblica da criação aconteceu de fato. Em consequência, a teoria judaico-cristã da

mais ou menos civilizadas e inofensivas”¹⁶⁸.

Todavia, na apreciação da formação do senso comum, o intérprete ou aplicador deve estar consciente das influências internas e externas que formam sua avaliação, reconhecendo a dificuldade que é compreender a si próprio¹⁶⁹.

Na visão egológica do direito, Carlos Cossio adequadamente observa que o juiz possui suas idiossincrasias, um modo de ser particular, já que é uma pessoa de carne e osso, como outra qualquer, que irá formar a valoração dos fatos de acordo com a dimensão coexistencial que o leva a ser essa pessoa¹⁷⁰.

Assim, como bem explica a constitucionalista Maria Garcia, considerando que a função jurisdicional não é declarativa, mas constitutiva de direito, esta “não fica adstrita aos autos ou ao recinto dos próprios tribunais, mas envolve toda a sociedade”¹⁷¹, pois, em seu entender, a repercussão social da decisão judicial é inevitável, razão pela qual a interpretação deva ser a “interpretação do cidadão comum”¹⁷².

Dessa forma, para a aplicação das normas de experiência comum, na observação do que

natureza humana não é mais explicitamente sustentada pela maioria dos acadêmicos, jornalistas, analistas sociais e outros integrantes da intelectualidade”.

¹⁶⁸ *Educação e emancipação*, p. 134.

É assim que na Alemanha, o país mais culto do mundo, berço de grandes pensadores, surgiu o movimento nacional-socialista que frutificou na sociedade e permitiu que cidadãos comuns se tornassem terríveis algozes, demonstrando um caráter frio para com o outro. Theodor Adorno afirma sobre esse fato: “Afirmar, que aquelas pessoas eram frias de um modo peculiar. Aqui vêm a propósito algumas palavras acerca da frieza. Se ela fosse um traço básico da antropologia, e, portanto, da constituição humana como ela realmente é em nossa sociedade; se as pessoas não fossem profundamente indiferentes em relação ao que acontece com todas as outras, excetuando o punhado com que mantêm vínculos estreitos e possivelmente por intermédio de alguns interesses concretos, então Auschwitz não teria sido possível, as pessoas não o teriam aceito. Em sua configuração atual – e provavelmente há milênios – a sociedade não repousa em atração, em simpatia, como se supôs ideologicamente desde Aristóteles, mas na perseguição dos próprios interesses frente ao interesse dos demais”. (*idem*, p. 133)

¹⁶⁹ JUNG, Karl. *O desenvolvimento da personalidade*. Trad. Frei Valdemar do Amaral, 8ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002, p. 91.

Para Jung, na compreensão do homem em seu estado natural, assim como modificado pela cultura, a tarefa de voltar-se para o mundo psíquico não é tão clara: “Não existe nenhum outro campo experimental em que a visão do real se encontre tão turvada como na percepção que nosso mundo psíquico de ter a respeito de si mesmo. Em nosso mundo psíquico (pouco importando se a observação se refere à própria pessoa ou a outra), surge muito mais do que em qualquer outra parte, e mesmo com maior facilidade e destemor, toda sorte de preconceitos, de interpretações errôneas de juízos dependentes do humor momentâneo, de idiossincrasias e de projeções.”

¹⁷⁰ *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*. 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 127: Hemos visto que el Derecho es, en parte, el propio hecho del juez. Pero en conexión con esta, lo que el juez es penariamente un hombre, un hombre de carne y hueso como los demás con quienes convive, y que el hombre que el juez es no se constituye con su aislada existencia, sino con la dimensión coexistencial que lo lleva a ser.

¹⁷¹ *Opinião pública e a interpretação da constituição*, In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 54, p. 57.

seja o senso comum, o bom aplicador do direito deve estar atento a que sua decisão não seja apenas reflexo de suas verdades pessoais, no modo de impingir uma conduta egoísta de sua maneira de ser, mas que seja o respeito à verdade do outro, que também pode ser uma postura justa de viver e refletir o mundo, sem que esteja fora dos padrões impostos pela sociedade como natural.

5.3 – A função de decidir

Muito embora a exigência da imparcialidade do intérprete, toda decisão está repleta de conteúdo emocional, não sendo uma tarefa meramente racional ou mecânica, caso contrário, nesta época de computadores, seria fácil substituir a função por um programa adaptado a apenas aplicar as leis.

No Estado moderno, a legislação impõe limites na tarefa de aplicação do direito, haja vista que não permite arbitrariedades e com a exigência da fundamentação das decisões jurisdicionais, impede-se que a decisão seja apenas um devaneio ou um capricho pessoal. Ainda nesse sentido é necessário observar que uma decisão, mesmo que proferida no âmbito jurisdicional, não é totalmente imparcial e está repleta de conteúdo emocional, uma vez que o homem não é um ser absolutamente racional. Os sentimentos fundamentam nossas decisões; amor, ódio, raiva, compaixão, tudo o que nos torna humanos e nos diferencia dos animais, pois os laços de afeto, acima de qualquer instinto, guiam nossa existência no grupo social. Por amor ou ódio tomam-se decisões importantes, criam-se e extinguem-se direitos.

Indivíduos que demonstram não possuir emoções, como aqueles que apresentam patologia físico-psíquica, que os impede de avaliar as condições morais de suas decisões, assustam a sociedade, a ponto de serem segregados dela, ante ao perigo que representam, como é o caso dos assassinos frios cujos laudos médico-legais demonstram sua incapacidade de possuir compaixão por sua vítima. A natureza humana exige que as decisões sejam motivadas por situações em que os sentimentos sejam avaliados e que a

¹⁷² *Idem*, p. 60.

compaixão, o poder imaginar o que o outro sinte e entender esse sentimento é crucial para a boa escolha¹⁷³.

Essa situação é uma condição biológica demonstrada pela ciência médica¹⁷⁴, o que torna impossível a exigência de uma decisão absolutamente imparcial, o que é reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico, ao conferir regras processuais para que se o juiz esteja impedido ou suspeito a julgar a causa ou no sistema de revisão das decisões por um tribunal e, por mais forte razão, pela exigência da fundamentação das decisões.

Os sentimentos são influenciados pelas condições culturais, originadas pela situação racial, social e econômica individual. Sua própria história de vida e a forma que cada um responde às diversas situações fáticas, ou seja, as idiossincrasias individuais moldarão o juízo de valor dos litígios postos em juízo, na busca da adequada decisão jurisdicional. No dizer de Miguel Reale:

Se na base de todo fenômeno cultural há algo de natural, não é menos certo que sem a cultura não haveria compreensão da natureza. Bastará, nesse sentido, ter presente o fato elementar da reação do homem ante os estímulos naturais, sempre marcada por um *ato consciente*, por uma livre tomada de posição ante o que é recebido *ab extra*, firmando-se, ao mesmo tempo, um poder de livremente deliberar e agir em consonância com seus próprios desejos e interesses. É esse *poder nomotético* (fulcro do processo cultural) que distingue o homem dos demais animais, cujas reações são de antemão predeterminadas pela natureza de seu ser, no círculo de suas necessidades vitais imediatas¹⁷⁵.

¹⁷³ Saliente-se a matéria publicada na Revista Veja, ed. 1993, de 31/01/07, da Ed. Abril, com o título *O cérebro, esse perdulário*, matéria de Okky de Souza e Rosana Zakabi, destacando que os cientistas estudam o funcionamento da emoção em situações em que a razão seria aplicada na tomada de decisões, especificamente no caso do consumo, como explicado nos seguintes trechos:

“A emoção influencia fortemente as decisões de compra do consumidor do século XXI, mesmo quando ele acha que está sendo guiado pela razão.”

(...)

“Tradicionalmente, a economia enxerga o consumidor como alguém que decide entre a satisfação imediata em fazer uma compra e a expectativa de usar o dinheiro futuramente para adquirir outro produto ou realizar um projeto. Essa seria uma decisão puramente racional, em que a emoção está ausente. Os participantes da pesquisa, no entanto, segundo mostrou a evolução dos estímulos em diferentes partes do cérebro, associavam a desistência de adquirir um produto não à perspectiva de usar melhor aquele dinheiro no futuro, mas à aflição e ao sofrimento que significaria desembolsar a quantia necessária para fazer a compra.

¹⁷⁴ O neurologista americano António R. Damásio, no livro *O erro de descartes*, estuda as condições de pessoas que apresentaram mudança de comportamento por problemas no cérebro, inclusive por mudança de posturas morais, ou pela falta de compreensão destas, por perda de parte do cérebro, seja por acidente ou uma doença.

Emoção e sentidos morais são considerações biológicas, na pesquisa do autor, muito embora sofram a influência do meio social e apresenta uma série de casos clínicos em que os pacientes sofreram abrupta mudança de personalidade.”

¹⁷⁵ *Paradigmas da cultura contemporânea*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

Para Lúcia Reis de Almeida Prado, na análise da emoção nas decisões judiciais:

A sentença judicial, embora baseada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer. Por isso, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar no Direito a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade¹⁷⁶.

Ou, ainda, como diz Steven Pinker:

A mente possui componentes para os quais é difícil saber onde termina a cognição e começa a emoção. Entre eles incluem-se um sistema para avaliar o perigo, combinado à emoção chamada medo, um sistema para avaliar a contaminação, combinado com a emoção chamada nojo, e um senso moral, que é complexo o suficiente para merecer um capítulo próprio¹⁷⁷.

No mesmo sentido Louis Assier-Andrieu aponta que os instintos e emoções do juiz interferem no fenômeno do julgamento, “cuja tarefa oscila estatutariamente entre a aplicação estrita da lei e o recurso a uma paleta de métodos assistenciais”¹⁷⁸.

Não há como imaginar uma decisão unicamente imparcial, revestida de toda racionalidade, porque não é da natureza humana, até porque toda atitude é constituída de uma dose de razão, além de sentimentos e de emoção. O que se deve buscar é a boa decisão¹⁷⁹, avaliada de acordo com as consequências advindas da tomada de atitude, o que somente pode ocorrer em um contexto de moderação.

Deve-se observar que a decisão não seja fundamentada nos conceitos particulares do julgador, exigindo-se do aplicador do direito maturidade e capacidade intelectual para decidir e discernir entre seus próprios interesses e os das partes que confiam em uma decisão equilibrada e justa. Saliente-se que as escolas de Direito não possuem disciplina em sua grade curricular que preparem os profissionais do Direito para esse tipo de capacidade profissional, com o adequado ensinamento do reconhecimento das

¹⁷⁶ *O juiz e a emoção - aspectos da lógica da decisão judicial*, Campinas, Millennium, 2003, p. 131. Para a autora há uma tendência dos juizes avaliarem com maior sensibilidade as consequências de seus atos judiciais, constando uma tendência de inclusão de valores democráticos e dos direitos humanos nas decisões.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 305.

¹⁷⁸ *O direito nas sociedades humanas*, p. 231/232.

¹⁷⁹ DAMÁSIO, Antonio R. *O erro de Descartes – emoção, razão e o cérebro humano*, trad. Dora Vicente e Georgina Segurado, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 201: “O domínio pessoal e social imediato é o que mais se aproxima do nosso destino e aquele que envolve a maior incerteza e a maior complexidade. Em termos latos, dentro desse domínio, decidir bem é escolher uma resposta que seja vantajosa para o organismo, de modo direto ou indireto, em termos de sua sobrevivência e da qualidade dessa sobrevivência. Decidir bem

necessidades sociais e questões relativas à formação humana, o que é algo a se lamentar, ainda mais diante das exigências contemporâneas.

Com o escopo de celeridade processual, alardeia-se a inevitabilidade de reformas processuais para que o processo termine o quanto antes, haja vista que se compreende que uma decisão rápida estará mais de acordo com o sentido de justiça, ao contrário daquela velha máxima de que a justiça tarda, mas não falha. Nesse sentido, várias reformas legislativas estão sendo introduzidas, sobretudo as que impedem a decisão jurisdicional individual, como a adoção da súmula vinculante, a maneira mais preguiçosa de interpretar direito, muito embora não se tome como crítica sua instituição no direito pátrio, haja vista que o sistema pode parecer estranho em um determinado momento, pela falta de costume nacional, mas que tem funcionado muito bem nos países que adotam o sistema da *common law*¹⁸⁰.

Na defesa do precedente jurisdicional, como instrumento de justiça, José Rogério Cruz e Tucci conclui:

A jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações assemelhadas são tratadas do mesmíssimo modo, e a democracia participativa exige a paridade de trato entre os membros da comunhão social. O tratamento desigual pelos tribunais é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos. Tão-somente justificadas razões peculiares autorizam o desvio dos *precedentes judiciais*¹⁸¹.

É possível perceber que o precedente somente será formado quando várias situações forem apreciadas, a ponto de se encontrar o que é semelhante entre elas, todavia não se pode deixar de lado que cada circunstância deve ser contemplada a ponto de não reduzir a função do juiz como a de um operário em uma fábrica, apenas subsumindo o fato ao

implica também decidir de forma expedita, especialmente quando está em jogo o fator tempo, ou pelo menos decidir dentro de um enquadramento temporal apropriado para o problema em questão.”

¹⁸⁰ O sistema do *common law* difere sobremaneira do sistema que teve origem no direito romano, uma vez que sofreu pouca influência deste. O *common law* é um direito judiciário, em que a lei é uma fonte secundária.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 212: “O precedente judiciário não é no entanto uma verdadeira fonte do direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar algures os elementos da sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz ‘dizer o direito’, declarar o que é o direito; é a *declaratory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão.”

¹⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte de direito*, São Paulo: RT, 2004, p. 296.

precedente, sem qualquer outra apreciação valorativa¹⁸².

Os valores eleitos pela sociedade como relevantes para guiá-la serão os mesmos que fundamentarão os precedentes, e sobre essas condições axiológicas o juiz deverá decidir e avaliar seus sentimentos como fundamental na melhor escolha entre as possíveis¹⁸³, considerando-se que o legislador reconhece que os sentimentos do magistrado podem influenciar a decisão, a ponto de considerá-la como passível de uma má escolha, no momento, como afirmado, em que se aplicam as regras de impedimento ou suspensão do juiz e pelo silêncio legislativo é de se concluir que nas demais situações o magistrado estará isento da influência de suas próprias emoções.

Mas não se deve esquecer a vulnerabilidade do que se atribui valor, que pode muito bem ser uma demonstração de vontade subjetiva, uma idéia abstrata realizável conforme o sabor do momento.

Por outro lado, pode-se considerar que o magistrado permita que sua ideologia interfira na escolha de suas decisões jurisdicionais, sem que até não tenha consciência dessa influência, mas sua suposta imparcialidade esteja contaminada por um viés político¹⁸⁴.

¹⁸² *Idem*, p. 297.

Nesta defesa, José Rogério Cruz e Tucci trazem a lição de Giovanni Orrù e Robert Alexy, concluindo: “Orrù encerra a sua exposição afirmando que o juiz, contudo, jamais deve ser escravo do *precedente judicial*, porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelas modernas legislações.

Colocando de lado a polêmica acerca da natureza ontológica dos *precedentes judiciais*, quanto a ser ou não fonte primária de direito, Robert Alexy, em obra específica sobre a argumentação jurídica, anota que a primordial justificação da utilização pragmática dos *precedentes* é ditada pelo ‘princípio da universalidade’ ou da justiça formal, que impõe um tratamento isonômico para situações iguais.”

¹⁸³ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 23: “Há valores atribuídos a realidades materiais, psíquicas e espirituais. A hierarquização deles depende da opção filosófica adotada. Seja ela qual for, sempre são valores que incentivam a continuidade da vida, a produtividade, a predisposição em busca de mais valores. Portanto, viver sem o cultivo de valores é praticamente impossível, já que o próprio fato de viver depende do valor máximo para o ser humano: a vida.

(...)

Indaga-se: para o juiz, que sentido tem tais considerações? São relevantes exatamente porque é nesse universo dos valores cultuados pela sociedade que o magistrado irá atuar jurisdicionalmente. Irá julgar os litígios, que nada mais são do que disputas acirradas por valores.”

¹⁸⁴ O Des. Rui Portanova, magistrado do Rio Grande do Sul com preocupações sociais a ponto de ser favorável ao direito alternativo, compreende que o direito deve-se voltar para o conteúdo ideológico da elaboração legislativa e dos protagonistas jurídicos, afirmando: “Ao processualista civil cumpre, nesta quadra da história, buscar linhas interpretativas que abrandem o positivismo normativista do Direito. Impõe-se viabilizar ao intérprete o acesso a soluções que atendam à complexidade socioeconômica posta em juízo.

Em suma, o processo deve permitir revelar a natureza das coisas por que litigam as partes.

Por isso, é tempo de votaram-se os olhos para o escopo ideológico do processo.” (*Motivações ideológicas da sentença*, p. 147)

Faça-se um parêntese para citar o exemplo da União Soviética. Lá não havia o incômodo de se disfarçar a função política do Judiciário, ao contrário, as decisões judiciais estavam a serviço da economia e da continuação do regime soviético, como instrumento de produção ideológica, com fundamento na premissa de “dar a cada um conforme suas necessidades” e tirar conforme suas possibilidades, ao contrário da velha e sábia máxima romana¹⁸⁵.

Assim, não é demais repetir que essas escolhas estão influenciadas pelo momento histórico em que se define qual o ideal de justiça a ser alcançado com a decisão do magistrado, adaptando-se sem impor a sua própria, suas paixões e seus preconceitos, mas aquele ideal eleito pela sociedade como necessário.

5.4 - A vulnerabilidade de um valor e seus símbolos

A função de decidir importa na opção do que é imprescindível a representar a possível verdade de escolhas justas, mas pode estar maculada pela contínua pressão, ostensiva ou não, de uma sociedade cada vez mais voltada para o consumo sem sentido, ou melhor dizendo, pela criação de falsas necessidades de satisfação de desejos por bens descartáveis,

Já o magistrado gaúcho Adalberto Narciso Hommerging, *Valores, processo e sentença*, p. 156, reconhece que é preferível a falibilidade do juiz, que está mais perto das partes, do que do legislador, que analisa uma situação abstrata.

Em suas palavras, p. 157: “É na dimensão valorativa que o Judiciário se afirma como Poder Político do Estado, independente e soberano. A sentença, enquanto ato de valoração do fato social, é fonte de criação do próprio direito, sendo produto distinto do que resulta da mera aplicação automática do direito positivo. Criar e recriar o direito, a partir da sentença, pressupõe, portanto, valoração; pressupõe consciência axiológica e recusa a qualquer forma de daltonismo dos valores. Não é considerando os valores com destituídos de objetividade e validade que o juiz conseguirá cumprir sua missão. É com olhos postos na hierarquia dos valores, privilegiando os valores éticos em detrimento dos lógicos e estéticos, que o magistrado pode proferir as melhores decisões.”

Entende, portanto, possível ao juiz afastar a lei ou contraria-la se estiver contra o que considera justo, para concluir que o direito tem um “compromisso com a felicidade e o destino do homem” (p. 158). Assim, elege um pacto hedonista como conquista suprema humana, o que é uma direção perigosa, de condução abstrata e individualista, que contraria sua observação anterior de que o processo é um instrumento que objetiva os valores alinhados com a os da justiça, da paz social, da segurança e da efetividade (p. 118).

¹⁸⁵ DAVID, René. *ob. cit.*, p. 216.

As funções do direito soviético são de três ordens: econômica, de segurança nacional e de educação. “Para obter dos cidadãos o comportamento social que se deseja e permitir a realização de uma sociedade comunista, uma outra condição prévia é exigida: a abundância. ‘De cada um segundo as suas possibilidades, a cada um segundo as suas necessidades’; esta divisa da sociedade comunista só pode tonar-se realidade se a produção atingir o máximo possível, de tal forma que os bens de consumo sejam suficientes para todos. A manutenção do aparelho do Estado socialista, com a coerção que ela implica, é necessária para alcançá-lo.”

assim como se está cada vez mais monitorado eletronicamente, seja por câmeras nos prédios e ruas, como por rastreamento das atividades financeiras e de interesses privados pelo sistema de informática, o que pode levar a crer que já se chegou à ficção de George Orwell e seu *grande irmão*, descrito em sua impressionante obra “1984”, com receio de que pequenos deslizes possam aparecer em um vídeo na internet, cuja repercussão fuja do controle do razoável.

Uma nova ética surge com os modernos meios de controle: o de ser bom não por ser possível acreditar em um padrão de conduta moral, mas pelo receio da descoberta, passível pela constante vigilância a que se está submetido¹⁸⁶, algo como uma coação latente, no dizer de Rafael Vidal Jiménez¹⁸⁷, a qual não se faz necessária descrever aqui, visto ser de conhecimento corriqueiro e, talvez infelizmente, por já se estar a ela habituados e, o que é pior, com a defesa de situações antes repudiadas, como o uso da tortura para a obtenção de confissão, hoje defendida sem qualquer pudor, em nome da segurança contra o terrorismo¹⁸⁸.

Como representações de necessidades, criam-se símbolos que exteriorizam o que se

¹⁸⁶ Fica cada vez mais claro que passamos a ter receio de estarmos sendo observados, de termos nossas conversas gravadas, com a constante ameaça de revelação da “verdade” ou de sua deturpação, o que tem levado cientistas contemporâneos a estudar o fenômeno, como o caso dos pesquisadores alemães Manfred Milinski (do Instituto Max-Planck de Plön) e Bettina Rockenbach (da Universidade de Erfurt), publicado na edição de 27 de julho da revista “Science” e cuja matéria foi divulgada pelo jornal francês “Le Monde” de 28/07/07, a fim de comprovar que somos mais altruístas se sabermos ser observados, o que teria uma base biológica.

¹⁸⁷ *Identidad, poder y conocimiento em la sociedad de la información. Introducción al estudio de la temporalidad como eje del análisis hermenéutico*. Tese de doutorado, Universidad de Sevilla, Facultad de Comunicación: Sevilla, 2003, p. 660: *Una vez superadas las fases, primero del bloqueo directo, y, segundo, de la disciplina del consenso bajo coacción latente, nos adentramos en un nuevo modelo donde el auténtico y libre consenso radica en los beneficios directos, reales y tangibles del consumo.*

¹⁸⁸ Vide:

Folha de S. Paulo, 19/01/2007: *Pentágono cria manual para julgar suspeitos*: “O Departamento de Defesa preparou um manual para julgar os prisioneiros detidos na base militar em Guantánamo, Cuba, que permitiria condená-los e executá-los em base de testemunho coagido e rumores.

De acordo com uma cópia obtida pela AP, o advogado de defesa de um dos suspeitos de terrorismo ali presos não poderia revelar evidências em defesa de seu cliente até que o governo pudesse revisá-las.

O manual enviado para o Congresso ontem e que deve ser distribuído pelo Pentágono, segue uma lei aprovada pelo Congresso no ano passado, que voltou a permitir a comissões militares julgar suspeitos de terrorismo. As comissões tinham sido proibidas pela Corte Suprema.

Técnicas de interrogação com tortura estavam aprovadas. O manual deve provocar um confronto entre o governo e a nova maioria democrata no Congresso.”

Folha de S. Paulo, 10/03/2007: *Militares julgam supostos líderes da Al Qaeda*: “Essas audiências não têm data prevista de encerramento, e não foram divulgadas informações sobre seu andamento, que é sigiloso. Grupos de defesa dos direitos humanos afirmam que nelas são negados aos detentos seus direitos e são admitidos como prova depoimentos obtidos sob tortura.”

quer sugerir, quase sempre um poder, dessa forma, na sociedade massificada que vive de ícones de poder, ganham projeção valores a serem alcançados a todo custo, porque não basta ter um poder, deve-se demonstrar tê-lo, motivo suficiente para transformar o consumismo moderno sem precedentes históricos como objetivo da felicidade individual, o que transforma valores efêmeros em objetos de excelsa qualidade.

A fim de se compreender a afirmação ora feita, convém mencionar uma analogia com os símbolos escolhidos e suas representações indispensáveis.

Luiz XIV, o rei sol da França entre 1643 a 1715, criou uma etiqueta em sua corte para externar sua suprema e divina autoridade sobre os mortais comuns, assim, existiam cerimônias acompanhadas por inúmeros cortesãos para o simples ato de o rei ir se deitar para dormir, ou para acordar. Jamais foi retratado sem que estivesse representado em suntuosos trajes. O que hoje pode parecer excêntrico, não é tão estranho assim, pois até o imperador brasileiro D. Pedro II foi acusado por se comportar como um cidadão comum e de não criar uma imagem que o distanciasse de seus súditos, episódio que teria contribuído como um dos fatores para antecipar o fim da monarquia em nosso país¹⁸⁹.

A Justiça enquanto poder é cheia de retóricos símbolos de superioridade. Não se pode esquecer que o magistrado está sempre posicionado em um patamar, em modo mais elevado em relação às pessoas que julga, demonstrando seu domínio em dizer a verdade sobre as pessoas comuns.

Nesse simbolismo todo, é bom exaltar que há um vazio em determinadas situações, uma busca hedonista em consumir sem sentido, que leva à alta estimacão de ícones destituídos de importância para a existência do ser humano, nem sempre porque não preenchem necessidades básicas, mas porque há similares que muito bem podem acomodar as aspirações humanas.

Folha de S. Paulo de 14/03/2007, *Escândalo da Justiça dos EUA envolve Casa Branca*: “O secretário também é um dos autores do famoso “memorando da tortura”, segundo o qual, na “guerra ao terror”, os EUA não estariam obrigados a seguir convenções internacionais contra o tratamento desumano de prisioneiros.”

¹⁸⁹ SCHWARCZ, Lília Moritz. *As barbas do imperador – D. Pedro II, um monarca dos trópicos*, 3ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 524: “Vinculada desde os seus primórdios às duas esferas – à origem mágica e à origem histórica -, a realeza faz do ritual e do cerimonial gestos políticos, mas ao fazê-lo insere-se na dimensão do sagrado, de uma história que lhes é anterior. Como diz Bloch, ‘já herdeiros de longo passado de veneração, ficaram os reis definitivamente marcados pelo sinal divino’.

P. 323: “É certo que o chefe da nação era declarado ‘Imperador pela graça de Deus e unânime aclamação dos povos’, mas aos poucos ninguém mais acreditava os ‘poderes sobrenaturais’ desse rei, que mais e mais se portava como um mortal voluntarioso cidadão.”

Dessa maneira, não se pode deixar de lado a noção de que o legislador é a elite do corpo social, assim como o próprio magistrado, que deve estar apto a conhecer o direito e suas fontes como modo de aplicação da existência humana, o que pode ser facilitado pela importância que se dá às regras escrita, contudo, no novo modelo legislativo, sua função é exercida com muito mais propósito de suprir o que é imprescindível para a vida humana.

6 – A DECISÃO JURÍDICA LEGÍTIMA – INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Muito se discute sobre a validade de uma decisão jurídica, isto é, até que ponto pode ser considerada devidamente fundamentada uma decisão, sem que haja qualquer discussão e que seja eficaz, cumprindo seu dever de organizar e manter a ordem social.

Em primeiro lugar é importante evidenciar que se trata da interpretação da exteriorização intencional da expressão do pensamento por escrito, que possui peculiaridades. Diferentemente do discurso falado, a intencionalidade da lei é mais presente no cuidado com o uso lingüístico e uma imprecisão pode redundar em desvio de sua significação, assim como no desdobramento do espaço temporal, que pode fazer valer uma mudança de referência entre o que fundamentou o autor e o que agora atinge o leitor.

Todo texto escrito adquire uma vida própria, o que no dizer de Paul Ricouer, “liberta a sua significação da tutela da intenção mental, liberta também a sua referência dos limites da referência situacional”¹⁹⁰.

Diversas são as teorias na busca incessante de conferir legitimidade às deliberações judiciais, assim como para atribuir ao Direito a qualidade de ciência. A dificuldade de reconhecer que um modelo é mais adequado que outro; como se atribui a legitimidade a um chamado Estado de Direito e não a outro sistema, qual um “governo” paralelo ou grupo paramilitar.

Reconhecido o sistema legítimo e, portanto competente, para configurar a ordem, é necessário compreender como as decisões judiciais são admitidas como válidas e apresentam um alcance de justiça aceito por quem é seu destinatário.

A interpretação do conteúdo normativo é o modo para definir uma decisão sabidamente válida e colaborar para o reconhecimento do Direito como ciência social, em que a escolha

¹⁹⁰ *Teoria da interpretação*, trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2000, p. 47.

da correta decisão está em sua essência, ou como diz Miguel Reale, ao avaliar que o jurista deve considerar a diferença entre o Direito e outras ciências sociais é que no Direito há de ser levado em conta o *ser* referido ao *dever ser*, pois “a atitude do jurista implica uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere a valores”¹⁹¹.

Está se vivendo em plena crise de paradigma interpretativo, pois ao mesmo tempo em que se escolhe como modelo a codificação do direito como forma de expressá-lo, dá-se importância cada vez maior às decisões emanadas pelos tribunais, a jurisprudência, que entre nós não seria uma forma de expressão do direito, mas assume o significado de que se rompeu com o padrão positivista e abriu-se a possibilidade de legitimar a interpretação jurídica por conceitos mais flexíveis, o que nesse caso haveria um espaço maior para a compreensão das decisões judiciais.

Não seria demais afirmar-se que há uma crise, mas não no sentido negativo que esta expressão emite, todavia naquele em que há necessidade de ampliar as noções interpretativas, visto que o modelo pré-concebido já não é suficiente para resolver os conflitos. Basta uma simples passada de olhos nas obras jurídicas colocadas pelo mercado editorial, para se constatar o fenômeno que incorporou a jurisprudência como instrumento de trabalho, assim como as próprias decisões, que citam outras para corroborar seu fundamento. Mas não se confunda jurisprudência com o precedente jurisdicional da *common law*, que confere o poder de criador do direito aos tribunais.

Foi-se o tempo em que, como na Idade Média, acreditava-se que a legitimidade de uma norma decorria de sua antiguidade, pois quanto mais antigas mais prestígio teriam como monumento de um passado sábio e para tanto chegavam a falsificar a origem de textos

¹⁹¹ *Filosofia do direito*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 193, dando como exemplo o estudo de um homicídio, sob o ângulo de um psicólogo, de um sociólogo e de um jurista, e que ilustra muito bem a questão: “A atitude do jurista, portanto, não pode ser reduzida ou confundida com a atitude do sociólogo ou do psicólogo.

Não se é grande penalista quando se descuida dos motivos psicológicos e sociológicos de um ato, mas isto não quer dizer que o Direito Criminal se reduza a termos de Sociologia ou de Psicologia. A categoria do jurista é a categoria do *dever ser*, que não se confunde com a do psicólogo e a do sociólogo, pois o Direito só compreende o *ser* referido ao *dever ser*.

Quem não percebe esta distinção, ou persiste em tratar do mundo das normas como se fossem coisas, é um desajustado entre os juristas, sendo aconselhável que se dedique à Psicologia ou à Sociologia, achegando-se à sua vocação natural. A atitude do jurista implica uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere à valores. Daí a importância básica que o estudo da Axiologia tem para a Ciência Jurídica.”

jurídicos¹⁹². Essa legitimação pode ser vista com os Pandectistas, por exemplo, com sua fundamentação nas antigas instituições do Direito Romano.

Sem dúvida nosso sistema jurídico não permite aos tribunais a função criadora do direito, ainda que o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil revogada, anterior à atual, dispusesse que na omissão da lei poderia o juiz decidir de acordo com os casos análogos e os princípios gerais, como uma simples referência às decisões judiciais como parâmetro a suprir uma lacuna, mas com a reforma introduzida pelo Decreto-Lei 4.657/42, a vigente Lei de Introdução ao Código Civil, não há qualquer referência no mesmo sentido, entretanto, o juiz *cria* a norma para o caso particular, no caso de omissão legislativa, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais (art. 4º, LICC).

Mas, há um engrandecimento da jurisprudência na contemporaneidade, muito embora não haja quem defenda tese contrária à hegemonia da lei, contudo não se pode negar que a jurisprudência influencia a tendência interpretativa de determinado período histórico e este trabalho faz uso em algumas situações exemplificando os conceitos pelas decisões jurisprudenciais, mas não têm, e nem se pretende que tenham natureza *erga omnes*.

Limongi França observava essa crise paradigmática em sua obra *O direito, a lei e a jurisprudência*, publicada em 1974, atribuindo-lhe um conceito negativo, como se vê a seguir¹⁹³:

Além disso, especialmente nos dias que correm, é conhecida a sobrecarga de serviço acometida aos nossos juízes e tribunais, e, não raro, o atabalhoamento com que se vêm jungidos a decidir, sob pena de causarem, pela morosidade, maior dano às partes; e é evidente que uma conclusão jurídica menos meditada está longe de constituir uma expressão inatacável do Direito. No mesmo plano, o próprio uso e vezo, ao qual, ultimamente, em virtude do excesso de trabalho – e, às vezes, por que não dizer, do comodismo – advogados e juízes se têm apegado, no sentido de descansar as suas razões e decisões sobre as máximas judiciárias, sem qualquer ponderação de respectivo valor, intrínseco, tem contribuído, como num círculo vicioso, para o aviltamento de uma grande parte da própria jurisprudência.

¹⁹² ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*, p. 36: “Na Idade Média, aureolavam-se assim as novas leis com o prestígio da antiguidade. Reputava-se que toda legislação exumava monumentos do passado.

(...)

Arcaizando a identidade do legislador e da obra normativa que se trata de instaurar, vinculam-lhe a legitimidade, que o peso dos anos fortalece mais do que qualquer coisa, e a potência simbólica de uma figura genealógica tão prestigiosa quanto inacessível.”

¹⁹³ P. 176. Como se vê, a morosidade, o excesso de trabalho são queixas antigas, mas que não podem constituir desculpa pela falta de aprimoramento e a boa qualidade das decisões judiciais.

Como indício da tensão no Brasil foram as críticas ao Código Civil de 1916, de que estaria envelhecido ao não acompanhar um modelo aberto e flexível de legislação, pois apresentaria um sistema hermético que impossibilitaria sua adequação aos conflitos da modernidade, sendo assim, exigiu-se nova codificação, que culminou com o recente modelo do Código vigente, em que uma quase unanimidade aplaudiu a positivação de conceitos como o de função social ou de boa-fé, como se o Código revogado não as tivesse privilegiado, ou que Beviláqua houvesse privilegiado a má-fé e o direito contemplasse apenas relações individuais.

Ora, não há direito sem boa-fé! Não há nenhum louvor em se positivar o conceito, porém, o que houve foi um colapso interpretativo, pois o sistema será considerado aberto ou fechado de acordo com o momento político-econômico vivenciado, razão pela qual, alternar-se-ão os critérios valorativos na elaboração da interpretação responsáveis pela legitimidade de uma decisão judicial.

A dificuldade é entender como a escolha de uma decisão é correta em detrimento a outras, que também poderiam ser passíveis de opção, já que se busca uma interpretação a mais correta possível ou mais próxima da verdade, o que não é uma tarefa atual, mas desperta interesse ao longo da história, tanto que Santo Agostinho possuía um empenho quase patológico na busca da verdade absoluta e desenvolveu um modo hermenêutico que pretendia ao mesmo tempo a flexibilidade racionalizadora da interpretação e o respeito à literalidade do texto canônico¹⁹⁴ o que na contemporaneidade não se está muito longe disso, pois se atribui à lei escrita uma prevalência como fonte do direito. Para o bispo de Hipona a verdade é objetiva, transcendental e absoluta, até porque, em sua concepção, Deus é um ser único e revelador da verdade, somente nossa existência é precária¹⁹⁵.

¹⁹⁴ GARCIA, Manoel Calvo. *La voluntad del legislador: genealogia de una ficción hermenéutica*, in “Las Ficciones en el Derecho”, p. 117. O autor é professor de filosofia do Direito e sociologia jurídica da Universidad de Zaragoza.

¹⁹⁵ SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, trad. Maria Luiza Jardim Amarante, 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2004, Liv. VII, Cap.X, p. 190: “Ó eterna verdade, verdadeira caridade e querida eternidade! És o meu Deus, por ti suspiro ‘dia e noite’. Desde que te conheci, tu me elevaste para me fazer ver que havia algo para ser visto, mas que eu era incapaz de ver. Atingiste minha vista enferma com a tua irradiação fulgurante, e eu tremi de amor e de temor. Percebi que estava longe de ti, numa região desconhecida, e parecia-me ouvir tua voz do alto: ‘Eu sou o pão dos fortes: cresce, e de mim te alimentarás. Não me transformarás em ti, como fazes com o alimento do corpo, mas te transformarás em mim’. Compreendi então que ‘corrigiste o homem por sua iniquidade e secaste a minha alma como teia de aranha’. E eu disse: ‘Porventura deixará de existir a verdade, por não ser uma realidade difusa pelos espaços finitos e infinitos?’ E tu me gritaste de longe: ‘Na verdade, eu sou aquele que sou’. E ouvi como se ouve no coração, e já não tive motivo para duvidar. Mais facilmente duvidaria de estar vivo do que da existência da verdade, a qual se aprende através das coisas criadas.”

A decisão de conteúdo jurídico terá uma ponderação de escolha diante da importância do que é apreciado em uma ordem hierárquica e em um sistema de referência¹⁹⁶, o que denota uma relação entre o que é julgado e seu contexto, tarefa que é um atributo humano de comparação, uma atividade de julgamento, isto é, uma escolha entre as diversas possibilidades, daí porque se afirma que é necessário sua busca em um sistema de referência, haja vista que não é possível uma decisão sem um padrão de conduta que lhe sirva de modelo¹⁹⁷.

Na escala hierárquica mencionada os parâmetros de interpretação poderão mudar em razão da cultura, momento histórico e lugar, o que decorre da natureza humana, sempre em constante mutação, e investiga o que lhe for melhor como modelo a ser seguido. Há algumas décadas seria impossível imaginar que a sociedade homoafetiva fosse reconhecida juridicamente, todavia muitas já têm sido as decisões atribuindo direitos aos companheiros que vivem uma relação homossexual estável¹⁹⁸, muito embora ainda seja tema de intenso

¹⁹⁶ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*, p. 227: “O juízo de valor é o juízo que, de certa forma, “situa” um fato ou uma coisa numa escala hierárquica de coisas ou fatos. É a afirmação de que uma coisa ou um fato, apreciado à luz de um *sistema de referência*, é considerado *mais*, ou é considerado *menos* do que outro fato ou coisa, ou é considerado *igual* a outro fato ou coisa.”

¹⁹⁷ *Idem*, p. 232. O professor Goffredo de maneira clara e didática aprecia esta comparação de valores: “Uma coisa terá mais ou menos valor conforme sua bondade seja julgada maior ou menor, de acordo com o *critério pessoal* de quem dela toma conhecimento. O valor de uma coisa é sempre valor *para alguém*.”

O mencionado *critério*, por sua vez, tem por fundamento os padrões e as medidas, as escalas ou tábuas de bens, de que cada pessoa se utiliza como *sistema de referência* de seus julgamentos. Nada se pode julgar sem modelos. Os modelos, em razão dos quais é julgada a bondade das coisas, podem variar de pessoa para pessoa, mas sempre são bens ou representações mentais de bens, cujos valores já se acham firmados a consciência da pessoa que julga.”

¹⁹⁸ O Supremo Tribunal Federal julgou em 03/02/2006, ação direta de inconstitucionalidade 3.300-0 DF, com pedido de liminar, proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, com o fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.278/96, que determina: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. A intenção dos autores da demanda era ver declarado que acolher apenas a união de um homem e uma mulher é inconstitucional, uma vez que discrimina as uniões homoafetivas, o que, por consequência, traria o reconhecimento dessas como entidade familiar, garantindo-lhes a proteção da lei ordinária.

O ministro Celso de Mello, como relator da ação em debate, decidiu pela extinção da ação por perda de objeto, haja vista que o artigo 1º da lei mencionada foi derogado pelo artigo 1.723 do Código Civil de 2002, no entanto o ministro reconhece a necessidade de debater o mérito da questão, pois, segundo suas palavras: “Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas”.

A ementa oficial foi a seguinte: “União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões

debate, porém que demonstra a abertura da sociedade para um novo padrão de conduta, sem se indagar as razões morais de cada indivíduo, posto que a moralidade do grupo não está ameaçada.

De outro modo, é possível elaborar as normas de modo que se adaptem às novas figuras de formação social, como a proteção dos filhos, que ensejam a possibilidade de se pleitear indenização por danos morais ao genitor negligente em sua formação¹⁹⁹. Fica claro que o sistema de referência sofre mudanças e acredita-se para melhor, daí porque François Geny²⁰⁰ reconhece que a missão do intérprete é contribuir à criação e ao desenvolvimento do direito.

6.1 Representação interpretativa

Na obra clássica de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, há uma distinção entre hermenêutica e interpretação: “Esta é a aplicação daquela; a primeira

como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do Art. 1.723 do novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (cf, art. 226, § 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF.”

¹⁹⁹ Para a sociedade o desenvolvimento normal da criança é necessário, sendo que a convivência com ambos os pais é de suma importância para que isso aconteça, pois este desenvolvimento normal somente pode ocorrer com uma correta triangulação entre pai, mãe e criança. Toda criança tem necessidade do pai e da mãe, e, em princípio, não podemos afirmar que a função de um é mais importante que a do outro, mas que ambos têm relevância.

O artigo 227 da Constituição Federal determinou que o melhor interesse da criança prevalecerá sobre qualquer outro envolvido, entendendo-se o mesmo para o adolescente, estabelecendo-se, dessa maneira, uma hierarquia de valores em que o direito da criança e do adolescente aparece sempre em primeiro lugar.

Para nossa integralidade psíquica o acesso ao afeto é essencial, sendo de vital importância para o bom desenvolvimento da criança, com reflexos inclusive físicos, daí todo o desenvolvimento da psicologia e psicanálise. O afeto é intrínseco à dignidade humana. Não se pode exigir afeto de qualquer um, mas apenas daqueles que de certa forma são responsáveis pelo bom desempenho psíquico de cada um. No caso das crianças, os pais.

Dessa forma, a não realização de visitas pelo genitor não guardião, quando há dissolução do casamento ou da união, é uma exteriorização da falta de afeto. A não realização de visitas, a negação ao direito de receber afeto, constitui uma lesão ao direito de personalidade suportado pelo filho e, como tal, ele pode exigir seu respeito e o genitor tem o dever de abster-se de praticar esse dano.

O Projeto de Lei nº 6.960/2002 pretende pacificar o assunto ao acrescentar um § 2º ao artigo 927 do Código Civil, com a seguinte redação: “Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família”.

descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”²⁰¹.

Inicia-se pela lição do Direito Romano contida em Gaio, que o romanista Sandro Schipani enaltece, uma vez que seu método interpretativo é suficiente para trazer aos juristas noções e argumentos idôneos à melhor conhecer e aplicar o direito²⁰². Seu procedimento consiste em ir ao encontro do evento e relacioná-lo ao momento da lei promulgada, quase sempre a Lei das XII Tábuas, partindo-se da idéia de completude do que é interpretado, mesmo que constituído em partes. Não que seja necessário uma busca constante do momento histórico da referida lei, mas que esta é um ponto de partida como criação de uma fórmula geral que resolva o caso concreto²⁰³. Desse modo Gaio afirma que alguém, mesmo de boa-fé, não poderá adquirir uma coisa por usucapião, visto que a Lei das XII Tábuas proibia a usucapião de coisas furtadas e a Lei Júlia e Pláucia as adquiridas de modo violento, ou seja, as coisas possuídas de má-fé²⁰⁴.

Ora, o Digesto já afirmava que “as leis devem ser interpretadas com mais benignidade para que a vontade delas seja conservada”²⁰⁵, em um paradoxo entre permitir que a lei possa ser atualizada para aplicar-se a um caso contemporâneo, contudo mantendo-a na sua integralidade.

Guastini, muito embora em posição positivista, afirma que interpretar é atribuir sentido à norma²⁰⁶, mas essa tarefa impõe uma atividade intelectual desenvolvida pelo intérprete seguindo algum caminho lógico e racional, sob pena de não encontrar fundamento válido ao conteúdo da interpretação, porque a norma escrita, como qualquer expressão literária,

²⁰⁰ *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid : Hijos de Reus, 1902, p. 481.

²⁰¹ *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

²⁰² *La codificazione del diritto romano comune*, Turim: Giappichelli Editore, 1999 p.102.

²⁰³ *Idem*, p. 103: *Per compieri questa interpretazione, Gaio ritiene che necessariamente si debba ‘cercare di nuovo’, ‘risalire da’ un momento od evento (repetere a/ab). Per quete leggi antiche egli ritiene che sia necessario rifarsi ‘dagli inizi dell’Urbe’. Gaio non sta dicendo che per tutte le interpretazioni sia necessario risalire da tali inizi; ma il canone metodologico che sta applicando, e che successivamente enuncia in una formulazione generale (interpretationem promittentibus-tractare), consente di inferire fondatamente che di volta in volta si tratterà di individuare specificamente tale “da quando” o “da cosa”; cioè, tali “inizi”, tale “origine”, restando generalmente necessario non ometterli, ma cercare di possederli di nuovo intellettualmente.*

²⁰⁴ *Inst.*,2,45: “Algumas vezes uma pessoa, de pura boa-fé, possui coisa alheia, mas não lhe aproveita, entretanto, o usucapião, como no caso em que possuía coisa furtada ou obtida mediante violência, porque a Lei das XII Tábuas proíbe o usucapião de coisas furtadas e a Lei Júlia e Pláucia, o de coisas possuídas violentamente.”

²⁰⁵ *D.1.3.18: Benignius leges interpretaendae sunt, quo voluntas earum conservetur.* Tradução de Hécio Madeira.

²⁰⁶ *Das fontes às normas*, trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 23.

adquire vida própria ao ser expressa em palavras, que não mais se confunde com seu autor, recebendo conteúdos interpretativos diversos, que poderá variar conforme o tempo, o lugar e, porque não dizer, o intérprete.

Imagine-se o maestro na condução da orquestra, que tem o poder de reconstruir a composição do autor, com a possibilidade de modificar suas qualidades, apenas com os movimentos de seu corpo, sobretudo das mãos, imprimindo na expressão da música sua própria personalidade, destacando-se, portanto, da obra original. Do mesmo modo com a interpretação do ordenamento jurídico. Com toda razão, Caio Mário da Silva Pereira afirma que toda lei merece interpretação e não somente a obscura, ambígua ou de conteúdo confuso, haja vista que é a interpretação que dá vida à norma²⁰⁷, ou poder-se-ia dizer que a interpretação moderniza o conteúdo normativo, no sentido de trazê-lo ao momento presente segundo as necessidades no instante reclamadas.

Mas uma interpretação nunca será inocente. O intérprete, como um ser humano dotado de vontade, fundamentará sua escolha de acordo com o que acredita como justo, contudo, para conferir legitimidade e validade ao conteúdo interpretativo, deverá seguir um caminho previamente exigido pela sociedade como necessário para conferir o sentido adequado ao resultado escolhido, em outras palavras, deve revelar o direito de modo a ser mais imparcial possível, com os elementos que lhe estão a disposição para tal tarefa.

Há uma metodologia para alcançar esse trabalho mental de revelar o conteúdo normativo, que na síntese de Caio Mário: o intérprete se vale do elemento literal, observando a linguagem adotada pela norma; o elemento lógico, ou sistemático, extraído do fator histórico e mediante o entendimento da norma seu objetivo, concluindo que, “quando o intérprete não atenta exatamente para essa circunstância, e busca a intenção daquilo que alguém disse (subjativa) e não do que está dito (objetiva) na lei, corre o risco de desvirtuar a obra hermenêutica”²⁰⁸.

Essa metodologia pode resvalar na compreensão do Direito como uma ciência exata, como os que estão sempre a lhe emprestar uma condição racionalmente pura, situação que pode ser percebida inclusive em autores modernos como Robert Alexy, em sua teoria da argumentação jurídica, que empresta à atividade interpretativa, ante a sua possível imprecisão, um discurso racional.

²⁰⁷ *Intituições*, v. I, p. 135.

Alexy, expoente do modo de pensar racionalista europeu, procura a legitimidade das regras do discurso jurídico, haja vista que as decisões judiciais que põe fim a um conflito nem sempre decorrem de uma aplicação lógica das normas pressupostas, tampouco de enunciados fundamentados de um sistema, em virtude de quatro motivos, em seu entender: imprecisão da linguagem jurídica; possibilidade de antinomia ou conflitos entre as normas; situações que exijam uma regulamentação jurídica, ou seja, uma lacuna; e casos especiais que impliquem em uma decisão justa fora da literalidade da norma²⁰⁹. De fato, este tem sido a maior preocupação dos juristas, ou seja, fundamentar a legitimidade das decisões dos conflitos de direito, todavia há de considerar-se que se trata de uma ciência que versa sobre as relações sociais e, portanto, não podem ser vistas sob um ângulo cartesiano, sem levar em conta a idiosincrasia do ser humano.

Nesse proceder, Alexy tenta concluir por um modo de valorar adequadamente as decisões judiciais, indicando que o discurso jurídico pode ser apreciado de três perspectivas distintas: empírica, analítica ou normativa²¹⁰. Empírica é a perspectiva em que se descrevem ou se explicam com a frequência em que aparecem determinados argumentos. A analítica diz respeito à estrutura lógica dos argumentos apresentados ou que sejam possíveis. Por fim, a normativa é relativa à racionalidade do discurso jurídico, sendo que as três perspectivas se mesclam na metodológica jurídica tradicional²¹¹.

Ao longo do desenvolvimento de sua teoria, Alexy apresenta uma série de fórmulas e faz uma apologia à razão ao concluir que os procedimentos de direito devem realizar “na maior medida possível o ideal de racionalidade discursiva”²¹², o que não significa uma segurança do resultado²¹³, o que não lhe retiraria o caráter racional, que é garantido por

²⁰⁸ *Idem*, v. I, p. 141.

²⁰⁹ *Teoria da argumentação jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2ª ed., São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

²¹⁰ *Idem*, p. 45.

²¹¹ *Idem, ibidem*: “Na metodologia tradicional, mesclam-se essas três perspectivas. Isso não é um defeito, já que existem entre elas realmente muitas relações. Assim. A perspectiva empírica pressupõe ao menos uma classificação *grosso modo* dos diferentes argumentos. A normativa exige que seja considerada a estrutura lógica dos possíveis argumentos. Mas é problemática a relação entre a perspectiva normativa e a empírica. É, por exemplo, um critério de validade para a racionalidade de um argumento a concepção dominante em um grupo? Aqui só se podem levantar questões desse tipo, que serão discutidas no transcurso da investigação.”

²¹² *Idem*, p. 311.

²¹³ *Idem*, p. 279: “Para quem só está disposto a aceitar como teoria da argumentação jurídica racional um procedimento que garanta a segurança do resultado, a teoria aqui proposta mostra-se rejeitável.

Porém não existe nenhum motivo para tal equiparação. Tampouco nas ciências naturais, que foram com frequência contrapostas à Ciência do Direito como paradigma de verdadeiras ciências, pode-se falar da formação de uma segurança definitiva. O simples fato de não se poder alcançar segurança dificilmente pode

uma série de condições e regras e não pelo resultado²¹⁴. Sua teoria culmina com uma Tabela das Regras e Formas Elaboradas.

Por mais seguidores que possa ter, deve-se discordar do discurso cartesiano do autor alemão, pois o comportamento humano não cabe em fórmulas pré-determinadas, como se fossem uma equação matemática. O fenômeno do comportamento humano é muito mais do que isso.

Com outro modo de apreciar o fenômeno interpretativo, em sua obra *Metodologia da ciência do direito*, Karl Larenz apresenta uma interpretação do direito pelo método “compreensivo” e orientado a valores, que em seu entender é passível de uma crítica racional²¹⁵ e define a interpretação como “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”²¹⁶, com a missão de evitar a contradição entre as normas, além de responder sobre concurso de normas e de regulações²¹⁷ e tal somente pode ocorrer com a consciência da impossibilidade de se atingir uma interpretação *absolutamente correta*, isto é, que seja definitiva para todas as épocas²¹⁸, até porque a mutação da consciência valorativa geral será encontrada nas leis mais recentes ou, ainda, que se assente em amplo consenso²¹⁹. Dessa forma, correção é relacionada à ordem jurídica do momento e a interpretação somente pode ser entendida como ciência “se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência”²²⁰.

Considerando que as leis são feitas por homens para homens e dirigida para a criação de uma ordem jurídica que seja o mais justa possível e de acordo com as necessidades da

ser visto como razão suficiente para se negar à Ciência do Direito o caráter de uma ciência ou uma atividade racional”.

²¹⁴ *Idem, ibidem*.

²¹⁵ *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 3: “Nesta medida são as valorações suscetíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional. Há no entanto que afastar a idéia de que os resultados obtidos por essa via poderiam alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma mediação empreendida de modo rigorosamente exato.”

²¹⁶ *Idem*, p. 439.

²¹⁷ *Idem*, p. 441.

²¹⁸ *Idem*, p. 443: “Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de uma interpretação ‘correta’, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação ‘absolutamente correta’, no sentido de que seja tanto definitiva, com válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões”.

²¹⁹ *Idem*, p. 443.

²²⁰ *Idem*, p. 444.

sociedade²²¹, que o conceito de justiça e as necessidades estão em constante mutação, é possível atribuir vida própria às normas escritas, visto que como já se destacou com o decorrer do tempo se afasta do desejo primário de seus autores²²², como todo o ato humano de criação, portanto o intérprete buscará as respostas de suas questões em seu tempo, contudo, no entender de Larenz, sem deixar de avaliar o legislador histórico, isto é:

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo à intenções de regulação e às idéias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas²²³.

Em outras palavras, não é possível deixar a interpretação ao arbítrio de quem a pratica, mas seguindo critérios seguros de atribuir significado às normas, que indicam pontos de vista diretivos, tais como, em primeiro lugar, a busca do sentido literal da linguagem; o contexto significativo da lei (uma interpretação sistemática); a intenção reguladora do legislador histórico; o encontro de critérios teleológico-objetivos; a interpretação conforme a constituição; e, por fim, a inter-relação de todos esses critérios.

A escolha do sentido literal é o primeiro a ser utilizado, haja vista que a linguagem contida nos textos jurídicos é, ao contrário de outros ramos da ciência, a de uso comum, porque a todos se destina, todavia, por mais geral que seja, faz-se necessário entendê-la com exatidão, pois há termos que possuem significado específico para o direito²²⁴.

A interpretação sistemática, ou pelo contexto significativo da lei, é aquela em que deve ser necessário investigar o sentido da lei interpretada em face de todo o conjunto legislativo em que está inserida²²⁵, havendo uma concordância material de preceitos.

Falhando os dois métodos agora expostos, entende Larenz que se deve ir procurar a intenção, fins e idéias normativas do legislador histórico, e tal deve ser investigado, com a ressalva de que a opinião do legislador não vincula o intérprete²²⁶, mas que será retirada da

²²¹ *Idem*, p. 446.

²²² *Idem, ibidem*.

²²³ *Idem*, p. 448.

²²⁴ *Idem*, p. 451: “A linguagem jurídica é um caso especial de linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como consequência, como já repetidamente sublinhamos, que não é capaz de alcançar a exatidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação”.

²²⁵ *Idem*, p. 457.

²²⁶ *Idem*, p. 464.

própria gênese da lei²²⁷, assim como dos projetos, atas das comissões, exposição de motivos, onde se pode encontrar a intenção reguladora e os fins do legislador²²⁸.

A pesquisa teleológica-objetiva, assim denominada por Larenz em razão de não depender da consciência do legislador na sua importância para a regulação por ele realizada²²⁹, ou seja, qual o fim que o legislador pretende realizar com a lei que criou, uma regulação “materialmente adequada”²³⁰, o que só terá lugar quando os demais critérios não forem suficientes para elucidar toda a dúvida acerca do alcance legislativo. Assim sendo, se uma norma pretende regular todo um setor específico, como a estrutura de um instituto jurídico, ela somente será adequada se estiver de acordo com sua estrutura material, ou, como queiram alguns, a natureza das coisas²³¹, já que a regulação legal deixou um espaço sem compreensão.

A interpretação conforme a Constituição, diz respeito aos princípios ético-jurídicos elevados a nível constitucional, que lhe acarretam importância tal que as decisões devam por eles ser valorizadas²³². Por fim, todos os critérios acima podem ser inter-relacionar, cabendo ao intérprete justificar, fundamentando adequadamente, as razões porque considera um sobre o outro e somente “quando tiver o intérprete esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado, pode o juiz encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade”²³³.

Com propriedade, e em uma posição francamente favorável ao Direito natural, Limongi França²³⁴ conclui pela necessidade de se humanizar a lei na tarefa de interpretá-la e aplicá-la ao caso concreto, atividade realizada pelo magistrado, pois, “a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser *dura*, mas *justa*; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o *bem* e a *equidade*: *Ius*, dizia o jurisconsulto CELSO, aplaudido por ULPIANO, *est ars beni et aequi*”.

²²⁷ *Idem*, p. 465.

²²⁸ *Idem*, p. 466.

²²⁹ *Idem*, p. 470.

²³⁰ *Idem*, p. 469: “Só quando se supuser esta intenção da parte do legislador se chegará, por via de interpretação, a resultados que possibilitam uma solução ‘adequada’ também no caso concreto”.

²³¹ *Idem*, p. 471: “De entre os critérios de interpretação teleológico-objetivos, que decorrem dos fins objetivos do Direito, mais rigorosamente: da idéia de justiça de justiça, cabe uma importância decisiva ao princípio de igualdade de tratamento do que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (ou de sentido idêntico)”.

²³² *Idem*, p. 479. Para Larenz, prevalece o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

²³³ *Idem*, p. 489.

²³⁴ *O direito, a lei e a jurisprudência*, São Paulo: RT, 1974, p. 200.

Como toda ciência, a maneira de se interpretar o Direito sofreu evolução, mas entre nós há a regra contida no artigo 5º do Dec.-Lei 4.457/42 (LICC), que determina ao intérprete, muito embora pareça uma norma destinada apenas ao magistrado, o dever de atender aos fins sociais que a norma se dirige e às exigências do bem comum ao analisá-la. Na realidade, não se trata aqui de uma regra de hermenêutica propriamente dita, mas um direcionamento ao conteúdo interpretativo.

Assim, encontra-se o método para revelar o direito de modo que a vontade e ideologia do intérprete não ultrapassem os limites impostos pela sociedade na solução dos conflitos²³⁵ até porque superada a Escola Exegética de interpretação, limitada apenas em revelar a vontade do legislador, sem expandir a letra da lei; a hermenêutica incorporou regras em que a interpretação leva em conta o sistema jurídico, com a subsunção do fato à norma sob a ótica de uma argumentação lógica, sem que se deixe de observar o mandamento contido no art. 5º, LICC, uma vez que, no dizer de Chaïm Perelman²³⁶, “a busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as conseqüências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto”²³⁷.

Então, para se atribuir legitimidade às decisões jurídicas é imperioso que o intérprete compreenda não o método de valorar as normas, visto que isso apresenta enorme

²³⁵ Tome-se como exemplo o juiz espanhol Fernando Ferrín Calamita, que professa a religião católica e admira a obra do fundador do “Opus Dei”, José Maria Escrivá, portanto de notório conteúdo conservador e de rigidez moral, dessa forma, em suas decisões judiciais deixa claro ser contrário à formação de famílias homoafetivas, tanto que proferiu dois julgamentos polêmicos, um em que retirou a guarda de uma criança por ser a mãe homossexual e em outro por não permitir uma adoção nas mesmas condições, muito embora a legislação espanhola o permitir. O juiz considera que aplicou a lei, em interpretação que lhe pareceu adequada e faz a pergunta: Há juízes sem crenças?

El país, 28/07/07, “¿Es que hay jueces sin creencias?”:

Yo me pregunto, ¿hay algún juez que no tenga sus ideas o creencias propias? Ninguno ¿Es que profesar determinadas ideas o creencias inhabilita a un juez para ejercer su profesión? ¿Es que no puede un juez español ser budista, musulmán, protestante, católico, etcétera?” indica Ferrín en su providencia, relativa a la recusación por el caso de la custodia. Y él mismo se responde: “El juez sólo está sujeto al imperio de la ley, y eso llevo haciendo desde hace ya bastante tiempo. Yo soy totalmente imparcial”. Pero los que lo han recusado lo único que piden es, precisamente, que se apliquen las leyes.

A mesma notícia é analisada por reportagem do mesmo periódico com o título “Jueces contra las leyes” (*El país*, 30/07/07), em relação a juízes espanhóis que se recusam a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, muito embora haja lei permitindo e declarada constitucional pelo Tribunal Constitucional da Espanha, alguns chegam a alegar escusa de consciência para sua negativa, como tal fosse possível a um magistrado, sendo que um chegou a pedir demissão do cargo, o que é a solução mais adequada para quem não está preparado para exercê-lo, mas o fundamento de todos é a concepção de uma família normal, que desejam a todos impor.

²³⁶ Que segue uma postura intermediária entre o positivismo clássico e adoção à escola do Direito natural.

subjetivismo, mas que deva estar capacitado a conhecer e entender as fontes do direito, motivo pela qual a importância de atribuir adequado conteúdo aos *standards* jurídicos, o que justifica seu estudo em autonomia aos princípios gerais do Direito.

O Direito, ciência social por excelência, distanciou-se nos últimos tempos de seu conceito básico de regular a vida coletiva, glorificando um individualismo exacerbado, em que as decisões judiciais levam em conta apenas a questão individual, muito embora a ordem legal que impressiona por tantas vezes a que se refere ao social²³⁸, é nesse sentido que se verifica uma dissociação entre o Estado social e as ordens emanadas pelo Poder Judiciário, em sua tarefa de interpretação.

Não é de agora que se tem acusado o intérprete de mal avaliar as normas, já que Darci Bessone²³⁹, em obra de 1949 dizia:

Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim, como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. (...). O legislador e o juiz, preocupados com os princípios insertos nos Códigos, procuram justificação para as afrontas que lhe fazem invocando a equidade, as idéias de solidariedade, as teorias humanistas do direito – a da lesão, a da imprevisão, a do abuso de direito, a do enriquecimento sem causa, É um trabalho constante de abrandamento do laço contratual, cada vez mais flexível, menos rígido. Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem freqüentes derrogações, em proveito da justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens. As intervenções legislativas se multiplicam. Tudo vai sendo regulamentado com minúcia. Os preços das utilidades são tabelados, o inquilino é protegido contra o proprietário, os agricultores são beneficiados com moratórias e o reajustamento econômico, a usura é coibida, a compra de bens a prestação é regulada de modo a resguardar os interesses do adquirente. Eis aí uma longa série de medidas contrárias à autonomia da vontade e aos princípios clássicos – *pacta sunt servanda* ou o contrato faz lei entre as partes.

Tome-se como exemplo as políticas públicas. A Constituição Federal determina a implementação de programas para o desenvolvimento do País, para tanto estabelece competências ao Poder Executivo, que diante dos limites impostos pela legislação sobre gastos públicos e de orçamento, estabelece prioridades de investimento na área de educação e saúde, entre outras, entretanto as decisões judiciais não levam em conta esses

²³⁷ *Lógica jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 163.

²³⁸ A referência constante à função social da propriedade, do contrato etc.

²³⁹ *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, São Paulo: Saraiva, 1949, p. 111.

limites legais e constitucionais²⁴⁰. Todavia, como já dito, interpretar não é criar.

O magistrado não cria direito, porém mesmo em situações lacunosas deverá proferir uma decisão e seus mandamentos devem estar de acordo com as exigências presentes na Constituição Federal, principalmente as contidas no art. 1º, respeitando a escolha de um estado democrático e do pacto federativo. Assim, a concepção do direito é feita pelo Poder Legislativo e o Executivo em uma clara obediência à ordem constitucional. Há, entretanto, quem defenda que ao Judiciário é possível criar o direito, ainda que não em todas as situações, mas em algumas muito especiais, sob a justificativa de que se os juízes devem resolver todas as questões que lhe são postas e uma vez que o sistema admite sua

²⁴⁰ Como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello (RE-AgR 393175 / RS - Julgamento: 12/12/2006 - Segunda Turma - DJ 02-02-2007,p -00140:

“Ementa: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio - pessoas destituídas de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial - fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes - dever constitucional do estado (cf, arts. 5º, "caput", e 196) - precedentes (stf) - abuso do direito de recorrer - imposição de multa - recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.”

incompletude, legitimando a criação, assim como nos casos em que há conflito de leis²⁴¹.

Essa posição poderia ser bem defendida se fosse possível compreender que a súmula vinculante é uma maneira de se criar uma norma geral que obrigará outros juízes a respeitá-las e a propósito da defesa da tese, o professor da Universidade de Buenos Aires, Eugenio Bulygin afirma:

Em primeiro lugar, as normas criadas pelo poder legislativo são obrigatórias por todos e em especial para todos os juízes. Ao contrário, as normas gerais mediante as quais o juiz justifica sua decisão em caso de lacuna normativa, não obrigam, em princípio, a outros juízes. Mas uma norma geral, “criada” por um juiz em um caso determinado constitui um precedente. Se outros juízes seguem o caminho traçado, teremos uma jurisprudência uniforme: a norma geral criada pelos juízes adquire o caráter obrigatório. Porém, pode suceder que outro juiz resolva de outra maneira um caso análogo. Em tal situação teríamos normas gerais incompatíveis. O conflito entre essas normas será resolvido, cedo ou tarde, por outros juízes, de modo que o processo de criação judicial das normas gerais desembocará em uma norma reconhecida de origem jurisprudencial.²⁴²

De certa forma é o que se faz todos os dias na prática judiciária, principalmente quando observadas as decisões das Cortes Superiores, que fundamentam suas decisões colegiadas em precedentes próprios.

6.2 Produto do tempo

Estudando-se a história da humanidade é possível perceber as mudanças de mentalidade coletiva ao longo da passagem do tempo, com as variantes perspectivas de uma vida

²⁴¹ A posição adotada por esse trabalho será melhor desenvolvida em espaço próprio.

²⁴² *Los jueces crean derecho?*, in *Poder judicial y democracia*, Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 18, p. 25. Texto apresentado no *XII Seminario Eduardo García Máynez*, sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto Tecnológico Autónomo de México entre outros.

En primer lugar, las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias par todos y en especial para todos los jueces. En cambio, las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general ‘creada’ por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial.

adequada para a coletividade, que não por isso podem ser desprezadas como erradas, mas como um produto de um tempo. Foi assim que a perseguição religiosa era tolerada e legitimada, como a atribuição criminosa aos cristãos no Império Romano pagão, ou a inquisição como intolerância aos não católicos.

Por razões que não cabe aqui discutir, fica claro o câmbio paradigmático em que a divindade e a humanidade assumem papéis relevantes na formação do pensamento, na crença do correto e na vida digna, estudo de outras escolas, como a filosófica. Metaforicamente, é como regras de etiqueta e educação, em uma transformação interminável ao longo dos tempos e de lugares, mas que procuram afinação da boa convivência humana.

Na mutabilidade das necessidades humanas, deve-se ficar atento que somos culturalmente condicionados a erigir valores a patamares superiores, independentemente dos métodos interpretativos empregados para alcançar a legitimidade do direito.

Este é apenas um lembrete, para não passar despercebido, que o condicionamento até pode ser consciente, mas na maior parte das vezes não é percebido pela massa coletiva de pessoas que consideram mais cômodo receberem as mensagens sem questioná-las sobre seu conteúdo de valor, e a propaganda política está aí para fazer sua função de servir a seus próprios interesses.

Modernamente a sociedade ocidental é conduzida a praticar o “politicamente correto”, como para crer que um sistema de cotas de acesso às universidades é a melhor maneira de resolver a integração racial, ou que a legalização do aborto é um mal necessário, sem que efetivamente seja possível o debate público sobre essas relevantes questões, o que seria de suma importância, visto que é quando os valores entre as pessoas são compartilhados que surge a empatia e a solidariedade entre elas.

É desse modo que, se estivermos presos em uma caverna, nossas necessidades básicas para a existência digna com certeza serão diversas de qualquer outro agrupamento humano confinado em condições mais favoráveis, por essa razão é possível afirmar que o que legitima as decisões judiciais é a existência humana.

A Constituição de 1988 fez as escolhas e a necessidade social é politicamente conveniente para o progresso do País, desse modo o Código Civil distinguiu a socialidade e operabilidade como fins perseguidos, paradigma do momento.

Convém ressaltar a presente escolha pelo método fenomenológico do direito, o retorno das coisas a elas mesmas, não como se manifesta, pois manifestar-se não é apenas o que aparenta e não algo em si mesmo, o que pode ser representado, para o melhor entendimento do que aqui se procura demonstrar, o exemplo dado por Heidegger, de que a “manifestação de uma doença”, ou seja, os sintomas que o organismo deixa transparecer, não é a doença em si, pois, “manifestar-se é um não mostrar-se”²⁴³, razão pela qual é necessário ter a consciência de que a justiça é a intenção da interpretação.

Na redução fenomenológica deve-se perceber a essência do objeto interpretado, reconhecendo-se as influências externas ao objeto, mas internas ao sujeito que o interpreta em uma atitude compreensiva e não explicativa²⁴⁴, o que se tentou demonstrar ao longo da introdução deste trabalho e de como são formadas as decisões, concentrando-se apenas naquilo que é compreendido, por fim, o que é essencial no método interpretativo é o que é essencial para o direito, isto é, a justiça e, por que não dizer, a segurança jurídica social.

Nas palavras de Recasens Siches a justiça e a segurança somente se estabelecem em um ambiente certo e seguro, em que há respeito à dignidade da pessoa e sua autonomia individual, o que significa não tratar o indivíduo como uma massa homogênea, mas que permita o desenvolvimento das necessidades individuais:

A mecanização, que impõe o Direito, tem sentido e justificativa quando se limita às zonas puramente externas da convivência e da solidariedade, porque, graças a ele, o homem pode evitar o esgotamento do perigo e das preocupações; e pode conquistar sua mais íntima liberdade, para cumprir sua própria e intransferível obra individual.²⁴⁵

²⁴³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, São Paulo: Vozes; Bragança Paulista: Univ. São Francisco, 2006, p. 68: “É muito corrente falar-se de ‘manifestações de uma doença’. O que se tem em mente são ocorrências que se mostram no organismo e, ao se mostrarem, ‘são indícios’ de algo que em si mesmo não se mostra. O aparecimento dessas ocorrências, o seu mostrar-se está ligado a perturbações e distúrbios que em si mesmos não se mostram. Em consequência, manifestação enquanto manifestação de alguma coisa não significa um mostrar-se a si mesmo, mas um anunciar-se de algo que não se mostra através de algo que se mostra. Manifestar-se é um não mostrar-se.”

²⁴⁴ RICOEUR, Paul, *Teoria da interpretação*, *op. cit.*, p. 84: “A explicação encontra o seu campo paradigmático de aplicação nas ciências naturais. Quando há fatos externos a observar, hipóteses a submeter à verificação empírica, leis gerais para cobrir tais fatos, teorias para conter as leis num todo sistemático, e a subordinação de generalizações empíricas a procedimentos hipotético-dedutivos, então, podemos dizer que ‘explicamos.’

(...)

Em contraste, a compreensão acha o seu campo originário de aplicação nas ciências humanas (as *Geisteswissenschaften* alemãs), onde a ciência tem a ver com a experiência de outros sujeitos ou de outras mentes semelhantes às nossas. Funda-se no caráter significativo de formas de expressão como signos fisionômicos, gestuais vocais ou escritos, e em documentos e monumentos que partilham com a escrita o caráter geral de inscrição.”

²⁴⁵ RECASÉS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 535. Tradução livre.

Portanto, as finalidades do direito correspondem às necessidades para a existência do ser humano e devem ser levadas em consideração para se encontrar a decisão jurídica legítima, que é o que preexiste à normatização, assumindo o intérprete sua posição de que também vivencia a condição de justiça, que nasce da vivência humana e não como um ser dado fora dessa experiência.

Idem, p. 209: *Cierto que en Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no*

II

PRECEITOS GERAIS

1 - OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Para o fim de conceituar adequadamente o *standard* jurídico, convém que antes se situe na ciência os chamados princípios gerais do Direito, que já se disse não se confundem enquanto conceituação, mas os mantêm em seu conteúdo, haja vista que os princípios gerais são compostos de *standards*. Essa tentativa de conceituar os princípios gerais visa a distinção entre ambos.

Há muito se discute o conceito, natureza, conteúdo e alcance dos princípios gerais do Direito, sem que se consiga chegar a uma unanimidade. Ao que parece, dependendo da corrente filosófica, linha de pensamento adotado pelo jurista, essas definições mudam, a fim de adaptar o que ensina, ao que cada um pensa ou imagina pensar sobre o assunto, uma vez que, alguns, ao apresentar seus estudos, perdem-se em suas finalidades didáticas.

Quer-se neste trabalho apresentar como os princípios são abordados, com o fim de delimitar sua importância e alcance, com uma conotação de moderabilidade, adiantando, desde já, a grande importância destes na aplicação do direito, ainda mais que com o Código Civil vigente, o qual já não se pode chamar de novo, consagrou-os no elevado nível da positividade, para dirimir qualquer dúvida acerca de sua coercibilidade, daí surge a controvérsia na doutrina, que diz respeito a se os princípios são normas jurídicas; sendo normas, se são espécie em igualdade com as regras, ou se diferem e como diferem, ou ainda, se os princípios gerais são algo hierarquicamente superior às regras.

O vocábulo princípio tem origem do latim *principium* e tem o significado de começo, onde algo tem origem e a partir de então este algo irá se desenvolver, ou, de maneira

surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores se superior rango, sino al impulso de una urgencia seguridad.

sucinta, a que indica Goffredo Telles Junior, “a palavra princípio vem do termo latino ‘*princeps, principis*’, que tanto pode ser empregado na qualidade de substantivo como na de adjetivo, e que significa príncipe, primeiro, principal, o mais considerável. Filosoficamente, princípio define: aquilo de que algo, de qualquer maneira, procede ou resulta”²⁴⁶.

Na acepção ordinária, princípio é a indicação do “momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez; a primeira formação de uma coisa; origem; começo”²⁴⁷, mas entre todas os sentidos em que possa surgir, são “os elementos, rudimentos, regras fundamentais e gerais de qualquer ciência ou arte”, ou ainda, “proposições, opiniões que o espírito admite como ponto de partida; regra fundamental”²⁴⁸.

Silvio de Macedo apresenta os três significados que princípio pode receber na doutrina jurídica²⁴⁹, esclarecendo que o termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro²⁵⁰, que definiu princípio ao determinar que o mundo tivesse origem no “apeíron”, uma coisa infinita e imortal²⁵¹. Deliberou sobre o princípio para compreender o início de tudo. Assim sendo, são encontrados os significados de princípio aqueles introduzidos por Aristóteles, Christian Wolff, Kant e Henri Poincaré.

Portanto, Aristóteles²⁵² dá o sentido de causa a princípio, do mesmo modo como Christian Wolff²⁵³ no séc. XVIII, aquilo “que contém em si a razão de alguma coisa”. Heidegger compreende-o como a suprema lei do pensamento²⁵⁴.

Para Kant, “os princípios *a priori* levam este nome não só porque contém em si os fundamentos de outros juízos, mas porque eles mesmos não se fundam em nenhum conhecimento mais alto e geral”, o que Silvio de Macedo define como uma restrição do termo ao campo gnoseológico, isto é, utilizados como condição de conhecimento, porque resulta de uma indução da experiência²⁵⁵.

²⁴⁶ *Palavras do amigo – aos estudantes de direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 82.

²⁴⁷ *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*, vol IV, p. 2.943.

²⁴⁸ *Idem*, p. 2.944.

²⁴⁹ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 60, p. 504.

²⁵⁰ Filósofo pré-socrático, que teria morrido em 647 a.C., mas não se tem com precisão a data de nascimento.

²⁵¹ BITTAR, Eduardo e ALMEIDA, Guilherme. *Curso de filosofia do direito*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 31: “Para este filósofo, o *apeíron* é o elemento formador e originário do universo, substância cuja identidade não se confunde nem com a água, nem com a terra, nem com o ar, nem com o fogo.”

²⁵² *Metafísica*, Liv. V, 1, 1012b 32-1013 a 19.

²⁵³ *Ontologia*, § 866.

²⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. In. Os pensadores – Heidegger, p. 139.

²⁵⁵ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 60, p. 504.

Como distinção filosófica, pode-se apontar uma versão escolástica: princípio seria qualquer coisa que precede algo e apresenta duas ordens, lógica e antológica. A ordem lógica apresenta um conceito ou uma proposição da qual se procede para conhecer uma outra. No antológico, é aquele do qual procede a uma outra coisa na sua realidade, sendo que esse processo pode ser externo ou interno. Externo é quando aquilo que é originado pelo princípio nada recebe dele, mas está em uma ordem de sucessão. Interna, quando aquilo que se examina recebe qualquer coisa do princípio, ou seja, é causa do princípio, que dá seu efeito²⁵⁶.

Para o Direito Romano apontam-se três acepções, na lição de Sandro Schipani: relativa ao início, a parte mais remota; referente à origem, o que antecede o seguimento de um processo; e o elemento, como componente constitutivo, portanto, dizem respeito ao tempo e à estrutura do direito²⁵⁷.

Anteriormente a Cícero, encontra-se a expressão *principium* no sentido de “início”, indicando a ação ou ato de iniciar, ou parte inicial de algo²⁵⁸, todavia Cícero a usa com todos os significados admissíveis²⁵⁹. Em *Da República* é possível verificar sua relação de causalidade, isto é, uma concatenação no seguimento de algo até chegar a seu fim, portanto a locução *naturae principia*, em que a expressão é utilizada com a conotação temporal, ou como algo que se inicia e se desenvolve²⁶⁰, uma implicação de movimento eterno²⁶¹.

²⁵⁶ *Enciclopédia Filosófica*, vol. III, p. 1.615: O sentido ontológico pode ser extrínseco ao princípio, como, por exemplo a causa eficiente e final, ou intrínseco, isto é, são os seus componentes ou elementos do princípio.

²⁵⁷ *La codificazione del diritto romano comune*, p. 85: *Con riferimento al significato di principium, in un recente studio sono state enucleate ‘tre direttrici’: tale termine tenderebbe ‘a designare rispettivamente: l’inizio, cioè la parte temporalmente più remota; - l’origine, qui da interdarsi como ‘l’inizio in senso forte’ ovverossia tale da governare il séguito del processo; - l’elemento, ovverossia il componente costitutivo. I primi due sensi appaiono collocati sull’asse del tempo; il terzo invece è sull’asse della struttura. Vale a dire: i primi due significati attengono alla diacronia mentre il terzo attiene alla sincronia.*

²⁵⁸ *Idem*, p. 87.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*.

²⁶⁰ *Idem*, p. 89.

²⁶¹ CÍCERO, *Da Rep.*, 6, 18, O Livro Sexto conhecido como *Somnum Scipionis*, ou *Sonho de Cipião*: “Eterno é o que sempre se move, mas o ser que recebe o movimento de outro e não faz senão transmiti-lo, é necessário que deixe de viver, uma vez que cessa o movimento que se lhe comunica. Só existe, pois, um ser que se move por si mesmo, que nunca cessará seu movimento, porque nunca se cansa. Todas as outras coisas que se movem acham nele o princípio do seu movimento. Mas, todo princípio carece de origem, posto que tudo nasce dele; não pode nascer ele de coisa alguma, porque, se de alguma nascesse, não seria princípio; e, se nunca começa, nunca acaba. Porque, extinto um princípio, não poderia renascer de outro, nem criá-lo de si, se do princípio há de emanar forçosamente. Por isso, no ser que se move por si mesmo, está o princípio do movimento; nesse ser que não pode ter nascimento nem sorte sem que o céu se destrua e fique imóvel toda a Natureza, sem força nova que a movesse ao primeiro impulso.”

Em *Das Leis*, Cícero usa a expressão *principia iuris*²⁶² no sentido de investigar a legitimidade de uma lei, pois está condicionada a um “elemento primeiro”, ou de acordo com a natureza, o fundamento do direito firmado na reta razão comum aos homens e aos deuses, como estrutura epistemológica²⁶³. Ainda é possível encontrar um outro significado em sua obra para *principia*, como o “enunciado que forma um dos fundamentos da doutrina de uma ciência”²⁶⁴.

Em Gaio a expressão ganha o significado de uma parte da estrutura de cada instituto e sistema jurídico vigente, sem negar a seqüência temporal, mas passa a fazer parte da atividade interpretativa²⁶⁵, já que é necessário uma complementação da realidade em todas as suas partes, desde a interpretação da Lei das XII Tábuas, “inícios da Urbe”²⁶⁶, representante da conquista da igualdade entre plebeus e nobres, pois a lei escrita seria uma maneira de limitar a variação de julgamentos.

Dessas acepções desenvolveu-se a noção de princípios gerais de Direito.

O primeiro Código Civil que se referiu aos princípios gerais de Direito foi o Código austríaco de 1811, em que seu art. 7º mandava que o intérprete usasse os *princípios do direito natural*, o que foi seguido pelo Código Civil italiano, porém, com a pressão

²⁶² Usada no plural em seus textos.

²⁶³ SCHIPANI, ob. cit., p. 94.

²⁶⁴ *Idem, ibidem: Me pare infine, dall'esistenza di tali principia, che vengono conosciuti, sacturisca un'altra novità, cioè il significato di 'enunciato che forma uno dei fondamenti di una dottrina di una scienza'. Infatti in De leg. 1, 13, 37, con il termine principium si designa un enunciato, che deve essere ben verificato, e che viene posto alla base di una conoscenza.*

²⁶⁵ *Idem*, p. 101.

²⁶⁶ *Idem*, p. 107: *È indubbio che, in questo testo gaiano, principium viene riferito a realtà collocate nel tempo: esso si riferisce agli 'inizi dell'Urbe'. Il criterio della necessità di completezza di una realtà in tutte le sue parti può essere applicato a sostegno dell'imprescindibilità per l'interpretazione delle XII Tavole di riferirsi agli inizi dell'Urbe, in quanto quegli inizi sono 'principio'.*

O início da Urbe ou a origem da cidade, como a conferir direito aos cidadãos, já que se trata de um princípio estruturante, ou como constante no Digesto, D.1.2.1, que a interpretação do direito deve primeiro buscar as origens para analisar o seu desenvolvimento, ou seja, em partes mas para o fim observar o todo, já que é um modo adequado de alcançar o sentido mais apropriado.

Na tradução de Hécio Madeira:

D.1.2. “Estimei por necessário que haverei de fazer uma interpretação das antigas leis remontando primeiramente às origens da cidade, não porque eu queira fazer comentários verbosos, mas porque em todas as coisas admito que seja perfeito aquilo que conste de todas as suas partes. E certamente a parte mais importante de cada uma das coisas é o seu princípio. Além disso, pareceria um sacrilégio (como eu assim diria) aos que dizem as causas no fórum alguém expor uma causa ao juiz sem que se fizesse prefácio algum. Quanto mais inconveniente seria aos que prometem uma interpretação tratar logo da matéria da interpretação omitidos os momentos iniciais, não procurada a origem e, como diria, sem lavar as mãos? Pois, a não ser que eu me engane, estes prefácios nos conduzem com mais prazer à lição da matéria proposta e, quando ali chegamos, garantem um entendimento mais claro.”

positivista, em 1865 foi reformado para criar a fórmula: *princípios gerais do Direito*²⁶⁷.

O Código Civil Albertino, de 1838, destinado a Sardenha e Piemonte, trazia em seu art. 15 indicação para os princípios gerais de Direito como solução de casos duvidosos, desde que não pudessem ser solucionados com a interpretação literal da lei, sua natureza, ou pela analogia²⁶⁸, estabelecendo um critério de integração da lacuna através da interpretação²⁶⁹, que na opinião de Schipani traduz-se no recurso ao direito romano para a solução da lacuna²⁷⁰. E assim foi acolhida a disposição no Código Civil italiano de 1865, art. 3º, e no Código Civil espanhol de 1889, art. 1º.

Como forma de expressão do Direito, entende-se seu sentido e conteúdo e, o que se vislumbra mais importante, se é possível sua aplicação mesmo em que não haja lacuna legislativa para o caso concreto.

Emilio Betti²⁷¹ os apresenta como um processo e não uma solução completa de resultado imediato.

O mestre português, Carlos Alberto da Mota Pinto²⁷², considera a existência de sete espécies de princípios gerais de direito privado:

- I – O reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade.
- II – O princípio da liberdade contratual.

Schiapani compreende que o termo está apresentado com dois significados: em determinado momento está relacionado ao tempo, e de outro lado a uma ordem.

²⁶⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Princípios gerais do Direito*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. XXXIX, pág. 165.

²⁶⁸ Art. 15: *Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai fondamenti di altre leggi analogue: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto rigaurdo a tutte le circostanze del caso.*

²⁶⁹ SCCHIPANI, ob.cit., p.112.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*. Apresenta o autor as razões da escolha do legislador, pelas palavras do presidente da Comissão de elaboração do referido Código, Sclopis, em seu discurso de apresentação ao senado de Piemonte: *“I codici contengono i recetti, ma non ne danno la ragione. Per ben possedere la legge, è d’uopo ricorrere alle prime fonti, al sagra deposito in cui sta scolpito lo stemma della nazione togata del mondo. A queste libri detti per antonomasia la ragione scritta, sono venuti ad ispirarsi i più grandi legislatori de popoli inciviliti.”*

²⁷¹ *Teoria generale della interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1955, v. II, p. 851: *In conclusione, i principi generali di diritto sono da concepire non già come il risultato, ricavato a posteriori, di un árido procedimento di successive astrazioni e generalizzazioni, ma como somme valutazioni normative, principi e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell’ordine giuridico e aventi una funzione genética rispetto alle singole norme. Essi vanno considerati non solo sotto profilo dogmatico, quali criterî che stanno allá base di soluzioni legislaive, nella misura in cui il diritto positivo si è ad essi informato, ma inoltre sotto un aspetto dinámico, quali esigenze di politica legislativa, che non si esasuriscono nelle soluzioni accolte, bensì sono da tenere presenti sia come direttive e strumenti dell’interpretazione rispetto ai casi “dubbi”, sia come indirizzi e orientamente da proseguire nel progresso della legislazione.*

²⁷² *Teoria geral do direito civil*, 3ª. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 83.

III – A responsabilidade civil.

IV – A concessão da personalidade jurídica às pessoas coletivas.

V – A propriedade privada.

VI – A família.

VII – O fenômeno sucessório.

Tal classificação, entretanto não desnatura o entendimento sobre a unidade conceitual dos princípios gerais, mas é uma maneira de demonstrar que são encontrados em todo o sistema privado, sem exceção. Por outro lado, Norberto Bobbio aponta três questões²⁷³ que podem impedir um sentido único: a primeira se os princípios gerais são ou não normas jurídicas. A segunda, sua origem, dentro ou fora do sistema. E a terceira, de qual a autoridade que lhe concede validade e grau de validade entre as outras normas do sistema. Compreende sobretudo que há controvérsias e que os princípios gerais não constituem uma categoria simples e unitária²⁷⁴.

Na realidade, o que se verifica é que em razão das duas correntes doutrinárias no exame dos princípios gerais do Direito, a positivista, que apenas os admite se extraído do ordenamento e a relativa ao Direito natural, em que os princípios seriam nele inspirados e, conseqüentemente, seriam revelados fora do sistema jurídico vigente, fazem distinguir a compreensão dos princípios gerais, ainda mais como no último caso, quando a controvérsia consiste na dificuldade de se aceitar um Direito natural, em razão da distorção do conceito herdado de Aristóteles, que chamamos de clássico, que não possui relação com o jusnaturalismo.

Nosso ordenamento confere importância aos princípios no momento em que determina, no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que na ausência de lei o juiz poderá decidir a questão posta em juízo com fundamento nos princípios gerais do Direito, mas antes de continuar, convém caracterizá-los de acordo com as duas básicas maneiras de se descobrir o direito: o positivismo e o Direito natural clássico. Assim, para a corrente positivista, os princípios gerais somente são extraídos do sistema jurídico vigente, enquanto para os seguidores do Direito natural, os princípios são extraídos de algo além do que está positivado.

²⁷³ *Principi generali di diritto*, In: *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, p. 889.

²⁷⁴ *Idem*, p. 893.

Princípio, além de ser relativo à origem de alguma coisa, denota importância, de modo que os princípios gerais do Direito são relativos a valores supremos determinados pela sociedade, necessários para a interpretação e aplicação do bom direito, assim como é passível de avaliar até em que momento estão revestidos de característica imperativa, como norma.

Para seu bom entendimento, parta-se do fundamento contido na célebre obra do professor R. Limongi França, *Princípios gerais de Direito*, que se dedicou tanto ao estudo dessa relevante matéria e indica adequadamente sua natureza e a importância axiológica no ordenamento jurídico, o que a torna o alicerce da construção da teoria que pretende-se agora demonstrar e é dessa forma que se entende os princípios gerais como essenciais ou contingentes²⁷⁵, isto é, essenciais são aqueles princípios imutáveis, universais, pois decorrentes do Direito natural e se resumem em *alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*. Já os contingentes são aqueles que podem vir a sofrer modificações de acordo com o momento histórico vivido pela sociedade, mas, que de qualquer modo, não se pode desvirtuar do conceito de justiça, sobretudo porque se não seriam outra coisa e não princípios gerais.

Em síntese, há duas espécies de princípios gerais, aqueles decorrentes do Direito natural e os que exalam do ordenamento vigente, de maneira explícita ou implícita, porém, não se explica, até agora, se é ou não uma norma, ou se podem ser aplicados a despeito de haver regra que regule um determinado caso concreto.

Para Limongi França, um ardoroso defensor do Direito natural, ainda que fundamentado em leis imutáveis, não há nada que impeça que se busquem os princípios fora do ordenamento, já que estes são extraídos da ciência jurídica, “encontrados nas próprias

²⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. *Princípios*, cit., p. 238, assim os classifica em sua obra, que em resumo assim seriam descritos, em que apresenta a súmula de suas conclusões:

“Os essenciais são de duas espécies: 1) a dos elementos primeiros da Justiça; e 2) a dos elementos básicos que decorrem da natureza das instituições.

Os elementos primeiros da Justiça são aqueles que constituem a viga mestra do Direito Natural: resumem-se no *alterum non laedere* e no *suum cuique tribuere*.

Os elementos básicos decorrem da natureza das instituições são aqueles que integram o próprio arcabouço das mesmas, de tal forma que, quando não atendidas, tolhem a possibilidade de essas instituições atingirem os fins para os quais surgiram ou foram criadas.

Em resumo, os princípios contingentes se desdobram em três escalas diversas e de importância gradativamente maior: A) princípios do Ordenamento; B) princípios do Direito Consuetudinário; e C) princípios do Direito das Gentes, aí incluído o Direito Comparado.”

relações que promanam da natureza das coisas”²⁷⁶.

1.1 - Princípios gerais do direito – norma ou modo de interpretação?

Há uma grande discussão jurídica na tentativa de responder se os princípios gerais de Direito têm natureza normativa, portanto com força coercitiva, ou se apenas são um instrumento disposto pela legislação como maneira de integrar o direito por um método de interpretação em que se vale de seu uso. Para entender a situação ora colocada convém observar o que a doutrina tem refletido a respeito.

Interpretar é uma escolha e esta pode ser dirigida a determinado sentido com o auxílio dos princípios gerais, o que Perelman reconhece como uma reação ao positivismo, porém sem os extremos do Direito natural²⁷⁷, como a solução do caso concreto de maneira mais equitativa e razoável, o que transforma o juiz no auxiliar do legislador²⁷⁸.

Com efeito, para o pensamento positivista, os princípios gerais estão inseridos no sistema jurídico e dele são extraídos e, em primeira observação, vê-se que são utilizados como um subsídio no modo interpretativo pelo juiz, quando da elaboração de sua decisão e nesse sentido o referido artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza que os princípios gerais serão aplicados quando houver omissão da lei para um determinado caso concreto, entretanto antes deverá o juiz utilizar a analogia e os costumes. Na interpretação literal desse dispositivo, somente poderão ser os princípios gerais utilizados se houver omissão legislativa.

O Código Civil espanhol é mais explícito nessa conclusão, no art. 1º, 4º²⁷⁹, ao determinar que os princípios sejam aplicados no defeito das leis ou dos costumes e desde que não contrarie o ordenamento jurídico.

Portanto, os positivistas somente entendem que os princípios gerais são dados pelo

²⁷⁶ *Princípios*, p.161.

²⁷⁷ Aqui, sem dúvida, referindo-se a uma fase de extremos que adotaram alguns dos defensores do direito natural, mas não do direito natural em si.

²⁷⁸ *Ética e direito*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 185.

²⁷⁹ Art. 1º - 4. *Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*

ordenamento, de forma explícita ou implícita, não admitindo sua existência fora e incorporada à natureza e, por consequência, universais.

Para Carlos Maximiliano, em suas lições sobre hermenêutica, de que o intérprete vai do geral ao particular para a solução do caso concreto²⁸⁰, e sem conceituar os princípios gerais, porém os reconhecendo como a ferramenta do aplicador que os extrai sempre do ordenamento positivado, podem ser extraídos dos seguintes lugares:

a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional etc.); d) de *todo* o Direito Privado ou de *todo* o Direito Público; e) do Direito Positivo, *inteiro*; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma²⁸¹.

Maximiliano indica o modo de se revelar os princípios do direito positivo, já que nele latentes, e não constituem o magistrado, aplicador dos princípios, em legislador, visto seu limite.

Orlando Gomes percebe os princípios gerais como modo de interpretação das leis, uma vez que servem “para preencher lacunas e ajudam a determinação do alcance e do verdadeiro sentido da lei”²⁸². Acredita que somente podem ser extraído do sistema positivo e os conceitua como “diretrizes ou forças propulsoras da ordem jurídica” e “não devem ser entendidos como princípios de validade geral, segregados pelo *direito natural* ou pelo *direito justo*, e absoluto, mas como princípios histórico-concretos, pertencentes a determinada ordem jurídica”²⁸³. Não admite manifestações extraordinárias fora do sistema positivado, demonstrando aversão aos que desejem encontrar em outra fonte a validade e eficácia dos princípios, como o Direito natural²⁸⁴.

Na predominância do pensamento positivista, Orlando Gomes somente pode entender os princípios nesse sentido e, conseqüentemente, não lhes atribui um caráter de normatividade, mas somente como um instrumento de interpretação.

Ao contrário, o notório positivista Norberto Bobbio não tem meias palavras, para ele os

²⁸⁰ *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 241.

²⁸¹ *Idem, ibidem*.

²⁸² *Introdução ao direito civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 50.

²⁸³ *Idem, ibidem*.

²⁸⁴ FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais do direito*, p. 137. Os enquadra como o único autor negativista no Brasil.

princípios são normas, como qualquer outra, ainda que fundamentais do sistema²⁸⁵, que podem ser expressos ou não-expressos, estes relativos ao que se extrai da abstração das normas ou do que denomina “espírito do sistema”²⁸⁶.

Elaborando uma distinção entre princípios e valores, segundo o modelo de Habermas, Eros Grau²⁸⁷ afirma que os princípios têm sentido deontológico, enquanto os valores têm significado teleológico:

(...) por isso, os *princípios obrigam* seu destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os *valores*, por outro lado, devem ser entendidos como *preferências intersubjetivamente compartilhadas*; expressam a “preferenciabilidade” (*Vorzugswürdigkeit*) – o *caráter preferencial* – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Daí dizermos que *valores* são bens *atrativos* – não são *normas*.

Conclui-se que, para Eros Grau, os princípios têm caráter de normatividade, pois são normas de comportamento que devem ser seguidas por todos, mas, sem dúvida, os princípios traduzem valores, porque são eles que lhes dão conteúdo e se há um sentido teleológico, portanto, com a intenção de atingir uma determinada finalidade, não se pode deixar de reconhecer o mesmo em relação aos princípios, pois toda norma visa um fim específico.

Canotilho, de modo claro normativista, expõe que as regras são normas que proíbem ou permitem algum comportamento, sem que haja exceção, enquanto os princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, ao contrário das regras, não prevêm um comportamento para proibi-los ou permiti-los, mas “impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível, fática ou jurídica’²⁸⁸.

Ao reconhecer o valor normativo dos princípios, Riccardo Guastini indica a dificuldade de individualizá-los com precisão²⁸⁹ e aponta, em primeiro lugar, que se encontre por uma razão física, ou seja, se estão compreendidos em normas de direito civil ou administrativo,

²⁸⁵ *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158.

²⁸⁶ *Idem*, p. 159.

²⁸⁷ *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 112.

²⁸⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.215.

²⁸⁹ *Das fontes às normas*, p. 186: “Todavia, os princípios constituem, no gênero das normas jurídicas, uma espécie particular cujos traços característicos não é fácil individualizar com precisão: não é absolutamente claro, em outras palavras, quais propriedades deva ter uma norma para merecer o nome de ‘princípio’.

por exemplo²⁹⁰, sendo certo que eles se vislumbram pelo grau de importância que das normas se extrai, que irá variar consoante a opinião do intérprete. Na a orientação de Guastini, deve-se encontrar uma formulação lingüística, já que são “normas bastante vagas”²⁹¹, o que envolve alto grau de discricionariedade do intérprete²⁹². E, por fim, encontram-se os princípios pelo seu grau de generalidade²⁹³. O próprio autor entende que esse mecanismo também se aplica às normas individuais, mas os princípios serão mais vagos e mais gerais que as normas.

Importante observação na obra de Guastini é a indicação que os princípios gerais são usados não só na interpretação, mas na produção e integração do direito²⁹⁴ e:

(...) no que concerne à produção do direito, a formulação de um princípio (que é, portanto, necessariamente um princípio exposto) por parte de uma autoridade normativa cumpre em geral a função de circunscrever, sob o perfil substancial ou material, a competência normativa de uma fonte (em algum sentido) ‘subordinada’, no sentido de que a fonte subordinada, conforme os casos, não podem conter normas incompatíveis com aquele princípio; ou deve limitar-se a desenvolver as implicações daquele princípio, sob pena, em ambos os casos, de invalidade por vício substancial ou material. O princípio, em suma, funciona como parâmetro de legitimidade (eventualmente, de legitimidade constitucional) da fonte subordinada²⁹⁵.

Para Guastini, o princípio exposto é aquele disposto no ordenamento.

Tenha-se em mente que a Lei de Introdução ao Código Civil admite os princípios gerais como modo de interpretação das normas, quando falharem todos os outros modos.

Pensamento mais alto da cultura jurídica, eis o que adjetiva Caio Mário da Silva Pereira aos princípios gerais do Direito, como fica claro nessa passagem:

Faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânon que o legislador não chegou a ditar sob a forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico”²⁹⁶.

²⁹⁰ *Idem, ibidem.*

²⁹¹ *Idem*, p. 188 e 189.

²⁹² *Idem*, p. 190.

²⁹³ *Idem, ibidem.*

²⁹⁴ *Idem*, p. 199.

²⁹⁵ *Idem, ibidem.*

²⁹⁶ *Instituições de direito civil*, v. I, p. 55.

Caio Mário compreende a dificuldade de sua aplicação e importância, haja vista que o preenchimento de seu conteúdo exige do intérprete um conhecimento mais do que ordinário, todavia não foge à regra de buscá-lo no sistema positivado; reconhece o trabalho da doutrina como meio de revelá-los e indicar sua evolução, “já que alargam o conteúdo das regras jurídicas”²⁹⁷.

Para Robert Alexy os princípios são concebidos como normas, mas que apresentam diferença em relação às regras, o que pode ser constatado com a observação do fenômeno de conflito entre as regras e, em sua expressão, colisões de princípios, o ponto decisivo para apontar a distinção, pois as regras têm caráter de mandatos definitivos, enquanto os princípios são mandatos de otimização²⁹⁸.

Humberto Ávila diz: “é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar a um a conclusão que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”²⁹⁹, até porque, mesmo de uma regra escrita é possível extrair um princípio³⁰⁰, todavia é sempre uma tarefa de interpretação e, portanto, de valoração teleológica, que se distinguirá os princípios das regras. Deve-se tomar com cuidado essa doutrina, pois é importante notar que Ávila considera o intérprete como um criador da norma e não um simples revelador da vontade legislativa ou da consciência coletiva, ou como seria mais adequado, um concretizador na continuidade do trabalho do legislador³⁰¹, longe de uma mera atividade servil aos textos legais.

²⁹⁷ *Idem*, p. 56.

²⁹⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162: *La distinción entre reglas y principios constituye la base de mi argumento en favor de un constitucionalismo moderado. Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de las normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos.*

²⁹⁹ *Teoria dos princípios- – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

³⁰⁰ *Idem*, p. 33.

³⁰¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*, p. 443. Na busca do significado de *interpretação*, Michel Villey afirma que o intérprete não tem a função de reconstituir cientificamente o significado da lei, mas continua o trabalho do legislador.

Idem, p. 444: “O que se exige do intérprete? Que discirna *em quais casos* deverá prevalecer a interpretação literal, e *em quais outros* deveremos buscar a intenção do legislador.”

Todavia, ao intérprete não cabe apenas esta tarefa, mas a de também resolver as contrariedades ou falta de completude do ordenamento, com o fim máximo da busca do que é justo, o que não constitui uma tarefa mecânica e na análise adequada de Villey: “Há três séculos, diz Max Weber, a história do Ocidente é um processo desenfreado de *racionalização*, de extensão generalizada dos procedimentos da ciência moderna a todos os setores da vida. O efeito não é benéfico. O que podemos constatar na arquitetura, onde nosso concreto armado não acede de modo algum à beleza das catedrais.

Ávila apresenta a doutrina como critério distintivo, dividindo-a em três categorias destacadas: critério do caráter hipotético-condicional; critério do modo final de aplicação e critério do conflito normativo.

Como critério do caráter hipotético-condicional, a diferença estaria em que as regras têm uma hipótese e uma consequência, aplicadas *como se*, enquanto os princípios indicam o fundamento a ser utilizado na solução do caso concreto³⁰². Em relação ao “modo final de aplicação”, as regras são aplicadas como tudo ou nada, enquanto os princípios ao modo mais ou menos. Para o critério “conflito normativo” seriam diferenciados os princípios das regras pelo modo de aplicação diante de um conflito normativo³⁰³, ou seja, a antinomia diz respeito às regras, enquanto os princípios são demonstrados consoante o valor de cada um.

Para Ávila todos esses critérios são falhos e apresenta como solução uma proposta conceitual, da seguinte forma³⁰⁴:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Por outro lado, para uma distinta corrente, fundamentada na filosofia de Dworkin e Alexy, a norma é gênero, enquanto a regra e os princípios são espécies³⁰⁵, ao passo que essas duas espécies se diferenciam por inúmeras características, porém a mais usual é da generalidade dos princípios frente às regras³⁰⁶, ou na definição de Alexy, os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, melhor dizendo, mandamentos de otimização,

Se não quiser sacrificar a *justiça*, a arte judiciária deve conservar seu caráter artesanal. O que não quer dizer ausência de método. Mas os métodos axiomáticos próprios à ciência lhe convêm mal. Assim como as técnicas da ‘*persuasão*’ retórica.” (p. 452)

³⁰² *Idem*, p. 31.

³⁰³ *Idem*, p. 42.

³⁰⁴ *Idem*, p. 70.

³⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 276

³⁰⁶ *Idem*, citando Alexy, p. 277.

enquanto as regras ou são cumpridas ou não”³⁰⁷. Esta teoria é criticada por Ávila como visto acima.

Como autor contemporâneo, Carlos Ari Sundfeld³⁰⁸, mesmo apreciando os princípios que regem o direito público, afirma que esses são hierarquicamente superiores às regras, já que são responsáveis em dar o seu sentido e alcance e em nenhuma hipótese podem ser contrariados, sob pena de por em risco todo o sistema jurídico.

Para o saudoso Limongi³⁰⁹, os princípios gerais têm natureza coercitiva, de modo a serem aplicados de maneira direta na solução do caso concreto, contudo, entende que possam ser extraídos não apenas do ordenamento positivado, mas fora dele³¹⁰. Não que os princípios gerais se transformem em norma, mas que adquiram um caráter normativo na falta de norma para solucionar a questão, ou na sua exata conclusão, “a utilização desses princípios como regra normativa, só pode ser levada a efeito à falta de Lei sobre o caso da espécie ou sobre matéria análoga. É necessário também que a questão se não possa resolver de acordo com o Direito Consuetudinário”³¹¹.

Convém uma reflexão mais detalhada dessa conclusão.

A questão é analisar não a coercibilidade dos princípios, visto que a eles não se nega esse efeito, até por força do que determinou o legislador, com a simples observação do art. 4º da LICC, contudo, quando irá se operar esta coercibilidade, ou em outras palavras, em que dado momento os princípios gerais serão invocados para dirimir um conflito posto. Em primeira observação, somente se houver uma lacuna legislativa, pois assim foi determinado por nosso sistema e, pela ordem de referência, apenas quando todos os outros modos de aplicação falharem.

Pode parecer que os princípios gerais não seriam normas, mas um processo com característica coercitiva, como as têm as regras.

Para que os princípios gerais adquiram força coercitiva, Vicente Raó apresenta a teoria de Del Vecchio em que, em nome de uma segurança jurídica, somente serão utilizados diante da lacuna da lei e após a utilização dos costumes e analogia, portanto sem deixar o

³⁰⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

³⁰⁸ *Fundamentos de direito público*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 136.

³⁰⁹ *Princípios gerais do direito*.

³¹⁰ Não se pode esquecer de sua adesão à doutrina do Direito natural.

³¹¹ *Princípios gerais do direito*, p. 240.

sistema positivo, constituindo verdadeira proibição ao arbítrio do juiz³¹², todavia, para a aplicação adequada, o sistema jurídico deve ser compreendido como um todo, para a derradeira harmonia de sua aplicação. Como método para encontrá-los, Raó ensina que as regras particulares devem ser confrontadas com as gerais, sendo que os princípios fundamentais, explícitos ou implícitos ao sistema, constituem o limite na aplicação das regras particulares³¹³.

Não se deixe de salientar que Del Vecchio entendia que haveria princípios comuns a todos os povos, portanto de caráter universal.

Para Ráo as dúvidas surgem quando se tenta apontar qual a natureza dos princípios gerais e apresenta como solução a “investigação sucessiva”: “a) dos princípios que inspiram o sistema jurídico positivo, do qual as disposições particulares fazem parte; b) dos princípios ditados pela ciência do direito; c) dos princípios ensinados pela filosofia do direito.”³¹⁴ Assim, não indica qual a natureza propriamente dita, mas como encontrá-los e aplicá-los, com uma ordem cronológica dessa busca, deixando em aberto a possibilidade de se descobrir os princípios fora da ordem positivada, já que, “a filosofia do direito, que, com o direito natural, reúne os princípios primeiros e fundamentais inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica, formando a unidade do conhecimento do direito”³¹⁵.

1.1.2 Modelo de direito comparado

A doutrina alemã não distingue os princípios gerais como algo autônomo, todavia é necessário observar que o direito privado na Alemanha teve sua formação influenciada por uma condição histórica diversa dos países de inspiração latina. Com efeito, o Código Civil alemão, o BGB, teve como origem uma Comissão criada em 1874 e uma segunda Comissão em 1890, sendo sancionado pelo Kaiser em 18 de agosto de 1896, para entrar em

³¹² *O direito e a vida dos direitos*. v. I, t. II, p. 234: “Tal condição se baseia, essencialmente, na natureza do sistema jurídico, que deve formar um conjunto só e coerente, um verdadeiro organismo lógico, suscetível de oferecer uma diretriz segura, não equívoca, que não comporte qualquer solução contraditória para qualquer relação social possível.”

³¹³ *Idem*, p. 235: “Na realidade, pois, mais acertadamente se procede filiando-se o particular ao geral.”

³¹⁴ *Idem*, p. 238.

³¹⁵ *Idem, ibidem*.

vigor em 1º de janeiro de 1900. Com a guerra mundial de 1914 a 1918, além da revolução de 1918, abriu-se caminho para a doutrina da socialização do direito privado alemão³¹⁶.

Não se pode deixar de destacar o vigor que a doutrina positivista teve na Alemanha, todavia somente com a queda do nacional-socialismo o Direito natural renasceu naquele país³¹⁷. Em 1949 o BGB sofreu significativas modificações, com a adoção da Constituição da República Federativa Alemã, incluindo o respeito a vários direitos fundamentais³¹⁸.

Muito embora não haja essa denominação, princípio geral, é chamado de princípio de justiça³¹⁹ e é possível apreciá-los quando Heinrich Lehmann compreende o Direito natural como fonte do direito, que é o que lhe fornece validade³²⁰, e se o legislador não se pautar por essas exigências fundamentais, o direito positivo perde sua legitimidade e obrigatoriedade³²¹.

Os franceses, por sua vez, se dividem em reconhecer, ou não, os princípios gerais e os doutrinadores que não tratam especificamente desse assunto, mas da equidade³²² como um equivalente, muito embora não se possa dar o mesmo sentido. Não há no Código Napoleão uma indicação clara de que os princípios gerais são uma forma de expressão do direito.

Os princípios gerais seriam aqueles que conferem ao ordenamento, em determinada época a instituição da ordem justa e a armadura da legislação e a lei que viola um princípio é contrária ao Direito, no dizer de Planiol³²³, ou ainda na doutrina de Ripert e Boulanger

³¹⁶ LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*, trad. José Maria Navas, Madri: Revista de Derecho Privado, 1956, vol I, p. 30: *La socialización no se entendía en el sentido técnico estricto, que propugna la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción a favor de la comunidad, sino en sentido amplio, como configuración social de la convicencia humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y con ella al bien común en lo posible.*

³¹⁷ Como exemplo desta fase positivista, vê-se Hans Planitz, ao afirmar que o direito alemão é fundamentalmente um “direito estrito” (*strenges Recht*) e que somente a lei e o costume poderiam ser considerados como fontes.

Em *Derecho privado germánico*, traduzido para o espanhol da edição original de 1949, ou seja, logo após a II grande guerra, Hans Planitz não admite qualquer desvio do que está positivado, p. 23:

“No está permitido al juez separarse del precepto formulado; una determinada palabra debe valer, incluso si su aplicación textual produce un resultado contrario a la equidad”.

³¹⁸ FERRAND, Frédérique. *Droit privé allemand*, Paris: Dalloz, 1997, p. 82.

³¹⁹ *Idem*, p. 48.

³²⁰ *Tratado de derecho civil*, p. 47.

³²¹ *Tratado de derecho privado*, p. 47: *Si el legislador no se rige por estas exigencias fundamentales, es decir, si sus mandatos están desprovistos del carácter de auténtica norma jurídica, situándose con ello fuera del Derecho, entonces el Derecho positivo por él establecido pierde su legitimidad.*

³²² A observação da natureza interpretativa que os franceses dão à expressão equidade será posteriormente tratada no capítulo referente aos *standards* jurídicos.

³²³ Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après de traité de Planiol*, p. 7: *En considérant l'ensemble des lois qui, dans un pays et à une certaine époque, établissent un ordre considéré comme juste, on peut dégager les principes généraux de ce droit. Ils constituent en quelque sorte l'armature de la*

são utilizados para a aplicação e interpretação das regras do direito positivo, dos quais se pode deduzir uma solução nova em caso da lei ser insuficiente para resolver a questão³²⁴.

Deve-se fazer a observação de que a jurisprudência para o direito francês é considerada fonte do direito, desde que a solução nova não seja contrária ao direito posto, como uma criação que completa o espírito da lei, por razões de equidade. Como afirma Limongi França, na adequada observação da matéria, “embora o juiz segundo a legislação francesa, deva sempre basear-se em um texto de lei, não se lhe pode negar uma certa autoridade, indispensável à dedução dos referidos princípios que nos ordenamentos se contêm”³²⁵.

A jurisprudência tem essa função de adaptar a lei às necessidades novas e não previstas pelo legislador³²⁶, mas que pode ser modificada por uma lei nova, razão pela qual ela é subordinada ao direito positivo³²⁷ e nessa atividade os tribunais ouvem o clamor de justiça da sociedade para determinado momento histórico e acompanham a evolução de seu conceito³²⁸.

Para os italianos são fontes do direito privado o determinado pelo art. 1º de seu Código Civil, ou seja, a lei, os regulamentos e os usos, ou costumes. Seriam fontes em dois sentidos: de produção e de conhecimento. Fontes de produção são os modos de formação da norma jurídica. De conhecimento são os escritos que contenha a norma jurídica já formada, sendo a lei a principal fonte do direito³²⁹.

législation positive. Leur connaissance permet de dire qu'une loi est contraire au droit lorsqu'elle viole ces principes.

³²⁴ *Idem*, p. 8: *Les principes juridiques a une outre sens, quand il s'agit de pouvoir à l'application et à l'interprétation des règles du droit positif: les principes sont les propositions générales expressément formulées ou découvertes par l'analyse, qui dominent les divers groupes de règles positives et d'où peuvent se déduire des solutions nouvelles en cas d'insuffisance de ces règles.*

³²⁵ *O direito, a lei e a jurisprudência*, p. 160.

³²⁶ Em nome do escopo da celeridade processual, algo diverso tem acontecido em nosso País. Claro que a jurisprudência brasileira tem a função de interpretar a lei e dar tratamento novo a questões antes não vislumbradas, todavia há uma tendência a torná-la como fonte obrigatória, como no caso da súmula vinculante.

³²⁷ GHESTIN, Jacques e GOUBEUX, Gilles. *Traité de droit civil – introduction générale*, Paris : L.G.D.J., 1977, p. 356: *L'interprétation de la loi por la jurisprudence est créatrice. Cette création reste cependant, por rapport à celle que réalise la loi, dans une situation d'infériorité. Il ne s'agit, en effet, que d'une création imparfait et subordonnée.*

³²⁸ *Droit civil – introduction générale*, p. 167: *Enfin, au fur et à mesure que le code vieillissait, les tribunaux se sont montrés plus hardis. Profitant de la rédaction souple et pratique de ces textes, ils les ont adapté aux besoins nouveaux, ne craignait pas les interpréter parfois d'une manière différente – ou même apposée au sens qui leur était attribué priitivement en présence d'une lois plus or moins ancienne, et que le législateur négligeait de modifier, comme il eût dû foire, pour l'adapter à des besoins nouveaux au satisfaire le sentiment de justice de la population.*

³²⁹ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*, 6ª ed., Pádua: Cedam, 1990, p. 29. Em uma concepção positivista.

Os princípios gerais são aqueles considerados como emanados pelo Estado³³⁰, extraídos das escolhas legislativas³³¹, todavia como forma de interpretação do direito³³², deve-se tomar o cuidado de que os princípios gerais não sejam confundidos com os interesses políticos do regime dominante, até porque o Código Civil italiano de 1942 foi editado no auge do fascismo³³³.

Analisando a situação na Espanha, Diego Espín Cánovas admite que os princípios gerais têm a natureza de interpretação normativa, todavia se houver contradição entre a norma e um princípio, em nome da segurança jurídica se aplica a norma, pois seria, no entender do autor, o melhor modo de se fazer a justiça³³⁴, denominando-os como norma em sentido estrito.

1.1.2 Encaminhamento indicado para o tema

Em suma, os princípios, muito embora assim se denominem, têm por finalidade atingir um critério eleito do que é justo, porque o sistema os elevou à categoria de maior importância axiológica e neste ponto passa a ter uma natureza interpretativa, pois indica o

³³⁰ Art. 12, CC Italiano: *Interpretazione della legge: Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

³³¹ GALGANO, Francesco. *Ob. cit.*, p. 61, no caso de não ser possível o uso de analogia para resolver uma lacuna, o juiz deve decidir segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado: “...sono principi nos scritti che si ricavano per induzione da una pluralità di norme e che rappresentano le direttrici fondamentali cui appare essersi ispirato il legislatore”.

³³² GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, p. 50.

³³³ *Idem*, p. 51: *L'individuazione non può dunque non passare attraverso una attenta analisi delle norme costituzionali, ciò che conferma com e in sostanza i principi stessi sono quelli su cui si basa l'assetto socio-politico della Nazione in un dato momento. Non è un caso, del resto, se numerosi giuristi, facendosi portavoce de gli interessi della classe politica dominante dell'epoca propugnarano l'introduzione nel Codice Civile del 1942 di una precisa elencazione dei principi generali dell'ordinamento fascista, al fine di vincolare anche il giudice civile alla asservanza non più dei principi dello stato ma di quelli regime.*

³³⁴ *Manual de derecho civil español*, 5ª ed., Madri, Revista de Derecho Privado, 1978, v. I, p. 143: *Desde el punto de vista de una abierta contradicción entre una ley o costumbre com los principios, se niega la posibilidad de su valoración suprallegal ya que 'la seguridad jurídica exige que el Juez omita sus valoraciones personales y aplique la norma sin correcciones extrapostivas no prevista em ella, pues en*

limite da discricionariedade do aplicador do direito, contudo está demonstrado que na ausência de regra poderão ser aplicados com força coercitiva.

Imaginando o exemplo já dado, do maestro, a orquestra e a obra a ser executada, pode-se fazer uma analogia para concluir que a obra tem o significado de algo justo e equânime, o princípio geral que impõe uma conduta humana a ser seguida; a orquestra é o modo que esta conduta será operacionalizada; e o maestro o intérprete ou aplicador do direito. A obra a ser executada nunca perderá sua essência, será sempre o princípio, o início contendo em sua essência o sentimento de justiça e por maiores arranjos musicais que se façam na peça artística, esta não perderá seu conteúdo inicial, que sempre será reconhecido. Por melhor que seja o trabalho do maestro na condução da orquestra ele jamais poderá descaracterizar a obra do artista, ou seja, não se poderá modificar o âmago dos princípios gerais eleitos pelo agrupamento humano como importantes para sua sobrevivência.

Toda essa conclusão decorre de serem os princípios gerais o substrato da justiça.

Como se vê, os princípios gerais dão unidade ao sistema jurídico e isso somente será aceitável se for possível compreender sua característica coercitiva, do contrário seria apenas um penduricalho a enfeitar uma regra, entretanto eles não são ditados apenas pela boa vontade de um legislador atento aos acontecimentos sociais, mas decorrem das aspirações próprias da humanidade, que são eternas de justiça e harmonia, o que só pode ocorrer com a obediência a regras imutáveis e universais referentes ao conceito de justiça além de outras que dependerá da evolução do momento ético, econômico, social e político de determinado grupo.

Destaca-se que os princípios gerais podem ser vistos como uma limitação coercitiva a uma outra que permite liberdade de escolha de atuação, quando, por exemplo, em sua aplicação no direito administrativo, em que o administrador público é contido na prática de um ato discricionário pelos princípios gerais, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro em seu exaustivo estudo sobre a discricionariedade que lhe valeu o cargo de professora titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo³³⁵.

general el mejor modo de realizar la justicia en una sociedad democrática es conformarse al orden creado por las normas legales.

³³⁵ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 172: “Quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito.

Conclui-se que os princípios gerais possuem característica coercitiva, como uma regra jurídica e as demais características a elas inerentes, contudo, além disso, são fundamentos de interpretação do conteúdo normativo, do mesmo modo que inspiram o legislador que não poderá escapar de seu alcance, sob pena da norma criada ser injusta, já que contrária aos anseios da sociedade³³⁶.

Sobretudo, há de se apreciar os princípios gerais como uma maneira de arejar um ordenamento de qualidade fechada, como modo de modernizar as leis estanques às novas categorias e relações sociais, ainda que não se tenha a jurisprudência como fonte absoluta de direito³³⁷.

É o entendimento de Cassagne, que nos parece irrepreensível, ao afirmar que a ‘discricionariedade não implica um arbítrio ilimitado nem absoluto... Assim é que os princípios gerais do direito operam como garantia que impedem o abuso dos poderes discricionários por parte da Administração, pois se aqueles são a causa ou base do ordenamento jurídico, não pode conceber-se que o exercício dos poderes discricionários pudesse contrariá-los.’”

³³⁶ Partindo-se para uma apreciação casuística da questão ora posta, saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o cabimento de recurso especial com fundamento na letra “a”, do inciso III, art. 105 da Constituição Federal, ou seja, contrariar lei federal, compreende que o mesmo se aplica em se tratando de contrariar um dos princípios gerais do direito extraído do ordenamento, conforme demonstra a seguinte decisão:

BRASIL. STJ. REsp 329267 / RS ; 2001/0063815-1 - relatora Ministra Nancy Andrighi - T3 – j. 26/08/2002 - DJ 14.10.2002, p. 225:

“Processual Civil. Ação rescisória. Cabimento. Correção monetária. Termo “a quo”. Incidência a partir da data em que foi procedido o indevido expurgo do índice inflacionário do mês de janeiro do ano de 1989. IPC. Plano verão. Lei n. 6.899/91. Princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem justa causa. Art. 485, inciso V, do CPC.

- A expressão "violar literal disposição de lei", contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito.

- A adoção de critério de correção monetária deve observar, como termo inicial, a data em que o índice oficial foi expurgado, indevidamente, qual seja, no caso concreto, o IPC, a partir do mês de janeiro do ano de 1989, e, assim, recompor o patrimônio do poupador.” (g.n.)

³³⁷ Para Norberto Bobbio, na análise da questão, os princípios gerais são esta forma de modernização do sistema jurídico, ainda em países que não adotam a jurisprudência como fonte autônoma de direito: *Solo oggi, nell’ambito di una dottrina sempre più attenta, anche nei paesi di diritto codificato, alla funzione isopprimibile della giurisprudenza nella trasformazione e nella evoluzione di un sistema giuridico, si va facendo strada l’idea che i principi generali siano il prodotto specifico dell’opera innovativa del giudice, il mezzoprecipito attarverso cui si apre un varco in paese tradizionalmente ostile, la giurisprudenza come fonte autonoma di diritto.*

1.2 - Os princípios gerais e a superação de lacunas

Não há como vislumbrar um ordenamento jurídico sem lacunas, porque será impossível ao legislador observar todas as situações fáticas passíveis de ocorrer, uma vez que não é possível a criação de regras que regulem todas as relações jurídicas; não há como vislumbrar todas as situações que possam ser objeto do comportamento humano, do contrário estar-se-ia subestimando a criatividade do ser humano, a não ser que se admita ser crível um ordenamento de inspiração divina como o Alcorão que, por não compreender que Deus possa falhar, inclui na 18ª Surata, versículos 1e 2: “Louvado seja Allah que revelou o Livro ao Seu servo, no qual não colocou contradição alguma. Fê-lo reto, para admoestar (aos ímpios) do Seu castigo e anunciar aos crentes, que praticam o bem, que obterão uma boa recompensa”³³⁸. É a pretensão da perfeição da lei divina, mas não

³³⁸ O direito muçulmano atinge a todos os fiéis da religião muçulmana, onde quer que eles se encontrem.

É uma das maneiras de expressão da religião e é composto pela teologia e a *Châr'ia*, que é a lei revelada, e o *Figh* é o conjunto de regras para obedecer a *Châr'ia*, sendo quatro as suas fontes, a principal o Alcorão.

O Alcorão, recebido por Maomé (571-632) no deserto pelo próprio Deus, não permite que o Direito seja estudado fora da religião. Muito embora o Alcorão, ou Corão, seja o fundamento do direito muçulmano, este não é suficiente para todas as respostas da vida jurídica, razão pela qual são consideradas outras três fontes.

Assim, temos a Suna, a tradição revelada pela maneira de comportamento atribuída ao Profeta Maomé, que deve guiar a vida dos crentes. Em terceiro lugar a *Idjmâ*, o acordo unânime da comunidade muçumana; em quarto, o *Qiyâs*, o raciocínio por analogia.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p., 516: “Nem o Corão, nem a Suna, apesar da extensão que lhes foi dada, podiam dar resposta a tudo. Para suprir a sua insuficiência e para explicar também algumas derrogações aparentes ao seu ensino, desenvolveu-se o dogma da infalibilidade da comunidade muçulmana, quando ela exprime um sentimento unânime.” E esta comunidade, que emite este parecer, é composta de sábios e tem a função de revelar o direito.

É desta forma que se desenvolveu o raciocínio por analogia, isto é, nem os sábios doutores da lei poderiam observar todos os acontecimentos cotidianos, porém, diante da pretensão de que o direito muçulmano seja completo, criou-se a *Qiyâs*, que embora seja um raciocínio por analogia, está alçado à importância de ser fonte do direito, mas somente é admitido como modo de interpretar o direito, jamais de produzir, já que este é uma criação de inspiração divina.

DAVID, René. *Idem.*, p. 521: “Também os processo de raciocínio, que permitiriam uma evolução do direito, são considerados com grande suspeição e geralmente condenados no islã. Não se admite que a opinião pessoal de um crente (*raï*) possa servir de base a uma solução do direito muçulmano; o apoio que ele pretendesse buscar na razão ou na equidade seria insuficiente para lhe dar autoridade, pelo fato de o direito muçulmano não ter uma essência racional, mas sim religiosa e divina”.

GILISSEN, *Introdução história ao direito*, p. 122. O *Figh*, concebido no século X é, por princípio, imutável, mas recebeu adaptação da vida política e social contemporânea. Como afirma John Gilissen, “o direito muçulmano contém poucas disposições obrigatórias; deixa uma grande liberdade aos homens, pelo menos aos chefes de família. Um *h'adith* diz: ‘Podem fazer-se convenções para além daquilo que a Lei revelada prescreve’. Existem por consequência grandes possibilidades de adaptação no domínio dos contratos, o que permitiu a introdução de numerosos princípios do direito comercial moderno no mundo muçulmano, desde que estes não sejam contrários à *Châr'ia*”.

possível na prática.

Como se viu, os princípios gerais adquirem uma força coercitiva na superação de lacunas, isso porque o legislador assim o determinou e outra razão não poderia haver, entretanto alguma lacuna poderá surgir por descuido do próprio legislador ao formular uma norma defeituosa, assim é necessário verificar se nesse caso os princípios poderão ajudar no preenchimento de lacunas dessa natureza.

A doutrina tem se dividido entre os que consideram que o ordenamento jurídico é sempre lacunoso, de outra parte, há quem afirme que a lacuna é impossível de ocorrer, ainda mais se, no caso específico do direito brasileiro, em que o legislador estabeleceu o artigo 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, que a própria regra escrita estabelece um critério para que o juiz dê a solução ao caso concreto mediante a aplicação de analogia, dos costumes ou dos princípios gerais. Essa última uma posição legitimamente positivista de encarar o ordenamento.

Na observação da analogia, Pontes de Miranda entende que sua aplicação somente se justifica se a *ratio legis* for a mesma e não admite uma atividade criadora do juiz, substituindo a vontade do legislador, o que torna a atividade judicial apenas reveladora do direito, mesmo no que diz respeito à *analogia iuris*, o que pode implicar na aplicação de uma regra jurídica, que muito embora não escrita, já está no sistema jurídico, e quando sua atividade diz respeito a *analogia legis*, “o que em verdade se faz é explicitar que a) a regra legal exprimiu, no texto, princípio particular, e b) há princípio mais geral em que ele se contém”³³⁹.

Para Clovis, na necessidade última de usar os princípios gerais para solucionar a questão, sua utilização faz com que o jurista penetre em um campo maior, em que “procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra a insuficiência do direito positivo. É, então, que o direito melhor se lhe deve afigurar como a *ars boni et aequi*”³⁴⁰.

Ao apreciar a matéria Clovis Beviláqua afirma que, na aplicação da analogia, “a inteligência do jurista procura revelar o direito latente, não, esforçando-se por descobrir uma pretendida vontade do legislador, mas, como belamente disse Paula Baptista, ‘na

³³⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado, parte geral*, Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1954, T I, p. XIV.

³⁴⁰ *Teoria geral do direito civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 46.

harmonia orgânica do direito positivo com o científico”³⁴¹, e examinando o que seria este direito latente, “é o que se revela no momento oportuno; mas, para saber descobri-lo, é indispensável o senso jurídico, que é tanto mais seguro quanto melhor o intelecto sabe repetir as idéias, e o sensorio se acha afinado pelos sentimentos, que forma as bases da cultura do grupo social e do momento histórico”.

Larenz³⁴² somente admite, para a eliminação de lacunas, uma valoração de objetivos que estejam regulados na própria lei e uma busca que a transcenda somente pode ser admitida quando todos os outros métodos fracassarem, mesmo assim, que a integração seja mantida nos limites da valoração fundamental do ordenamento jurídico e desde que as considerações sejam especificamente jurídicas, não sendo possível, em suas palavras, uma maneira de dar cobertura ao “arbitrio” do juiz. Mas não se confunda analogia com indução, já que na operação de analogia se estende o que é válido para certo caso com o uso de outro que seja similar, enquanto que na indução, se estende para todos o que for válido para os casos que sejam da mesma natureza³⁴³.

Para Larenz o preenchimento das lacunas “exige uma valoração crítica da lei segundo a pauta da sua própria teleologia e do preceito de tratamento igual daquilo que tem igual sentido, as considerações que para o efeito hão-de fazer-se aqui conduzirem já também, com freqüência, a integrar a lacuna”³⁴⁴. Então, nesse caso o melhor seria encontrar qual o sentido teleológico da norma sob exame.

O padrão de preenchimento de lacunas, organizado hierarquicamente, traduz um modelo positivista de solução do problema posto, quase a não permitir uma adequação fora do sistema, entretanto, de tempos em tempos, vozes dissonantes buscam outros meios de interpretação e integração do direito, como, em um exemplo pouco adequado, mas apenas para ilustrar, o caminho do “direito alternativo” percorrido por alguns magistrados, mas, muito embora vazio de conteúdo científico, porém significa um avanço quando se enfoca que é uma resistência a um sistema em muito baseado na regra escrita, encontrado em doutrina como a de Larenz, que eleva a valoração dos objetivos normativos, porém somente quando os modos escolhidos pelo legislador não forem passíveis de resolver a questão.

³⁴¹ *Idem*, p. 45.

³⁴² *Tratado*, parte geral, p. 96.

³⁴³ FRANÇA, R. Limongi. *Formas de aplicação do direito positivo*, São Paulo: RT, 1969, p. 70.

³⁴⁴ *Metodologia da ciência do direito*, p. 570.

A inserção no art. 4º dá a possibilidade de se utilizar os princípios gerais do direito para solucionar o vazio legislativo, nada mais é do que uma regra escrita, nitidamente de conteúdo positivista, pois é uma maneira de dizer que apenas o regulamento soluciona as questões cotidianas, pois o próprio sistema somente autoriza que estes princípios sejam encontrados dentro dele e nunca fora, de tal modo que seria o último recurso do aplicador do direito, quando todos os outros recursos às normas escritas falharem na resolução do problema.

Não é a idéia que se possa retirar da obra de Aristóteles, por exemplo, que entendia ser possível descobrir o justo fora do ordenamento, por simplesmente reconhecer que o legislador poderia falhar e a solução do caso não previsto seria encontrada na simples adequação do que seria justo³⁴⁵, mas até porque Aristóteles confiava que a norma era sempre justa e somente alguns casos não legislados seriam resolvidos fora. Outros tempos!

Assim, se há um reconhecimento da norma com cunho axiológico, ao ser positivada vem ao encontro do que é desejado pelo grupo social que a legitima, entretanto nem todas têm esse conteúdo, já que algumas não se prestam a regular relações em que as questões em que se possa atribuir um valor são seu fim, tendo como enfoque apenas uma situação material sem qualquer relação com o que seja ou não justo, como, v.g., uma regra tributária. Aqui a situação não vislumbrada não é de lacuna, mas de falta de subsunção do fato à norma. Em outro sentido, uma regra que reconheça ou deixe de reconhecer direito a relações amorosas fora do matrimônio, ou, ainda, reconheça direito inerente ao parentesco sem laços consangüíneos têm conteúdo moral e se destinam a suprir o anseio do grupo social a que se destinam.

1.2.1 Ilustração casuística

A fim de compreender melhor esta situação, utilizar-se-á do exemplo contido no artigo

³⁴⁵ *Ética a Nicômaco*, V, cap. 10, ob. cit., p. 96: “Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.”

1.228 do Código Civil, que em seu § 4º instituiu a “usucapião coletiva” ou a “desapropriação judicial”, muito embora não lhe tenha dado nenhum nome, mas que assim tem sido chamado por uma ou outra doutrina e que não é de todo adequado.

Nos termos dessa regra, em que o *caput* trata das disposições preliminares ao direito de propriedade, “o proprietário também poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

O § 5º, com relação ao 4º. diz: “no caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”. O grande problema observado é encontrar quem pagará indenização a que se refere o dispositivo analisado.

Observa-se uma lacuna nesse caso. O legislador não estabeleceu quem pagará ao proprietário e é necessário verificar se há solução para encontrar o responsável pelo pagamento.

Ainda no campo observado do referido artigo 4º, poder-se-ia afirmar que o juiz substituiu a tarefa do legislador ao se deparar com uma lacuna, contudo é de se notar que o juiz não faz essa substituição quando regula uma determinada situação, até porque é autorizado pelo legislador a resolver as questões que lhe são postas dessa forma, conferindo-lhe a instrumentalidade adequada para esse fim. Por outro lado, o legislador contemporâneo tem estabelecido cada vez mais poder ao magistrado, com a criação de regras que possibilitem tal comportamento. Entenda-se aqui poder não como algo arbitrário, mas como uma ampliação das possibilidades em que o juiz é autorizado a dilatar sua atuação como intérprete, em que os limites são expandidos pela própria escolha legislativa para a subsunção da norma geral ao caso concreto, além de seu sentido literal.

Sem dúvida é possível que diante de um mesmo dispositivo ocorram aplicações diversas para casos semelhantes, em virtude da interpretação com enfoques diferentes, até que haja uma determinada padronização de entendimento daquilo que se considera mais justo para o grupo social. Algumas podem até vir a ser consideradas como exagero interpretativo, que contrariem o bom senso, mas isso é típico da atividade humana e excessos de valoração são inevitáveis até que se encontre o modelo mais adequado.

O Código Civil apresenta normas com conceitos jurídicos de definição aberta que exigem do juiz uma interpretação de limites amplos³⁴⁶, mas sempre de acordo em trazer à luz o direito para o caso concreto, sem criá-lo, ou seja, apenas integrá-lo³⁴⁷.

Como se vê no exemplo da “usucapião coletiva”, e chamar-se-á assim, pois é o termo que mais correntemente tem sido adotado, é possível reconhecer que o ordenamento não é completo, entretanto, nesse caso, houve uma lacuna por absoluta imperícia legislativa em deixar uma surpreendente falha na indicação de quem pagará ao proprietário do imóvel e é necessário encontrar uma solução, já que posta a discussão em juízo não poderá o juiz eximir-se de julgá-la alegando que não há norma para resolvê-la.

Quem enxerga a situação como uma “desapropriação judicial”, como é o caso de Nelson e Rosa Nery³⁴⁸, todavia não é possível vislumbrar uma desapropriação, visto que estão presentes os elementos de usucapião, como a aquisição de um direito em decorrência da posse por determinado lapso temporal, ao contrário da desapropriação que não exige o elemento posse. Ainda aqui, transparece uma pretensa ação social do legislador em querer favorecer os dois lados da relação ao conferir o direito de indenização ao então proprietário, quando na realidade já perdeu sua propriedade pelo abandono, ou seja, por

³⁴⁶ O “espaço livre do direito”, doutrina já conhecida no séc. XIX.

³⁴⁷ A Emenda 45/2004, da Constituição Federal, estabeleceu a súmula vinculante no artigo 103-A, que em suma determina que em havendo inúmeras decisões semelhantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal este poderá editar uma súmula que interprete e vincule futuras decisões dos demais tribunais do País, assim como a administração pública direta e indireta federal, estadual e municipal.

A criação da súmula vinculante teve como escopo o desafogo dos tribunais e o julgamento mais acelerado dos processos, no bojo de uma reforma do Poder Judiciário não tão preocupada com a justiça das decisões, mas que é a mais clara tradução da idéia de que celeridade pode ser sinônima de decisão justa, algo que poderá ser constatado na posteridade. Na esteira desse entendimento, está-se assistindo a reforma do Código de Processo Civil, com a edição de regras com ranço inconstitucionais, por violarem o acesso adequado ao Judiciário e a obtenção de uma decisão justa. Assim, tem-se o art. 285-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, que diz: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

No mesmo sentido o § 1º. do art. 518 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, no seguinte teor: “O juiz não receberá do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Aqui se está diante de mais grave situação, haja vista que a legislação ordinária foi além do determinado pela Constituição Federal no art. 103-A, já que qualquer súmula será capaz de vincular o juízo, disfarçada de uma faculdade do juiz e sem que tenha passado pelo rigoroso critério de formação das referidas súmulas vinculantes.

A legislação processualista contradiz o direito material, pois limita os poderes discricionários do juiz, ainda que a o Código Civil lhe tenha atribuído maiores poderes, obrigando-os a interpretar as normas abertas e aplicar o direito para cada caso concreto, assim, confia-se no bom-senso dos juízes brasileiros em não adotarem decisões que acarretem prejuízos às partes envolvidas.

³⁴⁸ *Código Civil comentado*, nota 23, p. 635.

sua própria desídia no exercício ou não de seu direito, a não ser que o Poder Público tenha contribuído de alguma forma para a situação, mas nesse caso muda-se de instituto de direito civil, qual seja, o da responsabilidade civil.

Pode-se interpretar que quem pagará o preço será a coletividade de pessoas que lá residem, mas novamente não se está falando de usucapião, mas de um contrato de compra e venda compulsório para o vendedor, ou uma expropriação privada. Se for possível entender que será a Administração Pública a responsável pelo pagamento, está-se tratando de desapropriação fora dos parâmetros anteriormente concebidos, mas que assim pode ser entendido em vista do bem social que se faria em razão de se tratar de área extensa e com inúmeras famílias vivendo no local, como um mecanismo de pacificação de um conflito habitacional.

Seria possível buscar a solução do problema com a utilização de analogia, ou dos costumes e, por fim, de algum princípio geral de Direito?

Registre-se que o artigo 1.228 está contido na Seção I, disposições preliminares, do Capítulo I, da propriedade em geral, do Título III, da propriedade, no Código Civil. Não se encontra no capítulo relativo à aquisição e tampouco da perda da propriedade imóvel. Como modo de perda da propriedade o art. 1.275, CC enuncia os casos de alienação; renúncia; abandono; perecimento; e desapropriação. Os modos de aquisição são: usucapião (art. 1.238, CC); pela aquisição pelo Registro do Título (art. 1.245, CC); por acessão (art. 1.248, CC). Observa-se que o modo de adquirir e perder a propriedade conforme o § 4º do art. 1.228 não está relacionado nas devidas seções, que além de enumerar os modos de aquisição e perda, disciplinam como isso se dará e, ao que se vê, houve uma falha de fundo legislativo, já que incluída em norma de indicação dos direitos gerais e preliminares do direito de propriedade, tanto imóvel quanto móvel.

Em razão do conceito de sistema é possível entender o motivo porque Nelson Nery e Rosa Nery³⁴⁹ compreendem que se trata de desapropriação no caso em exame, já que este é um dos modos de perda da propriedade, mas que não está no rol de aquisição, uma vez que a desapropriação é instituto sempre destinado ao interesse público e não privado. Talvez fosse o caso de denominá-la desapropriação privada e não judicial, todavia é interessante notar que os autores assumem que quem pagará a indenização é a coletividade de

³⁴⁹ *Código Civil*, comentário ao artigo 1.228, p. 637.

interessados, fazendo uma interpretação particular da operabilidade do instituto³⁵⁰.

Utilizado o critério da analogia, no caso em tela, que se irá buscar dentro do próprio capítulo relativo à propriedade, uma vez que para a utilização da analogia deve-se encontrar nas situações assemelhadas, há dúvida de qual norma poderia ser adequada para resolver a figura do responsável pela indenização, tampouco será um costume a determinar a solução, visto que não há nenhuma regra de direito consuetudinário que se aplique ao caso e, quanto aos princípios gerais, poder-se-ia dizer que a indenização é devida para que não haja locupletamento indevido e desta forma os responsáveis pelo pagamento seriam os então novos proprietários, entretanto o instituto da usucapião sempre foi aceito sem qualquer pagamento e jamais se entendeu haver um conflito com o referido princípio, até porque o proprietário já havia perdido a propriedade pelo seu abandono.

Com razão, está-se diante de uma lacuna, que não é passível de resolver neste trabalho, mas apenas é citado como demonstração de sua existência e da dificuldade de solução, haja vista que o artigo 4º. da Lei de Introdução não é capaz de solucionar efetivamente a questão e, diga-se, efetivamente, visto que aquele que for apontado como o responsável pela indenização terá diversa interpretação para o mesmo assunto. Dessa maneira, um princípio geral de Direito não será capaz de resolver um problema que decorre da deficiência legislativa.

Conclui-se que pelo método tradicionalmente aceito não é possível chegar a uma solução pacificada, pois sempre haverá variantes para resolver a questão, mas a saída adequada passa por um caminho de reconhecimento axiológico.

1.3 - O conflito entre uma regra escrita e os princípios gerais

Uma regra escrita pode colidir com a disposição de um princípio geral de Direito, uma antinomia, que na lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior³⁵¹, é:

³⁵⁰ *Idem*, nota 23: “Desapropriação judicial. Conceito. É o ato pelo qual o juiz, em ação dominial (v.g. reivindicatória) ajuizada pelo proprietário, acolhendo defesa dos réus que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo de propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários (CC, 1228 § 5º).

³⁵¹ ANTINOMIA, In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 7, p. 14.

A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

Ou seja, há um problema a ser resolvido por ocasião da subsunção da situação fática à regra, em que não se submete ao conteúdo descrito não em uma, mas em mais de uma em vigor, gerando dúvida acerca de qual a adequada para solucionar a questão, com a escolha da qual prevalecerá em detrimento da outra.

Ao que Canaris chama de “lacuna de colisão”³⁵², isto é, quando uma norma entra em contradição com o conteúdo de outra. Nesse sentido deve-se continuar o estudo passando-se a focar o problema das contradições, ou conflitos, entre as normas e os princípios gerais, que de sobremaneira cria dificuldades na boa aplicação do direito e demonstram a incompletude do ordenamento vigente, no entanto se a questão for encarada no sentido de que não se está diante de um sistema fechado, como anteriormente se entendia por ocasião do ápice do positivismo e do louvor às regras escritas, tem-se certeza que a tarefa se tornará muito mais árdua, contudo ao entender-se o sistema com normas que exijam constante completude, a integração do direito com o preenchimento das lacunas há de se observar que a exigência é no sentido de um juiz intelectualmente preparado para a tarefa.

Não se está falando de conflito intertemporal, de descobrir se uma regra foi revogada por outra, mas de duas, ou quem sabe mais, que estão em vigor e produzindo seus efeitos, exigindo uma interpretação com adequadas técnicas de hermenêutica e, a rigor, com a simples observação do conceito dado acima por Ferraz Junior é forçoso concluir que não há antinomia, já que na verdade o que falta é um critério técnico de escolha da regra a ser aplicada, até porque, se as antinomias são eliminadas, seja por qual critério for, estas não existem.

A doutrina tem atribuído classificação à antinomia, de acordo com o critério de solução;

³⁵² *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 3ª. ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002, p. 218: “Fala-se, tradicionalmente, de tal figura sobretudo nos casos de contradição de normas: quando a lei, à previsão P, associe, em simultâneo, as conseqüências jurídicas C e não-C e esta contradição não se deixe dirimir com recurso à interpretação comum e à interpretação criativa, desaparecem então, mutuamente, ambas as ordenações normativas do Direito, surgindo uma lacuna. Mas com isso já se ultrapassou o âmbito da complementação da lacuna e se penetrou no da derrogação, o que tem sido, até hoje, suficientemente focado na literatura; pois o passo decisivo ocorre antes da afirmação de uma lacuna, designadamente na aceitação de que se debatem normas contraditórias e que, por isso, ambas são nulas.”

de conteúdo; de âmbito; e de extensão da contradição³⁵³.

Quanto ao critério de solução, esta é considerada aparente ou real. Aparente, encontra a resolução na escolha do preceito adequado pelas regras informadas pelo ordenamento, enquanto o conflito real não encontraria no ordenamento jurídico esta saída, ou porque há uma lacuna ou um conflito dentre os critérios de escolha. Na síntese de Maria Helena Diniz, mesmo que se encontre solução para a antinomia real não significa que esta deixe de ser uma antinomia, “porque a solução dada pelo órgão judicante a resolve tão-somente no caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico, e mesmo na hipótese de edição de nova norma, que pode eliminar a antinomia, mas gerar outras concomitantemente”³⁵⁴.

Em relação ao critério do conteúdo, estas são classificadas como própria, em que uma situação fática ao se submeter à regra, pode parecer ora proibida e ao mesmo tempo permissiva; imprópria, em razão a seu conteúdo material, que podem constituir princípios, valores, ou finalidades (teleológica). Quanto ao âmbito, as antinomias são classificadas como de direito interno e direito internacional. Quanto ao critério de extensão da contradição, consideram-se total-total, total-parcial, ou parcial-parcial, conforme a incompatibilidade total ou parcial entre duas normas³⁵⁵.

O critério referente ao conteúdo material é apresentado por Karl Englich, que as chama de contradições³⁵⁶ e estão sujeitas a um princípio da unidade do ordenamento jurídico. Assim, as contradições podem ser de técnica legislativa, quando há uma diferença de terminologia em diversas leis, como, por exemplo, o conceito de “negligência” seria diferente para o direito penal e para o direito civil. As contradições normativas dizem respeito a uma dúvida de interpretação, a norma ora parece permitir, ora parece proibir, entendendo que esta contradição deve ser removida, sendo que estas contradições são na maioria das vezes apenas aparentes, pois “todas as vezes que, uma *interpretação* correta das normas *prima facie* se contradizem e da sua interrelação, se mostra, logo, que uma

³⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 472/474, conforme apresentado pela autora na compilação da doutrina sobre a matéria.

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 472.

³⁵⁵ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2000, p. 158: “Inconsistência total-total, isto é, quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com a outra...Inconsistência total-parcial, isto é, quando uma das duas normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação no qual não entra em conflito com a primeira...Inconsistência parcial-parcial, isto é, quando cada uma das normas possui um campo adicional de aplicação no qual são produzidos conflitos.”

delas deve ter procedência sobre a outra”³⁵⁷.

Para Engisch³⁵⁸ o fenômeno da contradição normativa é raro, contudo não impossível, muito embora não aponte nenhuma situação concreta para ilustrar uma antinomia³⁵⁹.

As contradições teleológicas também são raras segundo Engisch e dizem respeito ao fim pretendido pela norma, mas por meio de outras rejeita o mesmo fim³⁶⁰, enquanto que contradições de princípios são mais frequentes e inevitáveis, o que será analisado no item a seguir.

Alf Ross³⁶¹, que denomina as antinomias como **inconsistências**, considera raro haver uma antinomia do tipo total-total, porém cita como exemplo de uma na Constituição da Dinamarca de 1920, que estabeleceu um número de 78 os membros da Primeira Câmara, na primeira parte do parágrafo 36, enquanto que, na segunda parte, sobre as regras de sua eleição, contam-se 79 os referidos membros, todavia reconhece Ross que a solução desse conflito, já que não há regras gerais para sua solução, “terá que se basear seja numa interpretação fundada em dados alheios ao texto, seja no critério”, citando como exemplo dessa solução o art. 53 da Carta das Nações Unidas, que determina que “não se tomará nenhuma medida de força dentro dos tratados regionais ou pelos organismos regionais, sem a autorização do Conselho de Segurança. Segundo o art. 51, entretanto nada do que é estabelecido na Carta restringe o direito à autodefesa individual ou coletiva em caso de ataque armado e as medidas de defesa não estão sujeitas a autorização”, para ele, a solução se encontra de acordo com as “circunstâncias que cercaram a criação da Carta e de uma valoração das vantagens políticas de uma ou outra interpretação”³⁶².

³⁵⁶ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 309\325.

³⁵⁷ *Idem*, p. 313.

³⁵⁸ Professor alemão, que regeu as cadeiras de direito penal, processo penal e filosofia do direito.

³⁵⁹ *Idem*, p. 314.

No que denomina contradições valorativas, Engisch aponta o fato do legislador não se ater às valorações que ele próprio consignou importante no texto legislativo, havendo um conflito de valor em uma única norma, citando como exemplo o Código Penal alemão que condena com maior severidade o homicídio voluntário do que expor voluntariamente uma criança ao perigo de morte em razão do abandono, entretanto essas diferenças valorativas devem ser aceitas, já que é uma escolha do legislador. O mesmo exemplo vale para o direito brasileiro, uma vez que para o homicídio culposo a pena prevista é de detenção de um a três anos (§ 3º, art. 12, CP), entretanto se praticado na direção de veículo automotor, a pena será de dois a quatro anos (art. 302, Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro).

³⁶⁰ *Idem*, p. 317. Alf Ross tem a linha de interpretação realista do direito, de caráter empirista, representante do realismo escandinavo é um dos expoentes do positivismo jurídico, ou do chamado neo-positivismo, visto que procura encontrar a validade do direito na realidade dos fatos.

³⁶¹ *Direito e justiça*, p. 159.

³⁶² *Idem*, p. 160.

A solução encontrada por Ross é um tanto perigosa. É a busca da *mens legis*, aliada com a máxima de que os fins justificam os meios. Não há nada mais inseguro em termos de interpretação e previsibilidade das relações jurídicas, no entanto não se pode deixar de observar que o autor sempre demonstra haver solução para as antinomias, seja na maneira exposta acima, ou na busca de um critério de hierarquia e cronologia³⁶³.

Perelman³⁶⁴, refletindo sobre a questão, conclui:

As antinomias em direito, ao inverso das contradições, ao dizer respeito ao verdadeiro e ao falso, e sim ao caráter incompatível, em dada situação, das diretrizes que a regem. A antinomia jamais é puramente formal, pois toda compreensão de uma regra jurídica implica sua interpretação. Daí resulta que, na medida em que são possíveis várias interpretações de uma regras, é mister admitir que, enquanto uma interpretação conduz a uma antinomia, outra possa fazê-la desaparecer.

De fato, se é reconhecida uma antinomia real deve-se dizer que não há solução para o caso concreto, porém com a escolha de qual norma aplicar faz desaparecer qualquer conflito e essa escolha é fornecida por técnicas previamente conhecidas, assim, pode-se conceituar a antinomia como apenas uma colisão aparente de normas e é nesse sentido que se observa o choque entre uma regra escrita e um princípio de direito.

Quando há antinomia entre leis, algumas regras são utilizadas para se decidir qual a mais indicada para resolver o caso concreto, com a observância, em primeiríssimo lugar, da constatação de qual tem hierarquia superior, ou seja, as constitucionais preferem as ordinárias e estas às regulamentares, nesta ordem³⁶⁵. Dessa maneira, no mesmo sentido os princípios, os constitucionais preferem os extraídos da regra ordinária, entretanto sendo as normas da mesma hierarquia, a especial prevalece sobre a geral.

O segundo passo é a verificação cronológica das normas, quando relativa ao mesmo nível hierárquico. Por fim, pela especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral, porém esse pode ser apenas um aparente conflito, visto que o conflito se desfaz pela

³⁶³ *Idem*, p. 159: “No julgamento das inconsistências constitui fator importante a relação existente entre as leis a que pertencem as normas conflitantes. Deve ser realizada uma distinção entre a) inconsistências na esfera da mesma lei e b) inconsistências entre uma lei anterior e outra posterior. No último grupo é necessário fazer a distinção considerando se as duas leis estão no mesmo nível ou em níveis diferentes”.

³⁶⁴ *Ética e direito*, p. 644. Considerado um dos maiores filósofos do século XX, desenvolveu uma nova racionalidade jurídica em que o direito se ajusta à realidade a partir de valores morais.

³⁶⁵ FRANÇA, R. Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*, p. 81. As leis constitucionais são as que se referem à estrutura do Estado, as ordinárias são as comuns, emanadas do Poder Legislativo e as regulamentares as relativas ao desenvolvimento de plano da Administração Pública fundamentados na lei comum.

revogação tácita da lei, pelas velhas máximas de que *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, matéria de direito intertemporal, resolvida pelo art. 2º. da Lei de Introdução ao Código Civil³⁶⁶.

Todavia, outra será a impressão se houver uma antinomia entre uma regra e um princípio de Direito.

Mota Pinto³⁶⁷ afirma que os princípios extraídos da Constituição não podem ter uma aplicação rígida quando se discute relações de direito privado, devendo haver uma conciliação entre os preceitos constitucionais e os de direito privado, já que também estão conformes a Constituição, assim, por exemplo:

O princípio da igualdade que caracteriza, em termos gerais, a posição dos particulares em face do Estado, não pode, no domínio das convenções entre particulares, sobrepor-se à liberdade contratual, salvo se o tratamento desigual (v.g., recusa de contratar) implica violação de um direito de personalidade de outrem, como se assenta em discriminações raciais, religiosas, etc.; a liberdade de expressão do pensamento pode ser limitada por força da confiança de cada parte contratual na cooperação de outra para

³⁶⁶ Para um exemplo direto deste fenômeno, veja-se a seguir uma situação concreta.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) possui ordem no *caput* de seu artigo 53, que nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, cujo pagamento é realizado em prestações, ou nos contratos de alienação fiduciária em garantia, que considera nula cláusula que determine a perda total das prestações já pagas, em razão da resolução do contrato por inadimplemento do devedor.

O § 1º, do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, foi vetado quando de sua promulgação e continha o seguinte teor: “Na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito a compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição”.

A observação rápida do enunciado dá a impressão que o valor já pago será devolvido sem qualquer correção e que sua restituição poderá não ser integral, haja vista o veto mencionado. Não há uma indicação clara de quanto deverá ser restituído, assim, pode-se postular pela devolução de uma pequena quantia e sem qualquer correção, entretanto a interpretação da norma em exame deve levar em consideração todos os princípios que regem os contratos, ainda mais os relativos ao consumo, que gozam de maior proteção por serem normas de ordem pública.

Há de se defender que, uma retenção exagerada e a devolução sem atualização monetária fere um dos princípios basilares: o do agir de boa-fé, além do hoje expresso princípio que veda o locupletamento indevido (art. 884, CC) e desta maneira, à guisa de exemplo, julgou o Superior Tribunal de Justiça³⁶⁶, em recurso especial, pela nulidade de cláusula contratual que determinava a devolução das parcelas pagas, relativas à compra e venda de imóvel, após o término da construção, considerando-a ofensa ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Fica claro que os princípios que norteiam aplicação do direito nas relações consumeristas, além de serem normas a serem cumpridas, norteiam a adequada interpretação de todo o sistema, até porque o artigo 53, sob exame, não determina quando deverá ser feita a devolução, da mesma maneira que há de se restituir em valor razoável e com a devida correção.

Neste caso parece haver um conflito entre uma regra e um princípio, haja vista que o disposto no art. 53 pode levar uma aplicação pouco abrangente da proteção ao consumidor, ao contrário do que afirma o Código de Defesa do Consumidor como um todo, porém o princípio que veda o enriquecimento indevido é utilizado como uma ferramenta de interpretação do *caput* do referido dispositivo, sendo aplicado com força coercitiva, isto é, não se permite uma retenção exagerada, determinando-se uma devolução equitativa. Para dar força ao argumento, vislumbra-se que o princípio de proteção ao consumidor é extraído da Constituição Federal, haja vista que inc. XXXII, do art. 5º, ordena ao Estado promover sua defesa.

³⁶⁷ *Teoria geral do direito civil*, p. 76.

realização do fim visado com o contrato³⁶⁸.

Nesse caso, a própria Constituição brasileira configura os limites ao referido princípio da liberdade, uma vez que os princípios dela emanados se auto-limitam. Assim, o conceito extraído da regra contida no inciso IX, do artigo 5º. da Constituição, que garante o direito à liberdade de expressão artística, intelectual, científica está limitado pelos incisos XLI e XLII³⁶⁹ do mesmo artigo. A liberdade de manifestação não poderá ter conteúdo discriminatório de raça.

Apreciando a aplicação dos princípios, Mota Pinto³⁷⁰ entende que a ordenação das normas de direito privado requerem mais do que um aspecto formal, mas também substancial ou material, sendo certo que os princípios lhe dão sentido e função, “na medida em que modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os seus elementos normativos”.

Para Chaïm Perelman, “com a criação de uma antinomia entre uma disposição do direito positivo e uma regra de direito não escrita, limita-se o alcance do texto e cria-se uma lacuna que o juiz preencherá de acordo com a regra de direito não escrita”³⁷¹, mas isso somente poderá acontecer se a norma escrita não for a adequada para a solução do caso, obrigando a aplicação do art. 4º da LICC, como já visto.

Lacuna, portanto, não é antinomia, mas o que Perelman quer dizer é que há um aparente vazio legislativo, que pode ser resolvido com a utilização dos princípios. Pode-se definir como lacuna a falta de regra escrita para a solução do caso concreto, mas o fato nunca deixará de se subsumir a uma norma, como, aliás, determina o referido art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil. Engisch³⁷², contudo afirma que há um princípio da plenitude do ordenamento jurídico, o que somente pode ser entendido, e aqui não se está mais fazendo referência ao autor, se for possível compreender o ordenamento com normas e princípios que se possam extrair do Direito natural, do modo abordado nesse trabalho, pois um ordenamento baseado apenas de forma positivada jamais poderá ser entendido como

³⁶⁸ *Idem*, p. 78.

³⁶⁹ BRASIL. CF – art. 5º.:

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

³⁷⁰ *Ob. cit.*, p. 81.

³⁷¹ *Lógica jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 194.

completo.

Guastini, ao analisar como acima exposto, que os princípios são utilizados na produção, interpretação e integração do direito, entende que não se vislumbram conflitos dessa natureza, visto que o princípio tem a função de “parâmetro de legalidade” da regra que lhe é subordinada, assim como se utilizado na sua função interpretativa, em que os princípios assumem “superioridade” em relação à disposição explanada³⁷³, porém não se pode deixar de observar que sua opinião está limitada à visão positivista do sistema jurídico, que impede qualquer outra maneira de compreender o fenômeno.

Por outro lado, Humberto Ávila não concorda com essa afirmação, pois considera que a regra deve prevalecer, a não ser por uma razão extraordinária que impedisse sua aplicação³⁷⁴, uma vez que as regras e princípios teriam funcionalidade diversa, concluindo:

As regras consistem em normas com pretensão de solucionar conflitos entre bens e interesses, por isso possuindo *caráter ‘prima facie’ forte e superabilidade mais rígida* (isto é, as razões geradas pelas regras, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo maior para serem superadas); os princípios consistem em normas com pretensão de complementariedade, pois isso tendo *caráter ‘prima facie’ fraco e superabilidade mais flexível* (isto é, as razões geradas pelos princípios, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo menor para serem superadas)³⁷⁵.

Por fim, considerando-se a antinomia com uma norma escrita, os princípios gerais são de elevada importância, haja vista que assumem uma superioridade axiológica sobre a norma positivada, sendo eficazes para a solução do conflito, na medida em que contribuem para a sua adequada interpretação, pois, com toda sabedoria e o tempo dedicado ao estudo, Limongi França demonstrou que é a lei que dá autoridade à aplicação da regra, uma vez que, “o império da Lei deve ser respeitado, sob pena de sossobramento do próprio princípio natural da autoridade, sem o qual nenhum poder assistirá ao aplicador”³⁷⁶, restando, conforme o caso, os meios judiciais para invalidá-la.

³⁷² *Op. cit.*, p. 309.

³⁷³ *Op. cit.*, p. 199/202.

³⁷⁴ *Op. cit.*, p. 85.

³⁷⁵ *Idem*, p. 84.

³⁷⁶ *Princípios gerais do direito*, p. 219.

Idem, p. 220: “Com efeito, a regra normativa *commune praeceptum*, o próprio conteúdo geral do mandamento que encerra, faz com que, por vezes, ela seja justa sob um aspecto e injusta sob outro. Entretanto, sem querer ferir a esta altura, por descabido, o problema da resistência à Lei quando injusta, lembraremos que, segundo a doutrina mais equilibrada, essa resistência só é naturalmente admissível, em caso de injustiça *gravíssima*, e se, uma vez levada a efeito, não ocasiona *dano maior* à sociedade.”

O que se verifica é que a sociedade elegeu a superveniência da lei escrita sobre os princípios, o que se pode chamar de princípio da prevalência da lei positivada, já que se parte do pressuposto que o legislador obedeceu ao imperativo contido no princípio que lhe deu suporte.

Se for possível defender a tese contrária, isto é, de que os princípios gerais prevalecerão sobre a norma positivada, além das possíveis arbitrariedades que poderiam gerar, é confundir a moral com o direito e as regras de fundo moral são apenas um dos conteúdos que a norma pode apresentar, porém na medida em que o direito ganhou autonomia e passou a regular relações jurídicas essa discussão não pode permanecer, ainda que se reconheça a interferência da moral na criação da norma, até porque cada sociedade elege sua estrutura, de acordo com os fundamentos que lhe são importantes para sua manutenção equilibrada e perene. Todavia, os princípios gerais são extraídos do sistema jurídico e deverão prevalecer em especialíssima situação.

Os princípios gerais serão utilizados como importante instrumento de adequar a norma escrita aos critérios de justiça, razão pela qual se é contrária a um conteúdo justo poderá e deverá ser revista pelos meios adequados, sob a égide da confiança nas relações jurídicas, criadas por leis emanadas de um poder soberano, com a autoridade conferida pela escolha ideológica de determinado agrupamento humano. Nesse sentido há de se dizer que os princípios gerais do mesmo modo são escolhas políticas, visto como um conjunto de ações que estruturam o Estado.

Dessa maneira, a Constituição Federal optou pelos princípios que dariam suporte ao Estado brasileiro e a partir destes todas as regras nela contidas e as que lhe forem inferiores devem preferir aquela seleção, razão pela qual, parte-se da premissa que as normas positivadas não entrarão em conflito com um princípio geral, todavia, na infelicidade dessa ocorrência o próprio sistema encontra os modos de corrigi-lo, já que a norma não era a desejada pela sociedade.

Há alguns anos no Brasil nasceu, mas não se desenvolveu, uma teoria do direito alternativo, que era uma forma de adaptação da jurisprudência a um direito engajado sociologicamente³⁷⁷, porém seus apologistas não conseguiram criar bases teóricas que lhes

³⁷⁷ Para um dos defensores do movimento alternativo, José Maria Ramos Martins, professor de sociologia e filosofia do direito, em palestra proferida na abertura da II Semana Maranhense de Direito Alternativo, realizada em 22.11.1993 e publicada com o título – *Da noção de direito natural à de direito alternativo*, e na

justificasse, por falta de orientação científica que demonstrasse resultados práticos sem resvalar em escolhas políticas pessoais do aplicador do direito no caso concreto, ferindo os valores escolhidos pelo grupo social, muito embora o movimento tenha surgido como um repúdio ao positivismo jurídico, como se não houvesse outro modo de fazê-lo³⁷⁸.

Não se está aqui fazendo uma defesa positivista do sistema, ao contrário, mas da justiça, esta que é emanada do Direito natural, em sua visão clássica, porém, uma vez que se vive na sociedade de prevalência da lei escrita, esta tem que ser trazida ao acordo com a regra máxima, trabalho feito pela doutrina e jurisprudência³⁷⁹, visto que na sociedade devidamente estruturada não é possível a defesa de uma desobediência civil, muito embora possa ser considerado que uma lei injusta não é direito, mas uma mera aparência de direito que não chega a ser norma, no dizer de Ricasens Siches³⁸⁰, todavia há situações que a norma geral, ainda que justa é injusta para o caso concreto.

Mesmo na possibilidade de uma norma ser injusta para a situação individual, por contrariar algum princípio geral, terá o juiz os instrumentos para interpretá-la de modo

sua escancarada apologia: “A idéia, portanto, de alternatividade no campo do direito, de captação de um direito mais harmônico, é sociologicamente possível. Se a sociedade não é homogênea e anisótropa, a unidade do direito é apenas *conceitual*. A indiscutível plurissegmentação social gera, necessariamente, uma pluralidade de direitos, todos autênticos, uma vez que, do ponto de vista da ciência social, direito é processo de adaptação dos homens entre si, dos homens e os círculos sociais intercorrentes, e dos círculos sociais entre si. O direito alternativo, portanto, se apresenta com solução de situações em curso, no dinamismo próprio das adaptações sociais. Não é apenas, como afirmam alguns, mera utopia ou criação racional. Os estudiosos do assunto têm buscado algo concreto, real, como hipótese alternativa e aplicar-se no processo mesmo das mudanças sociais, das relações sociais em transformação”. (*Pluralismo jurídico e novos paradigmas teóricos*, p. 34)

³⁷⁸ Assim é que outro defensor do tema, Agostinho Ramalho Marques Neto, psicanalista e professor de Filosofia do Direito, confirma esta análise: “Algo de extremamente fecundo que a questão do Direito Alternativo traz para a análise do estatuto teórico do Direito é que, de saída, ela já aponta para outro lugar. A concepção de Direito Alternativo está animada de uma profunda convicção da insuficiência do Direito Positivo. Recusa-se a admitir que o Direito seja só isso. Por outro lado, pressupõe uma implicação teórica e política do sujeito, uma posição de não-neutralidade desse sujeito em face do seu objeto de investigação. Pressupõe, também, que esse sujeito tenha uma vigilância crítica perante suas próprias concepções e perante sua prática, evitando a mera militância dissociada de uma fundamentação teórica, que acaba conduzindo a uma visão maniqueísta das relações entre os direitos alternativo e oficial, como se o primeiro tivesse de ser, necessariamente, a negação do segundo. O Direito Alternativo não está, portanto, de modo algum, preservado de ser ele próprio dogmatizado, afirmado com verdade absoluta que se põe acima de qualquer discussão”. (*Sobre a crise dos paradigmas jurídicos e a questão do direito alternativo*, palestra proferida na II Semana Maranhense de Direito Alternativo, 22.11.1993, publicada em *Pluralismo jurídico e novos paradigmas teóricos*, p. 74)

³⁷⁹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*, p. 409: “A dialética parte do concreto, da *observação das coisas* das quais se esforça para descobrir a ordem inteligível. Confrontando opiniões, refletindo sobre pontos de vista diversos, ela chega a conclusões, que Aristóteles chamava de *oroi*, definições explícitas acerca do que é a coisa disputada. Estas conclusões serão falíveis, não demonstrativas, imitações sempre falhas da lei da natureza viva, que jamais nossas fórmulas escritas conseguiram fixar.

Assim nasceram as regras de direito. É isso que funda sua autoridade, e que permite também medir-lhes a insuficiência.”

razoável e equitativo, já que fará a opção pelo princípio da segurança das relações jurídicas³⁸¹ e se a situação fática parecer demasiadamente injusta, por afrontar um princípio relativo à dignidade da pessoa humana, é bem possível que os fatos avaliados não se subsumem à hipótese de incidência da norma apreciada, que com prudência será observado.

Todavia, há de se considerar a possibilidade de que um princípio seja aplicado em lugar da norma escrita, na hipótese da regra ferir o princípio de proteção à dignidade humana, relacionadas, por exemplo, ao estado de filiação, ou a título de ilustração, pode-se pensar na ordem de vocação hereditária, em que o legislador presume laços de afeto, daí porque não é possível compreender a confecção de regras distintas para a sucessão do cônjuge ou do companheiro supérstite, uma vez que não há qualquer dúvida que o que lastreia a família, constituída do modo que for, são os laços de afeto e respeito, do contrário não haveria a união.

Não há fundamento para distinções entre os herdeiros, pois o que fundamenta o direito sucessório é o afeto e a lei civil faz presumir esses laços quando não determinados por escolha em disposição de última vontade e é o que decorre de sua natureza.

Portanto, pode o juiz interpretar as normas relativas à sucessão *causa mortis* de modo a considerar a união estável e o casamento com a mesma amplitude de direitos, motivo pelo qual não se pode dar interpretação literal aos artigos que restringem os direitos do companheiro em relação ao cônjuge como herdeiro, pois dessa forma o princípio da dignidade humana prevalece sobre a norma positivada.

É de Karl Larenz que vem a melhor atenção aos limites do desenvolvimento do direito superador da lei, uma vez que não se pode deixar de lado a divisão de funções entre a atividade do Legislativo e a administração da Justiça, pois não é porque uma regra está em desacordo com os princípios podem os tribunais criar um novo direito, o máximo que estão aptos a fazer é declarar nulo um direito que está em desacordo com um preceito constitucional³⁸², portanto o limite está no cumprimento de suas funções.

³⁸⁰ SICHES, Luis Recasens. *Introduction al estudio del derecho*, México D.F.: Editorial Porrúa, 1970, p. 236.

³⁸¹ *Idem*, p. 237: *Al hacerlo así, se guiará por la importancia que tiene el valor de la seguridad, al cual, aunque de rango más bajo que el de la justicia, es una frente vital de inspiración para el Derecho. Y muchas veces, aunque ello resulte hiriente y doloroso, hay que sacrificar un poquito de la justicia en aras del orden y de la seguridad.*

³⁸² *Metodologia da ciência do direito*, p. 607.

Para Larenz os juízes não podem abstrair com fundamentos que não sejam jurídicos, mas que exigem uma decisão política, o que é de competência do legislador, explicando³⁸³:

Os tribunais deviam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador os tribunais deviam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite de sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível.

Note-se que não é a mesma situação especificada acima, sobre a interpretação em favor do companheiro na sucessão *causa mortis*, desde logo não está a se criar um direito, ainda mais fundamentado em uma vertente de inspiração política, mas de configurar a regra nas exatas medidas trazidas pelo escopo legislativo, além da interpretação sistemática e os princípios constitucionais, dentro dos limites interpretativos adiantados por Larenz.

1.4 - Conflito entre princípios

Em primeiro lugar é necessário verificar se há verdadeiramente um conflito entre princípios, ou apenas uma afirmação de categorias que o reafirmem, como Canaris demonstra, tratando-se de *limites imanes*³⁸⁴, que trazem significado ao princípio:

Assim, por exemplo, seria incorreto falar de uma ‘contradição’ entre o princípio da autonomia privada e a regra do respeito pelos bons costumes, nos termos do § 138 do BGB. Pois como qualquer liberdade, a verdadeira liberdade inclui uma ligação ética e não é arbitrio; assim também os limites dos bons costumes existem, de *antemão* dentro da autonomia privada; falar aqui de uma ‘contradição’ conduz a uma absolutização da idéia de autonomia privada que confunde o seu conteúdo ético-jurídico e desnaturaria, e assim, o próprio princípio.

³⁸³ *Idem*, p. 609.

³⁸⁴ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 202.

Ainda em Canaris, convém esclarecer o que ele denomina como *oposição*³⁸⁵ e não contradição, sendo que a oposição é freqüente, visto ser inerente à essência dos princípios, desde que eles sejam observados individualmente sem sua implicação limitativa de aplicação a determinado destino a que se aplicam. Para dirimir essa questão, critérios são adotados.

Para a aplicação de princípios de categorias hierárquicas diversas, não resta dúvida, o superior será aplicado em detrimento ao de categoria inferior; a par disso existem os critérios cronológico e da especialidade, que dirimem qualquer incerteza sobre qual aplicar no caso concreto, mas o problema surge quando os princípios estão no mesmo nível de categoria.

Em se tratando de princípios de mesmo nível surge o grande embate de qual deve prevalecer, mas do mesmo modo como visto acima, aplicar-se-á aquele que melhor garanta os direitos que a sociedade elevou à hierarquia de maior importância para a existência civilizada do grupo.

O Supremo Tribunal Federal é chamado com freqüência a efetuar essa escolha, quando em contraste princípios emanados pela Constituição Federal, logo da mesma situação hierárquica, como visto em suas decisões. Assim, quando se decidiu³⁸⁶ qual o prazo prescricional para a propositura da ação reparadora de danos, decorrente de contrato de

³⁸⁵ *Idem*, p. 205: “Contra a opinião de ENGISCH não se deve considerar semelhante ‘compromisso entre dois diferentes princípios gerais’ da ordem jurídica como uma contradição, mas sim como uma oposição. Pois uma contradição é sempre algo que não deveria existir e que por isso, sendo possível, deve ser eliminado ou seja, como diz ENGISCH, uma desarmonia, enquanto as oposições de princípios aqui em causa pertencem necessariamente à essência de uma ordem jurídica e só a esta dão o seu pleno sentido; eles não devem, por isso, de modo algum ser eliminados, mas antes ‘ajustados’ através de uma solução ‘intermediária’, pela qual a sua oponibilidade interna se ‘resolva’ num compromisso, no duplo sentido da palavra”.

³⁸⁶ BRASIL. STF. Ementa: “A Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto por empresa aérea contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cível e Criminal de Natal/RN que entendera que, no conflito entre normas do Código de Defesa do Consumidor - CDC e da Convenção de Varsóvia sobre a prescrição, em ação de indenização do passageiro contra empresa aérea, prevalecem as disposições mais favoráveis do Código, que estabelecem o prazo prescricional de cinco anos. A recorrente sustentava ofensa aos artigos 5º, § 2º, e 178 da CF. Na linha do que firmado no julgamento do RE 214.349/RJ (DJU de 11/6/99), afastou-se a apontada violação ao art. 5º, § 2º, da CF, por se entender que ele se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, a qual trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional. Considerou-se, entretanto, que, embora válida a norma do CDC quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo, em obediência ao disposto no art. 178 da CF (“A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”), prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, que estabelece o prazo prescricional de dois anos.” (RE 297.901, Rel. Min. Ellen Gracie, Informativo 418).

transporte aéreo, optou pela aplicação da Convenção de Varsóvia³⁸⁷, que no artigo 29³⁸⁸ em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, estabelece o prazo de dois anos para a propositura da ação, enquanto o CDC, no art. 27, prevê cinco anos³⁸⁹. Interessante notar que entre escolher o princípio da proteção do consumidor e o da reciprocidade, escolheu o último.

À primeira vista, o princípio que norteia a defesa dos consumidores, extraído da substância constitucional tem maior relevância que o princípio da reciprocidade e o interesse dos consumidores prevalece sobre o das empresas aéreas, no entanto o Supremo escolheu em prejuízo da lógica racional, que inclusive acompanha outras de suas decisões, como quando decidiu pela utilização de prova ilícita em nome do princípio do interesse público³⁹⁰. Ao que se demonstra das decisões, não há uma técnica na escolha do princípio prevalente.

Essa indicação de prevalência dos princípios há de ser um ato racional, embasado em técnica científica, não um ato com fundamentação política, sob pena de contrariar o bom senso nas decisões judiciais.

³⁸⁷ Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, assinada em Varsóvia em 1929 e promulgada pelo Decreto 20.704 de 24.11.1931, com a redação do Protocolo de Haia de 1955, promulgado pelo Decreto 56.463, de 15.06.1965.

³⁸⁸ Art. 29 – 1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

³⁸⁹ Art. 27, CDC – Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

³⁹⁰ “Objecção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.” (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03)

1.4.1 Ilustração casuística da questão

A fim de ilustrar a situação, examinemos a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade³⁹¹, proposta pelo procurador-geral da República, em que se debatia a colisão de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Logo, há um conflito entre o princípio da reserva legal, disposto no artigo 225, IV da Constituição Federal³⁹² e o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, princípio extraído do artigo 225 como um todo.

Assim, a ação visa a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, “caput” e §§ 1º a 7º da Lei nº 4.771, de 15/09/1965 (Código Florestal), na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001³⁹³ e para tanto foi pedida medida cautelar que o Tribunal Pleno não a referendou, por maioria de votos, mantendo a constitucionalidade do dispositivo até

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3540 / DF - medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - Relator: Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 01/09/2005 - Tribunal Pleno - Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

³⁹² BRASIL. CF. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (...).

³⁹³ Art. 4º - A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o ‘caput’ deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘c’ e ‘f’ do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.

final decisão. Seu objetivo é que somente com autorização legislativa poderá haver exploração de área declarada de preservação, sem considerar que a o próprio Código Florestal é esta lei.

Com a análise minuciosa da questão, o STF vislumbrou um conflito aparente de princípios, aplicando o direito de maneira a harmonizá-lo com a necessidade de desenvolvimento econômico, com a seguinte afirmação: “a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente”³⁹⁴.

O mesmo dispositivo constitucional apresenta uma série de princípios, mas ao considerar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, permite sua exploração econômica, portanto veda e permite ao mesmo tempo, daí se buscar o conceito de equilíbrio, solução que ora se busca nesta decisão, ou, por que não dizer, de bom senso.

Em raso exame há a impressão que se está discutindo qual o princípio mais importante: a preservação ecológica ou o desenvolvimento econômico, os dois de mesma hierarquia. Poder-se-ia afirmar que a preservação visa um direito perene, de interesse de todas as gerações futuras, enquanto o desenvolvimento econômico é de interesse imediato, como sustentou o voto do Ministro Marco Aurélio ao se decidir pela inconstitucionalidade do dispositivo e a necessidade de se manter a cautelar³⁹⁵, o que faz lembrar a seguinte lição de Perelman:

O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos³⁹⁶.

³⁹⁴ Segundo o relatório do acórdão, p. 40.

³⁹⁵ Nos termos do voto: “Presidente, para mim, seria suficiente esse aspecto para o endosso de um ato da Presidência, um ato de Vossa Excelência – que já evoluiu, ou involuiu -, que repercutiu muito na imprensa. Hoje, entendo, até mesmo, o móvel dessa repercussão, no que ouvi cinco sustentações da tribuna; todas elas, ou quase todas, calcadas em um interesse isolado e momentâneo: o interesse econômico. Não ouvi, a não ser a do Procurador-Geral da República, autor da ação, uma única voz em defesa do meio ambiente, do ato de Vossa Excelência.”

Mais adiante: “Termino dizendo: pobre Mãe-Terra, pobres gerações presente e futuras no que se acaba por olvidar os parâmetros da Carta da República, os parâmetros voltados à preservação, tanto quanto possível, do meio ambiente, à integridade do meio ambiente, ao respeito ao meio ambiente, no que indispensável ao bem-estar do próprio homem.”

³⁹⁶ *Lógica jurídica*, p. 203.

A interpretação e aplicação do direito não deixam de ser uma tarefa de construção, mas sem que se esvazie a importância da atividade do Poder Legislativo, haja vista que a norma também é emanada de outras fontes, como o do direito costumeiro, sendo a jurisprudência uma forma de expressão na prática, até porque não se pode olvidar o artigo 5º. da LICC³⁹⁷.

Karl Engisch, no caso de conflito entre princípios, entende de maneira pragmática o seguinte:

Por toda a parte se fazem notar na ordem jurídica atritos entre os princípios supremos de todo e qualquer Direito, designadamente os princípios da justiça, da oportunidade prática e da segurança jurídica. Nenhum destes princípios pode ser atuado na sua pureza, um deles há de, em certos casos, ser sacrificado total ou parcialmente a outro.³⁹⁸

Observa ser necessário verificar qual a relevância que lhes pode ser atribuída, já que as contradições entre os princípios são contradições valorativas³⁹⁹.

Limongi França indica a técnica de aplicação dos princípios, a seguir exposta⁴⁰⁰:

I – Só podem ser invocados à falta de lei, ou que a questão não se resolva de acordo com os costumes;

II – São aplicáveis não só os que informam o sistema positivo, mas também os princípios gerais essenciais, ou seja, aqueles estáveis, que não mudam com o passar do tempo⁴⁰¹, ainda que não desejado pelo legislador;

III – Os princípios contingentes, aqueles que informam o sistema positivo, preferem os essenciais;

IV – A ordem de aplicação é de generalização crescente, no que se refere aos princípios essenciais, todavia, quanto aos contingentes, devem ser primeiro utilizados os relativos aos costumes, para depois se chegar aos os princípios decorrentes dos Direitos dos Povos Cultos, indicados pela doutrina e pelo estudo de direito comparado;

V – Por fim, deve ser considerada a natureza das instituições:

Essa é a melhor maneira de superar eventuais conflitos, seguindo-se a ordem

³⁹⁷ Essa relevância da jurisprudência, inclusive, vem sendo implantada pelo próprio legislador, como se pode verificar da recente Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a “súmula vinculante”.

³⁹⁸ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 319.

³⁹⁹ *Idem*, p. 321.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 218.

⁴⁰¹ *Idem*, p. 201.

apresentada acima, sem que se crie qualquer contradição na avaliação da solução dos conflitos e a melhor maneira de se prolatar decisões justas e, portanto, legítimas.

1.5 – Conclusão

Dependendo da linha de pensamento a que cada doutrinador faz parte, os princípios gerais serão mostrados com conceito, natureza, conteúdo e alcance diverso, todavia não deixam de ser apresentados como uma baliza de conduta humana que busque otimizar um comportamento justo e equânime.

Princípio é começo, começo de justiça, que nunca se perde em essência e está em seu âmago, daí porque, se o princípio é escrito ou não, será sempre um modo de representá-la, sejam eles criados pela fonte do Direito natural ou que se extrai do ordenamento vigente.

Para o direito brasileiro, os princípios gerais receberam tratamento de importância, tanto que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que, na ausência de lei, o juiz poderá decidir de acordo com os mesmos, muito embora a diversidade de opiniões sobre se são norma ou modo de interpretação do direito.

O referido art. 4º da LICC indica que os princípios gerais possuem conteúdo interpretativo, pois se trata de uma regra de hermenêutica, todavia há de se reconhecer seu valor normativo, mas fica claro que estes dão unidade ao sistema jurídico, o que somente ocorre com a compreensão de sua característica coercitiva, porque decorrem dos anseios da sociedade por justiça e harmonia, que dependerão de seu momento histórico, econômico e social, contudo não deixam de ser uma fundamentação interpretativa, visto que devem inspirar o legislador e a integração das demais normas.

Para a superação de lacunas, os princípios gerais adquirem a inevitável força coercitiva, já que nenhum ordenamento é completo, muito embora o sistema de preenchimento do vazio legislativo somente permita que os princípios sejam encontrados dentro do sistema, mesmo que uma norma escrita possa colidir com um princípio geral, isto é, uma antinomia.

Considerando-se a antinomia, ainda que de conteúdo axiológico, o que não se confunde com lacuna, os princípios gerais são de elevada importância, haja vista que assumem uma

superioridade sobre a norma positivada, sendo eficazes para a solução do conflito, na medida em que contribuem para a sua interpretação, restando os meios judiciais para a invalidação da norma, se contrária à justiça ou inconstitucional.

Ponderando uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, a norma escrita deve ser afastada, uma vez que não pode ser considerada como regra algo que afronte o direito.

No tocante ao conflito entre os princípios, deve-se ter em conta a hierarquia entre eles, ou seja, os princípios contingentes, aqueles que informam o sistema positivo, preferem os essenciais, os estáveis, que não mudam com o passar do tempo. Ainda, quanto aos essenciais, deve-se partir da ordem de generalização crescente, primeiro os relativos aos costumes, depois os decorrente dos Povos Cultos, que são indicados pela doutrina e pelo estudo do direito comparado. Por fim, o critério visa observar qual a natureza da instituição analisada.

2 – OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NO CÓDIGO CIVIL

Para a compreensão da futura distinção que se fará entre os *princípios* gerais e os *standards* jurídicos, faz-se necessário a apreciação dos princípios inseridos no Código Civil, principalmente sobre aqueles que estão intimamente ligados às situações negociais, alçados à categoria normativa, mas que por isso não perderam a natureza original imanente à justiça que advém da necessidade humana e de serem complementares ao sistema jurídico.

Tem-se no Código Civil vários princípios consagrados e extraídos de seu conteúdo, porém interessa a esse estudo os princípios da boa-fé, da razoabilidade, da probidade e o recentemente festejado, com certo exagero, da função social do contrato, ou melhor dizendo, da socialidade, já que são eles que harmonizam as relações jurídicas e mantêm sua confiança, assegurando a continuidade dos vínculos humanos, porque sobre os quais se fundamentam as bases do regime contratual, de propriedade entre outros, dando-lhe estrutura.

2.1 Princípio da socialidade

Na constante evolução interpretativa, o legislador civilista encaminhou o aplicador do direito ao princípio da socialidade, como confirmam expressamente as motivações da nova codificação, assim como pela leitura de seus artigos, alguns explícitos no sentido de que, por exemplo, o contrato e a propriedade devem cumprir sua função social, seguindo a linha de que não se conforma mais com o individualismo e o liberalismo econômico, mas com a socialidade do direito.

Socialidade, que quer dizer instinto social⁴⁰² e não é o mesmo que tornar social, do mesmo modo nada se refere a socialismo, um regime político-econômico que visa suprimir o capitalismo.

Em relação à socialidade é importante delinear se essa escolha pode estar comprometida com aspectos políticos e econômicos, ou então indagar se seria possível entendê-la sem essas referências, mesmo porque nossa Constituição Federal fundamenta-se em um Estado Democrático de Direito – art. 1º, com os objetivos de alcançar uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento do País, erradicar as diferenças econômicas e sociais e promover o bem estar de todos – art. 3º. Essa organização é o que legitima as demais regras constitucionais, assim como as normas que lhe são hierarquicamente inferiores e sua interpretação.

Não há nenhuma novidade, Alípio Silveira já reconhecia a influência do regime político na interpretação das normas, assim como na sua elaboração, ainda mais em períodos em que liberdade de expressão não era uma constante, como afirma: “Que o caráter da legislação depende do regime político social é uma verdade bem velha, que o atual surto totalitário contribui para realçar”⁴⁰³.

As imposições interpretativas são delineadas pelas constituições, variando de acordo com os regimes políticos e intenções econômicas preferidas em determinado momento histórico, razão pela qual ora temos constituições mais rígidas e em outros momentos com uma flexibilidade de valores, assim como diz Paulo Bonavides:

*A teoria das Constituições, produto da razão humana, ou seja, de reflexões racionalistas acerca de um modelo lógico de organização política da Sociedade, conduziu à elaboração de uma primeira camada de Constituições, de acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista*⁴⁰⁴.

Naquele momento pós Revolução Francesa, quando havia uma grande inquietação para se evitar a volta do velho regime absolutista, com os privilégios da elite, o que culminou na promulgação da Constituição francesa de 1791, porém ainda com a manutenção da monarquia, quando a igualdade entre os cidadãos era uma falácia, haja vista que somente os homens, proprietários de terras e com determinada renda poderia fazer parte da

⁴⁰² SOCIALIDADE. *Dicionário Houaiss*: O mesmo que sociabilidade. Instinto social.

⁴⁰³ *Interpretação das leis em face dos regimes*, São Paulo: Tipografia Paulista, 194?, p. 175.

⁴⁰⁴ *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 225.

Assembléia Nacional, ou seja, contrariava seus fundamentos, todavia as diretrizes que apontava eram para a liberdade e igualdade entre os homens e assim deveriam ser estabelecidas as bases interpretativas das leis que lhe estavam submetidas, inclusive decorrentes de direito privado.

Por esse modo, é compreensível que as constituições pós-revolucionárias tenham por escopo evitar uma contra-revolução e somente quando as instituições se encontram consolidadas é possível abrandar sua inflexibilidade.

Em outro momento o Estado liberal é agraciado pelas constituições, como a francesa de 1830, com o incremento do capitalismo, razão pela qual o Estado não deveria intervir nas relações privadas, o que de certa maneira contribuiu para o desenvolvimento industrial e o enriquecimento das nações sob a égide burguesa, porém não satisfazendo, e em voga as filosofias que construía um estado social, culminou em uma crise em que a sociedade, principalmente após a I Guerra, ansiava por um equilíbrio social, que pôde ser representada pela constituição alemã de 1919, conhecida por Constituição de Weimar, promulgada logo após a derrota acachapante da Alemanha, ainda no berço da república democrática-social. Instituiu direitos sociais, entre eles a desapropriação por interesse social, mesmo nos paradoxos que criou entre um programa reformista para um novo estado e uma política pública conservadora, como seu art. 153 que estabelecia: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral”.

As políticas públicas para o bem estar do povo também passam pelo direito das relações privadas, pois refletem no sistema social, além da premissa de que a nossa sociedade é composta de homens livres e iguais, com um ideal de razão pública, que para John Rawls cumpre um dever de civilidade, que “é parte da base política e social da paz e da compreensão entre os povos”⁴⁰⁵, em que todos são chamados a participar para a realização de uma justiça básica e:

Em uma sociedade nacional, esse ideal é a realizado ou satisfeito sempre que juízes, legisladores, executivos e outros funcionários do governo, assim como candidatos a cargo público, agem a partir da idéia de razão pública e em conformidade com ela, e explicam aos outros cidadãos as suas razões para sustentar questões políticas fundamentais em função da concepção política de justiça que consideram ser a mais

⁴⁰⁵ *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 73. O autor lecionou filosofia em Harvard e conhecido como o principal teórico da democracia-liberal.

razoável. Dessa maneira, cumprem o que chamo o seu dever de civilidade para com os outros cidadãos. Portanto, se juízes, legisladores e executivos agem a partir da idéia de razão pública e em conformidade com ela, isso é demonstrado continuamente pelo seu discurso e pela sua conduta.⁴⁰⁶

Claro que Rawls representa um pensamento deomocrata-liberal de justiça, modelo escolhido por nosso País, apoiado na idéia de tolerância e pluralismo do Estado Democrático de Direito, em contraponto ao neoliberalismo que defende uma economia livre de qualquer ingerência, em que o modelo liberal de um estado não intervencionista dá lugar a um que mantenha um equilíbrio entre a livre iniciativa e a defesa dos interesses sociais.

Não se está aqui a pregar contra a separação dos Poderes, incerto em nosso modelo de país, ao contrário, reconhece-se a necessidade de um sistema político em que há divisões de funções entre o legislador e ao que está garantido na atividade jurisdicional, mas o intérprete das normas está subordinado à hierarquização das escolhas fundamentais do protótipo exigido pela Constituição.

Outro aspecto não se poderia esperar, sobretudo porque o homem sempre viveu em sociedade e dela depende para se reconhecer como ser humano, em uma relação simbiótica que jamais justificaria a visão individualista do direito, que se pode crer ter sido um lapso histórico, comprovado pela mudança de paradigma, pois o ser humano, desde a antiguidade não era visto como um ser isolado, pois ora estava ligado ao cosmo ou, principalmente na época pós-cristianismo, a uma divindade.

Como uma surpresa contemporânea, no País após a edição da Constituição de 1988, a idéia da socialidade pareceu uma novidade, todavia não há como se negar que ela decorre da própria experiência humana, não sendo uma construção fictícia de um legislador ou doutrina que vise compelir à melhoria das relações jurídicas e não é porque está explicitada nos textos legais que deva ser levada em conta, mas porque decorre do fenômeno da experiência humana.

Nas explicações da Comissão Organizadora, presidida por Miguel Reale, está clara essa verdade, como não poderia deixar de ser: que os valores sociais são os inspiradores do direito. Assim, fazem uma constatação óbvia, dando a entender que somente um novo

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 71.

código seria capaz de devolver aos trilhos o direito. De fato o Código de 1916 poderia ter tido uma inspiração individualista, fruto da mentalidade da época, por outro lado a interpretação de suas normas não poderiam fugir da socialidade, até porque a Lei de Introdução ao Código Civil reconhece a diretriz de aplicação da lei coadunada com os fins sociais e às exigências do bem comum – art. 5º. Portanto ao afirmar que, “superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino”⁴⁰⁷.

Em dois momentos o Código Civil faz referência à função social de dois institutos jurídicos: o contrato e a propriedade.

Ordena o art. 421 que o contrato seja celebrado com liberdade, contudo obedecido os limites de sua função social, assim como as disposições finais do Código Civil determina o mesmo objetivo, mas com a afirmação de que um negócio jurídico não prevalecerá se contrariar sua função social, tanto da propriedade como do contrato – parágrafo único do art. 2.035, que não se refere somente aos celebrados sob a vigência do Código revogado, haja vista que a Constituição Federal assim o determinou.

Tanto o contrato como a propriedade das coisas, sejam móveis ou imóveis, surgiram em decorrência da necessidade humana pelo comércio, para a obtenção de bens de consumo e ferramentas para o trabalho, uma das atividades mais antigas da história, uma vez que com a fixação do agrupamento humano em determinadas regiões, pondo fim ao nomadismo, era imperioso a produção e comercialização de bens.

Como princípio jurídico ele constitui um preceito emanado do poder que detém a competência para legislar, sendo um mandamento com caráter de generalidade, ou seja, destina-se a todos e não apenas a uma parcela da população, e mantém a obrigatoriedade de compelir os indivíduos a cumprirem o exercício das regras de boa convivência, como meio de cumprir os fins da dignidade humana.

Com efeito, há que se reconhecer que a finalidade do contrato é econômica e no caso dos relativos à atividade comercial é a obtenção de lucro, situação que não pode ser esquecida quando se aprecia o alcance do princípio relativo à sua função social⁴⁰⁸, portanto

⁴⁰⁷ Exposição de motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil.

⁴⁰⁸ Como, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. STJ. REsp 803481 / GO –Rel. Min. Nancy Andrighi - T3 – j. 28/06/2007 - DJ 01.08.2007 p. 462
Ementa:

socialidade não significa que o contrato não cumpra sua função, mas que ele seja elaborado com os limites que lhe são impostos pelo ordenamento, com o escopo de garantir o respeito à dignidade humana, impedindo, por exemplo, que se agreguem cláusulas que impeçam a revisão ou sua renovação.

Dessa forma, seria o caso de não se permitir a recusa de uma companhia seguradora na renovação de um contrato de seguro de vida por ser o segurado idoso⁴⁰⁹, ou diante da possibilidade de escolha do credor em pleitear a cobrança de parcelas não pagas, obrigar a rescisão de um contrato de compra e venda, com a devolução do bem pelo devedor, o que de fato fere a socialidade imposta pelo direito⁴¹⁰.

Direito civil e agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência.

- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.

- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem

ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

- A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.

Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirir seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial conhecido e provido.

⁴⁰⁹ BRASIL. TJRS: EMENTA: SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO DO CONTRATO. IMPOSIÇÃO DE REAJUSTE DO PRÊMIO POR FAIXA ETÁRIA. IDOSO. 1. A discussão das condições renovação do contrato propostas pela seguradora é direito do segurado. Inteligência do art. 6º, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Caso em que a readequação proposta pela seguradora, ao invés de proporcionar a diluição do risco coberto entre os segurados, suavizando seus efeitos sobre o patrimônio do consumidor, desnatura o contrato, porque o torna demasiado custoso, onerando o patrimônio do segurado ao invés de proporcionar-lhe uma garantia. 3. Consiste prática comercial desleal a imposição de condições de renovação contratual que oneram excessivamente o consumidor. 4. A liberdade de contratar é um instituto delimitado pela função social do contrato. Art. 421 do Código Civil de 2002. 5. Em contratos que não previam inicialmente o reajuste do prêmio em razão da mudança de faixa etária, é abusiva a conduta da seguradora que, em razão da alegada redução de sua margem de lucro causada pelo envelhecimento de seu cliente, eleva o preço da renovação do contrato do consumidor idoso, que certamente encontrará dificuldades insuperáveis para contratar um seguro similar com outra companhia. 6. Honorários majorados. Apelo da ré desprovido e apelo do autor provido. (Apelação Cível Nº 70020916649, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 12/09/2007)

⁴¹⁰ BRASIL. TJSP: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Rescisão - Aquisição de bem imóvel - Atraso no pagamento das prestações – Ajuizamento da ação após regular notificação - Oferta de contestação indicando problemas de ordem financeira – Realização de depósito dos valores devidos – Ausência de

Do mesmo modo, a determinação da Constituição Federal, que permite a progressão da alíquota do IPTU, o imposto que recai sobre a propriedade urbana, com o fim de garantir a socialidade da propriedade, impedindo que sirva de exploração econômica, sem qualquer destinação razoável, que se pressupõe daquele imóvel que não é edificado, subutilizado, ou não utilizado, sendo um modo de impelir o seu uso – inciso II, § 4º, art. 182, CF.

E essa é a diretriz interpretativa, extraída da imperatividade da norma que lhe dá suporte e do âmago da ciência social que é o Direito.

2.2 - Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé constitui elemento essencial para integralizar as relações jurídicas da melhor maneira possível, a fim de que o sistema observe certo grau de unidade e condição de superveniência.

Os romanos já possuíam uma noção do princípio, mas não exatamente como o conhecemos nos tempos contemporâneos, visto que a *bonae fidei* estava incluída no conceito processual de ação, como julgados em que o magistrado tinha maior liberdade para decidir a causa, desde que fundamentadas em critério de equidade.

Ocorre que, anteriormente à lei escrita os costumes já eram fonte do direito e formaram o *Ius civile*, que em parte foi consagrado pela Lei das XII Tábuas, todavia como não eram suficientes para resolver os conflitos, foi dado poder aos pretores para criarem um grande número de pretensões de direito privado, sem que tivessem a lei como apoio para validar suas decisões, mas somente o poder jurisdicional do pretor⁴¹¹, razão pela qual foi criada a *actio bone fidei* ou *bone fidei iudicia*, que teve a força de unir o direito para todos, isto é, não se aplicava apenas aos patrícios, cidadãos romanos, como também aos que mantinham

impugnação - Possibilidade de opção de cobrança ou rescisão assegurada somente à autora ferindo legislação consumerista vigente – Pagamento realizado a afastar prejuízo da autora e a assegurar o acesso a moradia em prol da ré – Função social do contrato atendida – Improcedência da ação – Sentença confirmada – Recurso improvido (Apelação Cível n. 450.057-4/1-00 – São Paulo – 7ª Câmara de Direito Privado – Relator: Elcio Trujillo – 13.09.06 – V.U. – Voto n. 3272)

⁴¹¹ KASER, Max. *Direito romano privado*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmeele, Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1999, p. 36.

relações com eles, mesmo não sendo cidadãos⁴¹². Surgia um *ius praetorium* distinto do *ius civile*.

Os encarregados da jurisdição pretores, *edis curuis*, governadores de províncias proclamavam uma fórmula quando iniciavam suas funções atribuindo uma ação ao queixoso, que no princípio eram orais e passaram a ser escritas, repetidas de uma magistratura a outra se tornavam regras⁴¹³. Portanto, havia ações civis baseadas em norma do *ius civile*, facilmente reconhecíveis, já que as fórmulas são previamente reconhecidas; outras são as ações pretorianas, fundamentadas em norma de *ius honorarium*, em que, como se disse não se utilizavam fórmulas civis, mas é descrita uma situação que irá ser tutelada⁴¹⁴.

Dessa forma, a *fides* era o empenho de manter a palavra dada o que tornava a obrigação jurídica para todos os homens sem distinção⁴¹⁵ e nessa se baseavam a *fidepromissio* e o *bone fidei iudicia*, que estavam legitimadas nas mais importantes obrigações constituídas sem forma, como referência o caso da compra e venda, aluguel ou sociedade, ou seja, fundamentavam-se em *obrigações de boa-fé* e não em uma lei.

Esses negócios não formais, considerados conforme a *bona fides*, atribuíam ao juiz um poder maior para decidir, pois sua interpretação não estava vinculada pela forma, podendo ser apreciada a vontade individual do agente que praticou o negócio jurídico⁴¹⁶ e a boa-fé é o critério com que o juiz deveria julgar a relação jurídica, “como conteúdo da relação obrigacional vale agora tudo o que as partes concordaram sem qualquer forma como causa e conteúdo das obrigações, e também tudo o que sem acordo é de entender como devido nas circunstâncias concretas e tendo em conta os usos locais e a prática geral”⁴¹⁷.

⁴¹² *Idem*, p. 51: Os *bona fidei iudicia* estão a serviço antes de mais das relações entre cidadãos romanos. Porém, dado que não se baseiam na lei mas em ‘obrigações de boa fé’ (*oportere ex fide bona*), eram também aplicáveis a peregrinos. Algumas dessas relações, como a *fiducia* e a *tutela* ficaram limitadas a cidadãos romanos em virtude de sua tipicidade. Os demais *bone fidei iudicia* pertencem ao *ius gentium*, e devido a seu caráter progressivo, deram um forte contributo para a modernização e denacionalização do direito privado o que facilitou a sua aplicação em todas as partes do Império”.

⁴¹³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 90: “Os éditos dos pretores foram uma das fontes mais originais do direito durante o último século da época republicana; uma fonte especificamente romana, de resto, porque não a encontramos em qualquer dos outros sistemas jurídicos. O pretor, prometendo uma ação, criava um direito de que os cidadãos se podiam prevalecer; enquanto que nos direitos modernos o direito é geralmente criado por uma lei, em Roma é o pretor que reconhece um direito atribuindo uma ação, isto é, um meio processual”.

⁴¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, *Direito romano*, vol. I, p. 281.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 50 e 200.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 74.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 200.

A boa-fé, enquanto princípio, também tem o papel de interpretação negocial, assim como norma, com uma natureza mista, como herança da influência romanista⁴¹⁸.

Compreendendo o princípio como conduta a ser adotada, convém a correta apreciação do conteúdo da expressão “boa-fé”.

2.2.1 - Boa-fé no uso social da linguagem

A fé é uma palavra que expressa a extrema confiança em algo que não é possível comprovar. É por fé que se acredita em um Deus todo poderoso, nos milagres; a confiança no intangível. Fé, nada mais é do que confiança, assim boa-fé é a boa confiança, acreditar no que é bom, crer na bondade alheia⁴¹⁹.

A raça humana desenvolveu-se através da possibilidade de comunicação entre os homens, pois pôde transmitir pensamentos e conhecimentos tecnológicos, o que tornou o *homo sapiens sapiens* vitorioso em relação aos demais homínídeos, mesmo porque o uso da linguagem se mostrou uma ferramenta superior a qualquer outra na escala evolutiva, possibilitando aos seres humanos a tentativa de dominar a natureza⁴²⁰.

A linguagem, muito embora pareça comum a todos, representa a condição social do indivíduo e na vasta diversificação brasileira indica a regionalidade, pois presente uma

⁴¹⁸ STOLFI, Emanuele. *Bona fidei interpretatio – recherche sull’interpretazione di buona fede tra esperienza romana etradizione romanistica*, Napolis: Casa Editrice Jovene, 2004, p. 27: *In ogni caso, rimane da segnalare come anche chi ha riconosciuto nell’esperienza antica l’assistenza di ‘qualquer oggettiva regola ermeneutica, ispirata al criterio della buona fede’, non ha mancato di comprimerne l’incidenza, rilevando come ‘più spesso dalla natura di buona fede riconosciuta al negozio si ricavano criteri che non sonodi mera interpretazione, bensì direttamente normativi del relativo rapporto.*

⁴¹⁹ Na referência bíblica a fé tem o sentido de confiança na possibilidade de salvação eterna e é assim que Paulo se refere em Romanos, 10, 9-13: “Portanto, se com tua boca confessares que Jesus é o Senhor, e se em teu coração creres que Deus o ressuscitou dentre os mortos, serás salvo. É crendo de coração que se obtém a justiça, e é professando com palavras que se chega à salvação. A escritura diz: *Todo que nele crer não será confundido* (Is 28,16). Pois não há distinção entre judeu e grego: porque todos têm um mesmo Senhor, rico para com todos os que o invocam, *porque todo aquele que invocar o nome do Senhor será salvo* (Joel, 3,5)”.

⁴²⁰ *A aurora da humanidade*, pág. 37, in História em revista, Time-Life/Abril, 1993:“Por ora, entretanto, as evidências existentes apontam para um *Homo sapiens sapiens* vitorioso, talvez com a ajuda da linguagem, o que implica um golpe de estado evolutivo. Por volta de 30.000 a.C., os seres humanos anatomicamente modernos já haviam alcançado a supremacia sobre todas as outras espécies do planeta. A partir desse momento, o desenvolvimento da história da humanidade deixou de ser o da natureza moldando seres humanos e começou a ser o dos seres humanos moldando a natureza.”

grande variação das maneiras de expressão do idioma português em solo pátrio⁴²¹, todavia o sentido deverá ser comum a todos, muito embora a falta de homogeneidade da língua falada, por diversidade de sotaques ou expressões.

No entender de Yonne Leite e Dinah Callou⁴²²:

A variação existente hoje no português do Brasil, que nos permite reconhecer uma pluralidade de falares, é fruto da dinâmica populacional e da natureza do contato dos diversos grupos étnicos e sociais nos diferentes períodos da nossa história. São fatos dessa natureza que demonstram que não se pode pensar no uso de uma língua em termos de “certo” e “errado” e em variante regional “melhor” ou “pior”, “bonita” ou “feia”⁴²³.

Assim, o art. 112 do Código Civil determina que na interpretação da declaração de vontade nos contratos será observada à intenção nela contida, do que o sentido literal da linguagem⁴²⁴.

Desse modo é que se deve investigar não só o significado literal das expressões que denotem um comportamento de boa-fé, mas também o sentido que os interlocutores queiram lhe dar, consoante a apreciação de cada palavra contextualizada no momento e lugar e desde que transpareçam uma conduta de confiança.

⁴²¹ LEITE, Yvonne e CALLOU, Dinah. *Como falam os brasileiros*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 8: “É de se esperar dessa forma que na extensão do território brasileiro haja uma unidade lingüística, a *língua portuguesa*, mas também diversidade, os *falares brasileiros*. O falante do norte do país não tem a menor dificuldade em entender o falante do sul, embora ocorram diferenças na fonética, na sintaxe e no léxico. Por exemplo, a uma mesma fruta atribuem-se palavras regionalmente diferentes, tais como *tangerina*, *mexerica*, *laranja cravo* ou *bergamota*, *pinha*, *fruta de conde* ou *ata*, *goiba* ou *araçá*, ou seja, opções lexicais próprias de cada região. Essas variações, que são mais flagrantes no vocabulário e na pronúncia, não comprometem a unidade maior de entendimento entre os falantes”.

⁴²² Yonne Leite é doutora em lingüística e Dinah Callou doutora em língua portuguesa.

⁴²³ *Op. cit.*, p. 57.

⁴²⁴ BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 226. Para o autor, os usos sociais da linguagem influenciam as expressões do pensamento, razão pela qual, na interpretação do contrato, deve-se levar em conta os costumes no comércio, sob pena de não se encontrar a verdadeira vontade do contratante: “O idioma se forma através da convivência em sociedade e do uso das palavras como meio de comunicação entre os homens. O uso da linguagem desenvolve-se, diz DANZ, “quando com determinadas palavras, *consuetudinariamente*, normalmente, se designa sempre a mesma coisa”. O *uso social* mais importante, acrescenta, é, pois, a linguagem. Esta pode ser técnica ou vulgar. Pode ser também especial de certa classe, ou de certa localidade ou região. O Cód. Comercial sulinha a importância da linguagem dos comerciantes, do ponto de vista da interpretação dos negócios. Dispõe que as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa” (art. 130)

2.2.2 - A conduta de boa-fé

A doutrina apresenta sempre como um único princípio, apenas denominando-o de princípio geral de boa-fé, mas engloba o de comportar-se com boa-fé e até de que a boa-fé se presume.

Orlando Gomes⁴²⁵ afirma que, “o princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”. Continua ainda o brilhante civilista que, o princípio tem o significado, ainda, de “traduzir o interesse social da segurança das relações jurídicas”, lembrando o Código Civil alemão que exige o agir com lealdade e confiança.

Lógico que como princípio geral norteia, inclusive, a produção legislativa e não só o intérprete, razão pela qual, ao tratar de negócio jurídico o Código Civil – art. 104 - inicia informando que este exige, para sua validade, agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prescrita e não defesa em lei. Sendo, portanto, uma declaração de vontade, o legislador já indica a estrutura do negócio como algo inerente à boa-fé dos contratantes para pactuar sobre objeto lícito, assim como na vontade de gerar efeitos⁴²⁶, já que não se espera a contratação para fins ilícitos.

Nesse mesmo sentido, para algumas categorias negociais é exigível a forma especial de contratar, como o caso de ser necessária escritura pública para a validade de constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis, que tenham valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo previsto no art. 108 do Código Civil,

⁴²⁵ *Contratos*, 15ª ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 42.

⁴²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 21: “Ainda como categoria, o negócio jurídico, em segundo lugar, não é um simples fato, no qual a norma jurídica leva em consideração a existência de vontade (um ato), ele é mais do que isso; ele é uma *declaração de vontade*, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, *as circunstâncias negociais*, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos. O negócio jurídico não é por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma *manifestação de vontade qualificada*, ou uma *declaração de vontade*. Já dizia Saleilles, na abertura de seus comentários aos parágrafos 116 a 114 do Código Civil alemão: “Não é preciso apenas que (a vontade) seja revelada por um fato ou por uma atitude externa, é preciso que ela tenha querido se produzir externamente *como vontade constitutiva de direito*. E a palavra “declaração de vontade” implica este *elemento novo*, que consiste numa finalidade de manifestação jurídica, não somente de irrevogabilidade de manifestação jurídica, mas, se se pode dizer assim, de produção ou de eficácia jurídica”.

Esta exigência de honestidade não é apenas para as partes negociantes, mas para toda a sociedade que aguarda a conclusão de negócios para fins lícitos e negócios desejados para produzirem efeitos.

ou seja, não só para resguardar a boa-fé dos que estão a manifestar a declaração de vontade, em face do valor geralmente alto da transação, mas também para a futura publicidade a terceiros⁴²⁷, visto que somente a escritura pública possibilitará a transferência da propriedade imóvel, por estar dotada de fé pública (art. 215, CC) – art. 1.245, CC), o que garante a maior segurança nesse tipo de negócio.

Do mesmo modo, para a garantia de quem contrata, em respeito à sua boa-fé, ainda que um dos contratantes tenha querido outro conteúdo ou efeito negocial, prevalece a declaração de vontade – art. 110, CC, e quanto a esta, deve ser observado à intenção nela consubstanciada, do que o sentido literal da linguagem, como determinado no art. 112, CC. No último caso, atende-se à boa-fé do que manifestou sua vontade.

Não por outro motivo o art. 113 do Código Civil, sem correspondência legislativa anterior, em que o princípio da boa-fé foi erigido à categoria de norma jurídica, deste modo descrito pelo legislador: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Incluído na categoria legislativa como norma escrita, dá-se a impressão que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 não havia esta exigência, todavia o princípio emergia da interpretação sistemática do Código anterior e não só por isso, mas porque todo o ordenamento deve observar a boa-fé, caso contrário não se estará vivendo em um estado de Direito, mas em um agrupamento de pessoas que vivem barbaramente, sem respeito aos mais mezinhos direitos alheios.

Impossível haver uma sociedade organizada sem que o princípio da boa-fé seja condição de sua existência, dessa maneira há redundância do legislador civilista ao incluir a regra do mencionado art. 113, assim como no a que diz respeito ao art. 422 do Código Civil, isto é, que “os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

No dizer de Darcy Bessone:

O princípio da *boa fé* domina o comércio jurídico, como regra de recíproca lealdade, destinada a dar-lhe segurança. Não é necessário apurar se cada um dos contratantes se encontrava de *boa fé* ao contratar. O intérprete deve atender as disposições contratuais

⁴²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos reais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 127:

O Registro Imobiliário está regulado pela Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e tem como princípios os da publicidade, conservação e responsabilidade. “Pelo atos registrários, seus assentos são de acesso a qualquer interessado. A conservação permite o arquivo permanente e histórico imobiliário. Pelo princípio da responsabilidade, os oficiais respondem pelos prejuízos causados por culpa ou dolo, pessoalmente ou por seus prepostos. Acrescente-se ainda a força probante de fé pública em todos os registros”.

como exige a boa fé”⁴²⁸.

O mesmo diz Orlando Gomes⁴²⁹:

Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato⁴³⁰.

O princípio da boa-fé nada mais é do que a confiança que se deve depositar nas relações jurídicas, caso contrário não haverá direito.

2.2.3 Boa-fé e confiança

Boa-fé, palavra de origem latina, *bona fides*, tem o significado corrente de honestidade, confiança, ou no significado que lhe empresta o *Dicionário Houaiss*⁴³¹, “retidão ou pureza de intenções; sinceridade, ou ainda, convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios”⁴³².

Na compreensão da natureza humana não é possível afirmar que o homem é um ser bom

⁴²⁸ *Do contrato – teoria geral*, p. 226.

⁴²⁹ *Contratos*, p. 42.

⁴³⁰ Não por outro motivo o Código de Defesa do Consumidor, no art. 31, estabelece a necessidade do direito à informação do consumidor sobre o serviço ou produto, assim como o art. 36 determina que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor a reconheça facilmente.

Claudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 104. É o princípio básico da transparência, no dizer de Cláudia Lima Marques, contido no art. 4º, *caput*, do CDC: “A idéia central é a possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.”

Francesco di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, p. 11. Os italianos chamam a isso de *trasparenza contrattuale*: *La novella dedica al profilo della trasparenza contrattuale un precetto generale, dettato dall’art. 1469 quater del codice civile (“Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile”)*, ma lascia nell’ombra la questione relativa alle conseguenze derivanti dall’*accertata violazione del precetto*.

⁴³¹ BOA-FÉ, In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 470.

ou mau, isto é, que há pessoas que nascem totalmente boas e outras que são más, já que comportamentos bons ou maus estão em todos e decorrem de inúmeros fatores, não só de formação sócio-educacional, mas também genéticos ou patológicos, pois um indivíduo definido pela medicina forense como psicopata não terá ferramentas conscientes para avaliar a moralidade de sua conduta.

André Comte-Sponville pretende responder o que seja boa-fé, da seguinte forma:

É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale⁴³³.

Como *standard* é crer na fidelidade alheia⁴³⁴.

Com a evolução da sociedade há um orgulho de, em primeiro momento, sermos melhores que nossos ancestrais, pois construímos uma sociedade mais civilizada, que tenta a todo modo manter o que de melhor se conquistou em respeito à raça humana, razão pela qual se ordena a vida a fim de coibir os excessos do passado que representaram abusos, ainda que se esteja longe de se descobrir a perfeição, mas sempre acreditando ser possível o encontro de uma sociedade idealizada.

Não por outra razão é de se entender a necessidade de se acreditar na bondade das pessoas, pois se a desconfiança no próximo for uma impressão cotidiana, não seria possível manter relações sociais sadias, pois somente a confiança em alguém pode gerar um adequado comportamento de conduta, com o escopo de melhorar as relações para a própria evolução da sociedade e nesse sentido os ordenamentos jurídicos são criados.

Michel Villey afirma que uma montanha não deixa de ser bela se não houver quem admire sua beleza, assim como um bom vinho se não existir quem o aprecie⁴³⁵, ou seja, há

⁴³² BOA-FÉ. In: *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 265: “certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; sinceridade, lisura”.

⁴³³ *Pequeno tratado das grandes virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 213.

⁴³⁴ *Idem*, p. 213: “É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo que uma fidelidade”.

⁴³⁵ *Filosofia do direito* p. 350: “*Bonum est in re*. Outra máxima de São Tomás: ela fornece a chave da noção clássica de direito natural. *Bonum est in re*. O bem ou o belo são qualidades *inerentes* ao próprio real. Para existir, não precisam de nós.

Uma montanha não é menos bela por não ter encontrado até o momento ninguém para admirá-la. Há beleza em longínquos planetas que ainda não foram visitados. Esta garrafa de vinho não é boa porque estou me deleitando com ela, estou me deleitando com ela porque é boa. E se Don Juan de Mozart é belo, isso não se deve (como parecem acreditar certos sociólogos) aos aplausos do público, mas é tocado em teatros lotados porque é belo *em si mesmo*.”

a beleza em si mesma, todavia, muito embora haja uma certa verdade em sua afirmação, é de se observar que também o conceito de beleza ou bondade é inerente a quem o aprecia, já que somente quem possui um paladar apropriado e gosto para beber vinho poderá atribuir à mencionada garrafa características boas. A montanha só será considerada bela se comparada a outras não belas. Há intrínseca uma comparação e um parâmetro anterior de quem o contempla, não podendo o objeto persistir como belo ou bom sem o auxílio do sujeito.

Caio Mário da Silva Pereira ao discorrer sobre boa-fé⁴³⁶ compreende que há princípios eternos, que decorrem da natureza das coisas, que devem ser obedecidos, não em razão da coação humana, mas em virtude da necessidade, porque estão acima das paixões dos homens e lhes norteiam a formação moral, e assim, desenvolveu-se a boa-fé, como decorrência da *equidade natural*. Equidade, o justo meio-termo de Aristóteles advém do Direito natural e se trata do sentir o justo inerente a todos.

Miguel Reale, por sua vez, entende boa-fé da seguinte forma:

Uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o inadimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes⁴³⁷.

Portanto, uma forma de conduta, tanto quanto uma norma de comportamento⁴³⁸.

Como uma crítica ao que afirma Reale, de que a boa-fé é uma norma de conduta prescrita em lei, faz-se necessário trazer as afirmações de Carnelutti⁴³⁹, que faz uma interessante indagação sobre a eficácia das leis: se a finalidade das normas de direito penal é evitar um comportamento que cause danos à sociedade, na medida em que tem a intenção de coibir a prática de crimes, ainda se for considerada a existência de regra que determina que ninguém se escusa de sua responsabilidade alegando desconhecer a lei, como então se justifica essa obediência à norma se a pessoa comum é leiga em direito, se não se dá uma instrução jurídica no cotidiano? Ou, ainda, como ele próprio afirma, o conhecimento do cidadão comum “não é mais do que tomar parte da cultura comum; ao contrário, haveria

⁴³⁶ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 11, p. 485.

⁴³⁷ *História do novo código civil*, p. 241.

⁴³⁸ *Idem*, p. 242.

⁴³⁹ *Como nasce o direito*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, 3º ed., Campinas: Russell, 2006, p. 12.

necessidade de que cada um de nós, em todo momento da vida, tivesse ao lado um jurista a quem pedir conselho sobre se podia ou se devia fazer algo”.

Larenz⁴⁴⁰ entende boa-fé ao estudar o princípio para qual lhe dá suporte, como o modo de transformar o personalismo ético, que é base da capacidade do homem para a autodecisão e a responsabilidade por si próprio, com o respeito à dignidade pessoal de cada ser humano elevado à categoria de imperativo moral supremo. É o princípio da boa-fé, que se fundamenta em uma convivência pacífica e próspera de pessoas em comunidade que somente é possível se houver confiança, mesmo que geral, senão comprovada, mas confirmada. Como diz: “Uma sociedade na qual cada um desconfiasse do outro se assemelharia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Ali onde se perdeu a confiança, a comunicação humana está perturbada em seu mais profundo”. (trad. livre)⁴⁴¹.

Para Goffredo Telles Junior, o direito é obedecido por uma imposição racional nas pessoas, seguido voluntariamente⁴⁴², visto que não poderíamos viver em sociedade se cada um fizesse o que bem entendesse, o que tornaria a vida em sociedade intolerável⁴⁴³. A adesão voluntária se dá pelo receio das conseqüências impostas pela norma jurídica, pois, conhecendo-se qual pode ser a reação do lesado, protegido pela norma, evita-se a prática de um determinado ato⁴⁴⁴.

O direito, que não se confunde com a moral, tem uma função organizadora, além de possuir em sua fonte leis morais surgidas em determinada sociedade, não sendo possível a existência do grupo sem que haja aderência a uma moral⁴⁴⁵, concluindo-se o que diz Reale:

Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira *concreta*, ou seja, como uma *unidade de ordem* que possui valor próprio, sem ofensa ou

⁴⁴⁰ *Tratado de derecho civil alemán*, p. 58.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 59: *Una sociedad en la que cada uno desconfiara del otro se asemejaría a un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de la paz dominaría la discórdia. Allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo.*

⁴⁴² *Estudos*, p. 48.

⁴⁴³ *Idem*, p. 49.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 47: “Logo, se alguma coerção psíquica existe, ela é exercida pela eventual previsão, feita na mente de algum violador potencial, das conseqüências prováveis de um ato ilícito”.

⁴⁴⁵ VILLEY, Michel. *Ob.cit.*, p. 60: “A vida em comum seria insustentável num lugar em que se roubasse, em que ninguém ousasse deixar o carro estacionado, nem a pá e picareta no local de trabalho, em que não se pudesse confiar em nenhuma promessa. Nenhum grupo de homens poderia sobreviver a longo prazo sem adesão a uma moral.”

esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos⁴⁴⁶.

Partindo-se desse ponto de vista, é como fazer parte da cultura, qualquer um com grau normal de desenvolvimento mental saberá discernir sobre o certo e o errado, até porque desde criança se aprende normas de conduta: que algo é bom e uma outra atitude deve ser evitada, sendo cada um de nós apresentados às regras de civilidade desde que nascemos e assim caminhamos até o fim de nossa existência; poder-se-ia dizer que é um processo sem fim, quase como uma “tábula rasa” que vai sendo preenchida com os valores que a sociedade elegeu como importantes para o bom convívio. A família é a primeira a exercer esse papel de ensinamento, mas ela própria foi moldada pela cultura em que foi formada e assim se vai transmitindo, de geração em geração, aquilo que se julgou relevante, porém com as fortes influências da evolução dos conceitos.

Não é necessário consultar um jurista para a prática dos atos cotidianos, porque que se cada um, como diz o adágio popular, tem um pouco de médico e louco, igualmente tem de conhecedor do Direito.

É assim com o conceito de boa-fé, o viver e agir honestamente.

Em princípio pode parecer que a boa-fé passou a ser imposta à sociedade em razão de sua recepção pelo ordenamento positivo, mas ao contrário, a sociedade a impôs como valor fundamental de sua existência e harmonia, sem a qual não seria possível a simples convivência cotidiana, assim, com a lembrança do que diz Miguel Reale⁴⁴⁷:

O Direito é uma projeção do espírito, assim como é momento de vida espiritual toda experiência ética. Mas é, propriamente, *o espírito como intersubjetividade objetiva*, visto como ordena o *ego* e o *alter* na realidade integrante do *nós*. Na comunidade juridicamente ordenada os indivíduos não se dissolvem, nem se desintegram, porque é próprio do Direito, dado o seu caráter essencial de atributividade, tanto mas estabelecer nexos de cooperação, de interdependência e de complementariedade, quanto mais discrimina esferas autônomas de agir (...) Realizar o Direito, é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira *concreta*, ou seja, como uma *unidade de ordem* que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos.

Agir de boa-fé é um valor elevado da sociedade, motivo pelo qual ela sempre se

⁴⁴⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 701.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 700.

presume, sem que haja necessidade de que regra escrita imponha algo que lhe é inerente, do contrário não está se falando em comunidade, mas em outro tipo de grupo social que talvez não se conheça e espera-se não conhecer – o caos⁴⁴⁸, sobretudo porque o direito é uma necessidade de coesão da sociedade⁴⁴⁹.

Na evolução humana foi possível compreender que o agir honestamente era mais adequado a ponto de garantir a sobrevivência individual e do grupo e, com esta conclusão, Steven Pinker afirma⁴⁵⁰:

As pessoas fazem mais por seus semelhantes do que retribuir favores e punir trapaceiros. Frequentemente têm atos de generosidade sem a menor esperança de retribuição, desde deixar uma gorjeta em um restaurante aonde nunca mais irão a atirar-se sobre uma granada para salvar seus irmãos de armas. Trivers, juntamente com os economistas Robert Frank e Jack Hirshleifer, mostrou que a magnanimidade pura pode evoluir em um meio de pessoas que buscam distinguir os amigos das horas boas dos aliados leais. Sinais de lealdade e generosidade sinceras servem como garantia das promessas do indivíduo, reduzindo a preocupação do companheiro quanto à possibilidade de vir a ser logrado. O melhor modo de convencer um cético de que se é digno de confiança e generoso é *ser* digno de confiança e generoso.

Com sentido que, mesmo diante de uma norma inconstitucional, seus efeitos podem ser mantidos em nome do princípio da boa-fé, como tem sido o entendimento dos tribunais, como do próprio Supremo Tribunal Federal, que garante a incorporação de direitos provenientes da boa-fé, mesmo diante dessa situação, como se vê na decisão proferida pelo Ministro Eros Grau como relator, nos termos da ementa a seguir:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Aposentadoria. Lei n. 2.271/94 do Estado do Amazonas. Lei inconstitucional. Efeitos. Princípio da boa-fé. Art. 37, caput, da CB. Ato administrativo. Anulação. Interesses individuais. Devido processo legal. 1. Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se do desconto na remuneração as vantagens de caráter pessoal. É plausível a tese do direito adquirido. Precedente. 2. Embora a lei inconstitucional pereça mesmo antes de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé. 3. Para a anulação do ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais é necessária a instauração do devido processo legal. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, j.

⁴⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contrato: função, boa-fé, imprevisão, onerosidade*, in Aspectos controvertidos do novo código civil, p. 34. Diz que o princípio da boa-fé “traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito”.

⁴⁴⁹ VIARO, Mario. *I principî generali del diritto*, Padova: A Milani, 1969, p. 6: *Ed è per questo che il diritto costituisce quel principio di coesione senza del quale la società si dissolvrebbe nell'anarchia.*

⁴⁵⁰ *Op. cit.*, p. 354.

03/10/06, RE-AgR 359043, Segunda Turma)

Como conclui Villaça Azevedo⁴⁵¹, a boa-fé é um estado de espírito e essência do entendimento dos seres humanos, o que faz crer que boa-fé nada mais é do que confiança e essa é sinônimo de todo o ordenamento, enquanto organização que visa assegurar um controle efetivo da sociedade, razão pela qual se desenvolvem as relações jurídicas.

2.3 – Princípio da razoabilidade

O direito é aquilo que é moderado, logicamente moderável, no mais é um excesso que é repudiado pelo próprio ordenamento, como a teoria do abuso do direito ou todas as normas que exigem a boa-fé nas relações jurídicas. Moderação é o ato ou efeito de moderar, que significa manter a medida, conter os excessos e é usado em direito o sinônimo de razoável.

Chaïm Perelman indica o caminho desse raciocínio ao analisar o razoável e o desarrazoado em direito⁴⁵², indicando a obra de Luiz Recaséns Siches, que desenvolveu a teoria de uma lógica do razoável. Assim, para Perelman, o “uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais”, em suma o direito utilizado de maneira desarrazoada, o que constitui um limite ao que for excesso.

Distinguir o que é razoável é o que é moderado e não ocorre de maneira única e objetiva, mas se parte do contrário, já que o que desarrazoado é indicado com facilidade, pois é de fácil identificação, sobretudo porque se confunde com o injusto e nas palavras de Perelman: “o razoável não remete a uma solução única, e sim implica uma pluralidade de soluções possíveis; porém, há um limite para essa tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável”⁴⁵³. Aos mais conservadores essa aparência de incerteza, de que o razoável não se indica em um único caminho a seguir, pode suscitar críticas quanto a insegurança nas

⁴⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁵² *Ética e direito*, p. 427.

decisões, que assim se fundamentam.

Uma visão positivista tenta adequar o direito em nome de uma segurança jurídica, como maneira de controle imposto à sociedade, sem permitir que a condição humana se manifeste e desenvolva toda sua criatividade na regulação das relações sociais, porém a criatividade faz parte dessa condição, não é possível imaginar relações humanas perenes, sem mudanças ao longo dos tempos e das trocas de experiências dos grupos sociais, razão pela qual se pode hoje aceitar como moral uma conduta que antes causava constrangimento. O que não muda é o ser humano se agrupar e não viver isolado sem as relações de intercâmbio, que o faz um ser social. Também faz parte da condição humana se apegar a conceitos pré-determinados que lhe tragam segurança, como forma de proteção em face do novo, do desconhecido.

Ao que parece um contra-senso, ora se busca o novo, ora se quer manter o conhecido, nada mais é do que uma qualidade muito humana, daí que se avaliar o que é moderado é o caminho mais adequado para fixar os limites dos direitos que a sociedade elegeu para ordenar suas relações.

Razoável é manter um equilíbrio e o princípio da razoabilidade é a imposição a essa manutenção equitativa das relações jurídicas, pois está ligado à razão, ou seja, à capacidade do homem em avaliar e moderar o que está sendo analisado.

No Código Civil encontra-se a determinação de razoabilidade em vários momentos, sempre ligados a uma distribuição equânime de direitos e obrigações, no sentido de manter a máxima *suum cuique tribuere*, motivo pelo qual a regra contida no art. 182, isto é, anulado o negócio jurídico, as partes são restituídas ao estado em que antes se encontravam, contudo essa é uma regra que mesmo não escrita teria validade, por decorrer de um princípio extraído do Direito natural, diferentemente quando a moderação é imposta pelo ordenamento, como na situação em que o valor da indenização será medido pelo grau de culpa de quem o praticou – parágrafo único, art. 944, CC.

No caso em exame, saliente-se que a Constituição Federal, no inciso V do art. 5º assegura o direito à indenização, sem especificar se essa é integral, já o *caput* do art. 944, CC afirma que o valor da indenização será medido pela extensão do dano, isto é, a indenização deverá ser integral, entretanto o seu parágrafo único limita a ordem ao dispor

⁴⁵³ *Idem*, p. 432.

que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Nada mais moderado do que esse mandamento, visto que observa uma situação de justiça, em que serão observadas as circunstâncias que deram causa ao dano.

2.3.1 Ilustração casuística

A aplicação do princípio é comum na esfera do direito público, dado que nos momentos em que a autoridade administrativa é chamada a decidir com fundamento em situação discricionária, deve estar atenta à moderação de seus atos. Tome-se como exemplo a ocasião em que se poderá conceder o gozo de licença-prêmio ao servidor, desde que tenha sido adquirida.

Saliente-se que para o direito administrativo sempre se utiliza a expressão “princípio da razoabilidade”.

Se não há na lei quando a licença pode ser usufruída, requerida, poderá o superior hierárquico deferi-la ou não, de acordo com a conveniência do serviço prestado e desde que motivada sua decisão, todavia é comum a hipótese dela não ser concedida sob a alegação de falta de outro servidor para a substituição daquele e por essa inconveniência a licença poderá ser negada, entretanto, negada reiteradas vezes surge uma questão de razoabilidade, ou seja, até quando terá o administrador direito a negá-la e em qual momento poderá o servidor gozá-la, devendo haver um equilíbrio entre os dois direitos⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ DISTRITO FEDERAL TJ. Em decisão recente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu da seguinte forma:

“Licença-prêmio por assiduidade deferida anteriormente – Período de gozo – Liberdade do administrador – Direito que não se reveste de caráter absoluto.

1. O fato de ao Administrador admitir-se certa margem de liberdade para definir a data de gozo de licença-prêmio deferida nos termos da norma legal então vigente não autoriza a rejeição reiterada e permanente do direito à fruição da licença, sobretudo sob a alegação de escassez de recursos humanos. 2 – Ultrapassados vários meses desde a rejeição do requerimento de fruição, impõe-se ao Judiciário corrigir o ato arbitrário e irrazoável, deferindo imediatamente o direito ao gozo da licença pela interessada. 3 – A recusa peremptória, nesse caso, equivale à própria negativa do direito e não se compagina com o princípio da razoabilidade (art. 2º, Lei nº 9.784/99). Nesse caso, pode o Judiciário determinar a imediata fruição do benefício, ante a inércia administrativa, fixando-se prazo razoável. 4 – Apelo provido. (TJDF – 4ª T. Cível; ACi nº 2004.01.075579-2-DF; Rel. Des. Cruz Macedo; j. 14/6/2006; v.u. – Boletim AASP nº 2496)

2.4 Princípio da operabilidade

Nas palavras do organizador do Código Civil, como exposto no preâmbulo deste trabalho, a nova legislação civil busca a operabilidade do direito. Em explicação franca, Miguel Reale citou o exemplo da dificuldade em se diferenciar a prescrição da decadência e que o Código viria, em nome da operabilidade, solucionar essa questão.

É notória a dificuldade de se diferenciar prescrição e decadência, quiçá nunca será possível, porém o legislador civilista pretendeu alcançar esta empreitada indicando a distinção por sua colocação física no Código de 2002. Assim, o que é prescrição está na parte geral e o que é decadência irá se revelando aos poucos, conforme forem encontrados os institutos de direito civil ao longo da codificação.

Na Exposição de Motivos, no item 18, são feitas as explicações:

Menção à parte merece tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

Seria ótima essa simplicidade para diferenciar a prescrição de decadência e efetivar a operabilidade almejada, entretanto é possível demonstrar que nem sempre essa distinção física é suficiente para apontar prescrição e decadência.

Apenas para citar como exemplo, o artigo 754 do Código Civil, que trata do dano em decorrência do contrato de transporte de coisas. O *caput* do artigo fala em decadência de direitos, sem mencionar qualquer prazo, enquanto seu parágrafo único, que somente trata de perda parcial ou avaria, indica um prazo de dez dias. Está-se diante de um prazo prescricional, em razão de se tratar do instituto de responsabilidade civil e, não mencionando o *caput* qualquer prazo para uma perda total, será o geral de três anos,

contido no inc. V, § 3º, art. 206 do Código Civil. Há um direito tipicamente patrimonial e de interesse privado, não se justificando a aplicação do conceito de decadência. Como se vê, não é possível apenas um critério espacial para indicar quando é uma e quando é outra.

O nome que se dá, prescrição ou decadência, não tem tanta relevância, mas a distinção é importante para aplicar-lhes o preceito que caracteriza cada um dos institutos, o sistema de operação.

O sistema ora implantado das chamadas cláusulas abertas, ou o tal do conceito jurídico indeterminado, como maneira de flexibilizar as regras, tem essa função de operabilidade, todavia, muito embora queiram alguns defender que permitirá ao juiz uma atividade mais criadora do direito⁴⁵⁵, é necessário realçar que não se trata de uma construção, o que não é sua função, mas de um modo de torná-lo contemporâneo, de acordo com as exigências do momento.

Na clássica obra que revelou a instrumentalidade do processo como meio de propiciar a pacificação social e a educação para o respeito aos direitos, garantia das liberdades, Cândido Dinamarco reconhece a operabilidade das normas, ainda que de uma perspectiva processual, e afirma:

É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida.⁴⁵⁶

Semelhante foi o desejo dos elaboradores do Código Civil vigente, mesmo que com algumas imperfeições, o que não deixa de ter sentido a tentativa de efetivação da justiça.

⁴⁵⁵ CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, p. 57: “Como se vê, a equidade, em razão da estrutura do novo Código, terá, com todas as suas funções e em todos os seus sentidos, papel relevante e essencial no aperfeiçoamento das relações jurídicas sob a égide da nova lei, porque ela permitirá ao juiz que exerça uma atividade judicial mais criadora destina a complementar o corpo jurídico vigente com novos princípios e normas derivadas de conceito integradores da compreensão ético, que devem obedecer aos imperativos de socialidade e concreção.”

⁴⁵⁶ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: RT, 1987, p. 9.

III

O MESMO É PENSAR E TAMBÉM SER⁴⁵⁷

1 - *STANDARDS* JURÍDICOS

A doutrina brasileira não tem se preocupado em estudar o *standard* jurídico como se deve e são poucos os autores que se prendem a compreendê-lo. Entre nós, destaca-se a obra de Octacílio Alecrim, *Fundamentos do standard jurídico*, publicada em 1941 e não há outro autor nacional que tenha se dedicado exclusivamente ao assunto, até porque a doutrina o trata como um princípio geral do direito, sem se ater às diferenças.

A comunidade internacional, no entanto, interessa-se pelo assunto, sobretudo os países cujo sistema jurídico é o da *common law*. Em setembro de 1988 foi realizado um congresso de metodologia jurídica, organizado pela *Association Internationale de Méthodologie Juridique*, o primeiro, em Aix-en-Provence, França, cujo tema foi os *standards* jurídicos nos diversos sistemas jurídicos e mais recentemente, em outubro de 2007, pelo *Institut suisse de droit compare*, em Lausanne, foi realizado o 3º *Cycle romand*, tendo como temário as normas padrão, os conceitos indeterminados e *standards* jurídicos.

A preocupação desses estudos é a de responder questões básicas, as quais se procura aqui a solução: a) a distinção dos *standands* dos conceitos jurídicos indeterminados; b) se são encontrados dentro ou fora do direito; c) qual o seu papel no sistema; d) se decorre de um natural desenvolvimento do século XX; e) se é uma criação da *common law* anglo-americano ou é uma via de globalização do direito⁴⁵⁸.

Claro que a palavra não é de origem portuguesa, muito embora tenha entrado em nosso vocabulário como um estrangeirismo, visto sua origem inglesa⁴⁵⁹, o mesmo que em

⁴⁵⁷ PARMÊNIDES. *Acerca da natureza*. III - "... pois o mesmo é a pensar e também ser."

⁴⁵⁸ Droit & Société n° 9, 1988, In: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds009/ds009-06.htm>.

⁴⁵⁹ *STANDARD*. In: *Novo dicionário Aurélio*, p. 716.

francês, muito embora nesse idioma haja o verbo *standardiser* como padronizar e o substantivo *standardisation*; também em português se reconhece o uso de estandardização como padronização, assim como estandardizar ambos como tradução do francês.

Entre nós, o *Dicionário Houaiss* não identifica um verbo em língua portuguesa, contudo compreende que significa “padrão, tipo, modelo, norma; sem características especiais; usual, normal”, identificando-o com a etimologia inglesa que significaria “bandeira, insígnia; padrão, além do francês antigo, *estendard*, atual *étendard* e do latim *extendo*, ou seja, “estender, alargar-se, prolongar”⁴⁶⁰.

Com efeito, o *standard* jurídico é o conteúdo **básico e essencial** de uma norma jurídica, que exige uma interpretação para sua completude, por não consistir em um conceito estático e imutável, que não está presente em todas as normas, mas somente naquelas que apresentam um contexto aberto, em razão disso costuma ser denominado como um conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral, ou, ainda, cláusula aberta, mas não pode ser entendido com o mesmo sentido que essas expressões. O que têm em comum é a necessidade de seu preenchimento como critério de integração.

Como afirma Giorgio Oppo, os valores são os ideais civis que inspiram o ordenamento jurídico e os princípios têm a função informativa desses valores, enquanto as cláusulas gerais podem ser compreendidas como enucleação dos princípios, isto é, torná-los claros como critério de conduta a ser seguida, por sua vez, os *standards* atuam como medida social de aplicação daqueles critérios valorativos⁴⁶¹. Portanto, a procura do conteúdo de um *standard* não repousa em um critério axiológico, que lhe é anterior.

Savatier não se refere a *standard*, mas quando fala em equidade, que nada mais é do que o direito natural interpretado pelo juiz, dá-lhe o mesmo sentido⁴⁶².

⁴⁶⁰ STANDARD. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 2.618.

⁴⁶¹ *Principi e problemi del diritto privato*, Pádua: Cedam, 2000, p. 3: *La prima è ce sul terreno del diritto privato – terreno principe della prefigurazione e sperimentazione di categoria generali – si avverte particolarmente il collegamento, per così dire funzionale, delle categorie medesime: valori, come idealità civili alle quali si ispira l’ordinamento e meglio l’ordine giuridico; principi, come assunzione informale preceativa de tali valori; clausole generali, come enucleazione dai principi di criteri di condotta; standards volutativi, come misura sociale dell’applicazione di quei criteri. Ne indurrei che ciò che interessa concretamente il diritto privato, come stoffe dell’ordinamento positivo e la sua concreta attuazione sono gli orientamenti generali quali resultano dal collegamento delle anzidette categorie. A questi orientamenti ‘ di principi’ cercherò di riterire l’esperienza privatistica di cui è parola nella intitolazione della mia relazione.”*

⁴⁶² *Cours de droit civil*, tome premier, 12^a ed., Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1947, p. 15: « *Les renvois implicites sont encore plus nombreux. Quand, notemment, l’article 1382 dit qu’on est*

Para a compreensão de um *standard* é necessário entender qual a diretriz organizacional desejada naquele momento pelo grupo social a que se destina, mais ou menos como o que o grupo em um dado momento e lugar entende pelo o que é ser moral, mas desde já se pode adiantar o viés de constituição social em sua identificação prática, haja vista que a Carta Política da nação inseriu em suas normas a busca do social em direitos até então solidificados como é o caso do direito de propriedade e, por consequência, o mesmo sentido é dado pelos direitos privados regulados pelo Código Civil em vigor.

O *standard* merece uma apreciação morfológica para sua reconstrução enquanto diretriz jurídica e quiçá política, em uma apreciação fenomenológica, já que as normas de cunho axiológico têm em seu interior *standards* que fazem a diferença na obtenção dos resultados desejados. Quando a norma é positivada com um elemento moral que lhe dá suporte quer regular uma situação humana alçada à categoria de importância que se destina a dar sustentação à própria existência do grupo, ao contrário daquelas que visam apenas regular relações desprovidas de conteúdo que guiem uma conduta considerada válida.

Em um exemplo, no exame da norma contida no art. 192 do Código Civil, vê-se que os prazos de prescrição não podem ser alterados pelas vontades das partes. Essa disposição não contém nenhuma parte que se possa considerar como um *standard*, pois o conceito de prescrição é extraído de outras regras, principalmente do art. 189, ou seja, que a prescrição é uma extinção de um direito à ação pelo decurso de um determinado prazo, também previsto por lei. Por outro lado, o disposto no art. 421 do Código Civil determina que os contratos serão elaborados de acordo com os limites de sua função social. Função social é um *standard* jurídico, uma vez que é o elemento básico e essencial para essa norma, pois impõe um limite na liberdade contratual e sem ele não haveria razão para a existência do dispositivo.

responsable du damage causé par sa faute, il ne définit pas le mot faute. Or, pour savoir si une personne est en faute, le juge est conduit à une recherche d'équité ; la loi l'invite implicitement à la faire.

É assim, por exemplo, a consideração doutrinária da responsabilidade objetiva, em que por questões de equidade criou-se condições para que houvesse a reparação de um dano quando era improvável a comprovação da culpa, nos casos específicos do trabalhador em face de seu empregador, para que o operário tivesse mais segurança no trabalho, sustentando que o contrato de trabalho continha implicitamente uma cláusula de *obrigação de segurança*, o que fundamentaria a indenização, sem que houvesse a busca da culpa do empregador.

Jonh Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 213. Com um parêntese histórico, saliente-se que o julgamento por equidade ocorre ainda na Inglaterra, já que em Londres há câmaras para o *common law* e para a *equity*, mas na realidade houve a fusão dos dois tipos de jurisdição, ocorrida em 1873 e 1875, ficando as regras da *equity* absorvidas pelo sistema da *common law*. Na *equity*, com início no século XV o Chanceler

À primeira vista, confiar a decisão judiciária a elementos aparentemente subjetivos e flexíveis traria uma insegurança jurídica, tão detestada pelos defensores do positivismo, no entanto não é o que acontece, haja vista que o próprio sistema possui um controle de eventuais arbitrariedades por via dos recursos⁴⁶³, ou como dizia Geny, fundador da Escola da Livre Investigação Científica, quando se depara com um elemento flexível, muito embora não o chame de *standard* jurídico, não se está comprometendo a certeza da lei, ao contrário, foi uma escolha legislativa permitir esse tipo de construção do direito com a interpretação da lei no momento de sua aplicação⁴⁶⁴.

No entanto, o que se propõe é a observação do fenômeno em si mesmo, sem deixar que pressupostos interfiram, o que ocorre no momento em que se tem consciência deles, de que o ser humano não toma decisões apenas baseado em dados racionais, porém, ciente da intencionalidade contida na norma destinada a manter o bem viver, a ordem do comportamento humano, ou seja, aquilo que o fenômeno tem de invariável, a intencionalidade de justiça.

Despir-se dos pressupostos significa, para aquele que está encarregado de interpretar a situação jurídica posta, que não se deve querer dominá-la, mas compreendê-la sem explicá-la, e interpretá-la visando o fim que é a realização da justiça.

Quando se afirma que a boa-fé se presume, está-se transcrevendo um princípio geral de direito, ainda, quando se apresenta o dispositivo do art. 422 do Código Civil, em que as partes devem observar a boa-fé na formação do contrato, tem-se uma regra, contudo, ambas têm em comum o *standard* jurídico da boa-fé em sua essência. A boa-fé, como elemento essencial da norma é uma imposição de conduta apreciada de maneira flexível, que necessitará de observação na ocasião da subsunção do fato à norma, logo, com a

decidia por equidade, sem recorrer a regras de processo ou de fundo e que muitas vezes estava baseado em princípios oriundos do direito romano.

⁴⁶³ STATI, Marcel. *Op. cit.*, p. 385. Na defesa explícita dos standards jurídicos, Stati afirma este sentido, além de considerar a segurança jurídica como uma verdadeira ilusão sem sentido: *Mais, d'une part, le système traditionnel et rigide de la règle de droit lui-même, ne procure pas en dernière analyse, qu'une sécurité souvent illusoire et reste essentiellement subjectif; d'autre part, le standard juridique, foncièrement empirique, et à base purement expérimentale, offre au moins autant d'éléments objectifs pour l'appréciation du juge que la règle de droit. A ce propos, il est même à remarquer un phénomène d'autolimitation du pouvoir judiciaire, qui constitue une garantie contre l'arbitraire judiciaire.*

⁴⁶⁴ *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, p. 246: *El estado social coetáneo al juez, no puede pesar directamente sobre la interpretación del texto legal más que cuando este indica um cocepto mudable y fugaz por su naturaleza, tal como la noción de orden público, por ejemplo. Interpretar semejante noción, según las ideas reinante em la época de la aplicación de la ley, no es comprometer la certeza de*

apreciação da conduta perante o período temporal, assim como geográfico, pois a noção de boa-fé poderá variar de acordo com os costumes do lugar, como é determinado pelo art. 113 do Código Civil⁴⁶⁵, que não encontrava correspondência no Código Civil de 1916, mas que não lhe era uma noção estranha, pois decorrente da boa lógica.

Na introdução da tradução espanhola da obra de Franz Wieacker, *El principio general de la buena fé*, Luis Díez-Picazo conceitua a boa-fé como um *standard* ou um modelo ideal de conduta social, que é considerada como paradigmática do comportamento⁴⁶⁶. Ainda, a impressão sobre a boa-fé irá variar de acordo com o direito envolvido: se trata da realização de um contrato de compra e venda ou se é relativa à possibilidade de um casamento anulável.

O art. 13 do Código Civil determina que se observem os *bons costumes* para a disposição do próprio corpo, enquanto o art. 187 descreve como abuso de direito o ato ilícito que tenha sido praticado contrariando, entre outros, os *bons costumes*. *Bons costumes* é um *standard* jurídico, sujeito a apreciação e indicação de seu conteúdo.

Os atos existem, são condutas concretas e o valor prescinde de existência, o falso ou verdadeiro não é tangível, mas a atividade humana, contida no sentido de *standard* é passível de ser, de existir, o que é a própria vida humana no que é necessário para a manutenção do grupo.

Como já considerado, há uma diferença entre interpretar a norma e valorar um conceito aberto que permite a prática da discricionariedade. A má interpretação pode ser revista pelo Poder Judiciário, corrigindo-a o magistrado, todavia a faculdade discricionária encontra mais de uma solução adequada ao caso concreto, todas válidas.

Tome-se como comparação o direito administrativo, que há muito se acostumou com a situação, quando é lícito ao administrador utilizar de critério de discricionariedade para a prática de atos administrativos, ou seja, o uso de elementos flexíveis sempre veio autorizado pela legislação administrativa em nome do bem do interesse público.

Quando o assunto está restrito ao campo do direito administrativo é possível concluir

ésta, puesto que ella misma há reconocido la contingencia e y relatividad de este elemento, cuya apreciación há dejado al intérprete.

⁴⁶⁵ Art. 113, CC – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁴⁶⁶ Trad. José Luis Carro, pról. Luis Díez-Picasso, Madri: Civitas, 1977, p. 13.

que a escolha do administrador público, para o exercício do ato discricionário obtém amparo nos critérios de conveniência e oportunidade, razão pela qual, se não houver desvio, não pode o Judiciário modificá-lo, visto que fora de sua competência em interferir no ato, entretanto, para a interpretação da norma, típica atividade judiciária, como a sentença, não há escolhas e apenas uma resolução do caso real⁴⁶⁷.

No caso de interpretação de uma norma que contenha um *standard* jurídico a finalidade é o critério de justiça, muito embora o mesmo possa ser entendido em relação ao ato discricionário que visa o interesse público, contudo conveniência e oportunidade não são intencionalidades na subsunção da norma jurídica privada, o que se compara é o modelo interpretativo, pois enquanto a faculdade discricionária encontra mais de uma solução, a existência da justiça como necessidade humana não pode estar amparada em soluções controvertidas.

Pode-se concluir, que o *standard* jurídico é uma padronização de virtude e se apresenta como um fenômeno dual, em que há necessidade de dois sujeitos: o que emite o comportamento padronizado e o que o recebe, já que não há virtude que não se fundamente em uma interação com o outro. Com razão, pense-se nos *bons costumes*. Este será observado como uma atitude de quem os pratica ou se abstém de uma prática que lhe é contrária e o outro sujeito que recebe a mensagem, isto é, não haverá sinceridade de um se não houver confiança do outro.

Entretanto, o que é padronizado perde em originalidade e mais uma vez deve-se ter em mente que o comportamento humano não cabe em modelos pré-determinados, assim, entenda-se padronização como um grau médio de exigência virtuosa. Delimitar o conteúdo de um *standard* jurídico e manter seu preenchimento axiológico pelos princípios gerais é uma maneira de impedir uma possível arbitrariedade por parte do julgador. A padronização tem essa função, como modo de configurar a tão festejada segurança jurídica, porém a riqueza do caso real implica reconhecer a submissão do padrão normativo à situação

⁴⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 74.

“Na função jurisdicional, distingue-se mal a interpretação da discricionariedade, pois, sendo o Judiciário o intérprete máximo da lei, entende-se que a solução aplicada ao caso concreto era a única possível perante o direito; depois de transitada em julgado a decisão, não cabe mais qualquer discussão sobre a interpretação adotada.

Na função administrativa, a distinção ganha maior relevância, já que nela, a apreciação judicial será sempre possível quando se trata de simples interpretação (busca da solução única, juridicamente válida), não ocorrendo o mesmo quando se trate de poder discricionário, em que a existência de duas ou mais alternativas

concreta e não o contrário.

Há uma espécie de contenção à subjetividade em nome da sagrada ordem, em que todos devem se submeter a um modelo geral de conduta, mas felizmente superada a positividade radical é possível que o *standard* jurídico seja compreendido como uma conduta ética-jurídica, fundamentada no imperativo de uma norma, cujo conteúdo é estabelecido pelo escopo de justiça, na sua mutabilidade típica da conduta humana.

Para o direito há uma apreciação de necessidades contidas em uma relação entre no mínimo dois sujeitos, um fenômeno que pode ser ainda observado pela ótica de uma terceira pessoa não integrante da relação: o juiz que irá decidir um conflito que dela surgiu e de acordo com suas idiossincrasias, como apreciado em capítulo próprio, e no momento de aplicação do direito há de se reconhecer que uma parte de si mesmo está contida nessa atividade, pois usará suas próprias referências frente ao sujeito, cuja atitude está sendo apreciada e essa atribuição de valor é assinalar emocionalmente um objeto, com a consciência da participação do sujeito⁴⁶⁸.

Com essa observação, o *standard* jurídico é antes de tudo sinônimo de uma virtude juridicamente relevante e se a virtude é fazer um bem, somente pode ser contemplada em face do outro, visto que não pode haver virtude do ser sozinho, e como ensina André Comte-Sponville, que se dedicou a estudar as virtudes, “o bem não é para se contemplar, é para fazer”, um “esforço para se portar bem, que define o bem nesse próprio esforço”⁴⁶⁹.

válidas afasta a possibilidade de o Poder Judiciário substituir a decisão administrativa por sua própria decisão, quando aquela tenha feito a opção dentro dos limites legais.”

⁴⁶⁸ Na apreciação egológica de Carlos Cossio, *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p.76: *Valorar o comprender es asignar emocionalmente a un objeto sus cualidades axiologicas en un acto inmediato de reconocimiento, el cual acto contiene la conciencia de la participación que cabe al sujeto en semejante asignación. Esta conciencia consiste en que el sujeto se siente, de presencia efectuando la valoración.*

Note-se que a egologia é influenciada pela fenomenologia e na explicação de Maria Helena Diniz, “é mediante a intuição que o egologismo situa o direito no campo da cultura. O direito é um objeto cultural, por ser real, já que tem existência espaço-temporal, por estar na experiência sensível e por ser valioso positiva ou negativamente. O direito, sendo objeto cultural, compõe-se de um substrato perceptível e de um sentido espiritual, indissolivelmente compenetrados numa unidade dialética” (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 138).

Nessa intersubjetividade é possível compreender o que Carlos Cossio quer dizer com a valoração que contém a consciência de si mesmo. *En esto es decisivo advertir que toda valoración contiene la conciencia de si mismo, a diferencia de lo que ocurre con la inteleccion y la explicacion; es decir, que toda valoración de algo en cuanto que le asigna alguna cualidad axiológica, contiene también la conciencia del valorar con su referencia al sujeto para quién lo valorado es.* (*Op. cit.*, p. 76)

⁴⁶⁹ *Pequeno tratado das grandes virtudes*, p. 9: “A virtude, repete-se desde Aristóteles, é uma disposição adquirida de fazer o bem. É preciso dizer mais, porém: ela é o próprio bem, em espírito e em verdade. Não o Bem absoluto, não o Bem em si, que bastaria conhecer e aplicar”.

Para o zelo de compreensão do tema, saliente-se a lição de Aristóteles de como se forma um caráter virtuoso, isto é, se as leis sozinhas seriam responsáveis para impor uma conduta voltada a fazer o bem, ou se é um hábito aprendido e adquirido por esforço próprio ou imposto por alguém que lhe seja superior. Assim, em *Ética a Nicômaco* (X, 9) discorre sobre a necessidade de se formar uma maneira de ser nobre e bom, já que o homem comum obedece por medo do castigo e não pelo sentimento de pudor⁴⁷⁰, o que levaria a acreditar que as leis deveriam ser fixadas para o adestramento adequado das virtudes e que por fim, por conta do hábito se tornariam naturais e não mais penosas⁴⁷¹, uma vez que o homem poderia ser habilitado a ser bom, por força do poder coercitivo das leis e uma lei nesse sentido nunca seria pesada de suportar, pois ordena o que é bom⁴⁷².

Lógico que parte do pressuposto de há na humanidade uma elite intelectual superior e que o homem comum não seria capaz de, sozinho, tornar-se bom, sendo tarefa desses superiores treinarem a massa, no entanto para o direito o homem é bom e dessa premissa surge o ordenamento jurídico, muito embora as normas também se encontrem na categoria de um ideal a ser concretizado, um dever-ser.

Haveria um sentido educativo nas leis para tornar bons aos homens na visão aristotélica e se pode compreender os *standards* jurídicos com tal finalidade, visto que representam as virtudes humanas como um ideal a ser alcançado, mas enquanto conteúdo de uma norma.

Conclui-se que a intencionalidade do direito é fazer aflorar o que há de bom no ser

⁴⁷⁰ *Op. cit.*, p. 192: “Vivendo pela paixão, andam no encaço de seus prazeres e dos meios de alcançá-los, evitando as dores que lhe são contrárias, e nem sequer fazem idéia do que é nobre e verdadeiramente agradável, visto que nunca lhe sentiram o gosto. Que argumento poderia remodelar essa sorte de gente? É difícil, senão impossível, erradicar pelo raciocínio os traços de caráter que se inveteraram na sua natureza; e talvez nos devemos contentar se, estando presentes todas as influências capazes de nos melhorar, adquirimos alguns laivos de virtude.”

⁴⁷¹ *Idem*, p. 193: “Mas é difícil receber desde a juventude um adestramento correto para a virtude quando não nos criamos debaixo das leis apropriadas; pois levar uma vida temperante e esforçada não seduz a maioria das pessoas, especialmente quando são jovens. Por essa razão, tanto a maneira de criá-los como as suas ocupações deveriam ser fixadas pela lei; pois essas coisas deixam de ser penosas quando se tornam habituais. Mas não basta, certamente, que recebam a criação e os cuidados adequados quando são jovens; já que mesmo em adultos devem praticá-las e estar habituados a elas, precisamos de leis que cubram também essa idade e, de modo geral, a vida inteira; porque a maioria das pessoas obedece mais à necessidade do que aos argumentos, e aos castigos mais do que ao sentimento nobre.”

⁴⁷² *Idem*, p. 193: “De qualquer forma (como dissemos) o homem que queremos tornar bom deve ser bem adestrado e acostumado, passando depois o seu tempo em ocupações dignas e não praticando ações más nem voluntária, nem involuntariamente, e se isso se pode conseguir quando os homens vivem de acordo com uma espécie de reta razão e ordem, contanto que esta tenha força – se assim é, o governo paterno em verdade não tem força ou o poder coercitivo necessários (nem em geral, os tem o governo de um homem só, a menos que se trate de um rei ou algo semelhante); mas a lei tem esse poder coercitivo, ao mesmo tempo que é uma regra baseada numa espécie de sabedoria e razão prática.”

humano, pois somente esse método será capaz de manter uma ordem necessária para a continuação da existência humana e dessa forma devem ser compreendidos os *standards* jurídicos, extraídos da estrutura normativa. A diferença na compreensão do tema é saber se as virtudes não são inerentes ao homem comum, como pensava Aristóteles, ou que lhe é inata, apenas reforçando-se com o efeito do ordenamento.

Esse é o único pressuposto que se pode admitir: que a virtude é uma qualidade humana, não imposta de fora para dentro, por ser transcendental, mas decorre do que somos e o ordenamento jurídico só nos faz lembrar disso e para garantir que não haja desvios fundamentados em utilidades que não tenham o ser humano como centro de todo parâmetro de desenvolvimento social. A bondade não é privilégio de homens especiais, porém está ao alcance de qualquer um porque lhe é inerente, ao contrário da possível elitização que Aristóteles via nas virtudes humanas.

O direito não pode se prender a conceitos de moral interna, pois a consciência é livre, mas de obrigação moral externa, fundamentada nas três máximas do direito romano, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique attribuere*, muito embora Limongi França considere que essas obrigações de consciência dizem respeito ao direito, ainda que de estrutura interna, pois o direito é eminentemente ético⁴⁷³. E assim são compreendidas as virtudes, algo além da moral.

Dá-se o conceito de *standard* jurídico no alcance da apreciação do fenômeno que Heidegger indica como o *ser-com*, em que a presunção da minha existência pressupõe a existência do outro, assim como a existência do outro para mim e a minha existência para o outro, pois pensar, dizer e ser tem o mesmo reconhecimento, ou seja não é possível dizer a justiça sem pensar em justiça. Para o filósofo alemão, “toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de presença”⁴⁷⁴. Essa relativização, na própria explicação do filósofo, não significa que há subjetividade, mas porque não é possível subtraí-la da presença, que não está pressuposta como algo “fora” ou “sobre” nós, mas como projeção do ser, uma vez que não há como compreender alguma coisa sem que o sujeito faça uma interação e receba dados pré-

⁴⁷³ *Manual, op. cit.*, vol. 1, p. 14: “Mas, não só nos parece errôneo, o pensamento kantiano, pois, havendo uma obrigação de consciência, no sentido de cumprir os deveres jurídicos, pertence também o Direito à ordem interna, como ainda não se pode admitir o simplismo marxista, cujo absurdo pode implicar a negação de todos os valores humanos.”

concebidos⁴⁷⁵. O Existir do homem não é como o existir de uma pedra ou uma árvore, mas uma projeção, o *ser-no-mundo*, o estar fora de si mesmo, em uma busca além da aparência e de pré-julgamentos.

Encontrar essa essência do fenômeno é uma atividade com alto grau de dificuldade, visto que é, porque não dizer, impossível que se possa conhecer sem a projeção do ser, como procuram os fenomenologistas, mas que para o Direito assume importância, pois como ciência reguladora do comportamento humano, não pode se fundamentar nas condições psicológicas que geram um ato. Assim como para os criminalistas as condições de imputabilidade são relevantes para a atribuição de pena, o fato em si não deixa de ser crime, não havendo sentido em conhecer os motivos individuais que levaram o criminoso à prática do ato repudiado pela sociedade, mas que este deve ser punido como consequência da ordem pré-estabelecida, ainda que se esteja distanciando do conceito de justiça, ou seu ideal, mesmo que essa possa ser uma questão nunca solucionada.

Por outro lado, encontrar a essência do comportamento médio é uma redução fenomenológica para descrever seu conteúdo, não como dados soltos, mas em relação ao tempo e ao espaço em que se realizam.

Para ilustrar essa conclusão, convém ir a Sartre e sua concepção de condutas de má-fé, ao exemplificar com o conhecido jogo da conquista entre um homem e uma mulher e as aparências que nem sempre demonstram o que são, assim, diz ele⁴⁷⁶:

O homem que fala parece sincero e respeitoso, com a mesa é redonda ou quadrada, o revestimento de parede azul ou cinzento. E qualidades assim atribuídas à pessoa a quem ouve são então fixadas em uma permanência coisificante que não passa de projeção do estrito presente no fluxo temporal.

Ou seja, o sentimento deve se dirigir por inteiro à sua pessoa, como um objeto, na dualidade da condição humana, de que o “ser-Para-si encerra completamente um ser-Para-outro”⁴⁷⁷, já que, “quaisquer que sejam minhas condutas, sempre posso fazer convergir

⁴⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, Vozes, Bragança Paulista, São Francisco, 2006, p. 298.

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 211. Quando Heidegger discorre sobre a interpretação e o objeto da interpretação, em que há a compreensão do todo a partir de um todo conjuntural, além de apreciar os conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele, também está fundado em uma concepção prévia.

“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições.”

⁴⁷⁶ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*, Petrópolis: Vozes, 2001.

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 104.

dois pontos de vista, meu e do outro”⁴⁷⁸. Todavia, em um sentido fenomenológico, é necessário buscar-se o seu significado enquanto ele se manifesta por si, sem os preconceitos, o *voltar às coisas mesmas*.

A verdade é. Não há como atribuir valor à verdade, já que ela é ou é um nada, portanto, é necessário ser o que se é e, como padrão, a conduta deve estar adequada ao ser consigo mesmo e como diz Sartre, “é preciso que nos façamos ser o que somos”⁴⁷⁹ e este somos é a virtude de sermos essencialmente bons, pois a confiança somente pode se alicerçar na existência da verdade, entendido como uma necessidade universal.

Assim, *standard* jurídico é um modelo de conduta média, fundamentada nas virtudes humanas que devem ser e existir para concluir a intencionalidade do direito que é a realização da justiça, que está além dos limites objetivos fixados em lei, como dizia Alvino Lima, mas fundamentado em limites *de ordem teleológica ou social*⁴⁸⁰.

Portanto, não é possível confundir os *standards* jurídicos como cláusulas gerais, abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, o que ocorre é que essas normas contêm *standards*, que, por outro lado, não podem ser definidos como um conceito jurídico indeterminado, visto que é possível apontar seu conceito.

1.1 Natureza jurídica

Do mesmo modo que se discutiu a natureza jurídica dos princípios gerais, se normas ou modo de interpretação, os *standards* jurídicos têm uma exterioridade sugerida pelo veículo que o torna existente, que é a norma.

Seguindo a orientação de Limongi França, prefere-se chamar o que comumente se chamam de fontes do direito como formas de expressão, uma vez que fonte é de onde o Direito provém, que como explicado, é o Direito natural e a vontade humana na criação

⁴⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 105.

⁴⁸⁰ *Culpa e risco*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 217: “Além dos limites objetivos fixados em lei, possui o direito limites de *ordem teleológica ou social*, que antepõe aos poderes objetivamente conferidos ao titular do

das normas, escritas ou não, enquanto as formas de expressão são os modos em que o direito se exterioriza, assim conceituado: “os modos pelos quais o direito latente na natureza das coisas, à face das necessidades sociais, vem à tona da vida para compor o que se denomina o sistema jurídico”⁴⁸¹, em suma, os modos em que o direito se expressa, razão pela qual, por exemplo, a analogia não o é, mas sim um método de aplicação da lei.

Com essa consideração vê-se a importância de primeiro se verificar se os *standards* jurídicos são formas de expressão do direito, ou um método de aplicação.

Roscoe Pound os chama de categorias de instrumentos jurídicos, ao lado das regras, dos princípios e dos conceitos⁴⁸², e os define como um meio médio de conduta social correta⁴⁸³, assim como o egípcio Al-Sanhoury, definindo-os como uma grande linha de conduta que permite uma certa liberdade de ação e de adaptação para as circunstâncias variadas da vida social, visto que sua complexidade e a insuficiência das regras para resolver todas as questões⁴⁸⁴. Uma adaptação permanente do direito à vida social, mas com a idéia de instrumento, sem se apontar sua natureza jurídica.

Standard jurídico não se confunde com um princípio jurídico, muito embora sua abordagem como sinônimos. *Standard* significa algo básico, comum, sem qualquer característica extraordinária. Pode-se explicá-lo como uma padronização. Não modela o sistema jurídico, muito embora sirva como parâmetro de interpretação, porém pode estar contido em um princípio geral, já que é um elemento inerente a este ou a uma regra escrita.

O *standard* jurídico “é um critério de avaliação das relações jurídicas concretas que exprime a conduta social média e deriva ou da lei ou da jurisprudência”, na definição dada por Gerd Willi Rothmann⁴⁸⁵. Dessa forma, o *standard* tampouco se confunde com norma, já que, na comparação do autor, a norma apenas traz uma solução fixa para um determinado caso, enquanto o *standard* busca uma linha de conduta, *uma diretiva geral*

direito preceitos que vão além da legalidade expressa, que orientam o comércio jurídico entre os homens, sob a influência da *equidade*, da *boa-fé* e do *bem da coletividade*.”

⁴⁸¹ *Manual de direito civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1980, vol. I, p. 15.

⁴⁸² TUNC, André, *Standards juridiques et unification du droit*, Revue internationale de droit comparé, Année 1970, volume 22, n° 2, p. 247. In : <http://www.sup.education.fr/bib/>.

⁴⁸³ *Idem*, p. 248.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*. Assunto tratado em sua Tese “Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise », defendida em Lyon em 1925.

⁴⁸⁵ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 70, p. 491.

que deve guiar o juiz⁴⁸⁶. Rothmann, portanto, define o *standard* como sinônimo de brocardo jurídico, pois o revela como uma medida de conduta.

Guilherme Gonçalves Strenger⁴⁸⁷ afirma que o *standard* jurídico somente surgiu na segunda década do século XX⁴⁸⁸, “como um novo procedimento técnico de realização do Direito”, sendo um “poder reconhecido aos juízes, com preponderante caráter discricionário, no sentido de permitir a avaliação do fato segundo valores vigentes”. O autor faz uma certa confusão entre o conceito de *standard* jurídico e a técnica interpretativa e de integralização do direito, já que conclui que é “um procedimento que prescreve ao juiz levar em consideração o tipo médio de conduta social correta, pela categoria determinada de atos que estão sob o seu julgamento”⁴⁸⁹.

Uma medida de conduta exige um julgamento moral, o que também é levado em conta na própria substância do *standard*, daí a confusão de significados, entretanto, Rothmann afirma:

Se observarmos alguns *standards*, como o de “boa fé”, de *bonnus pater familias*, de “prudente arbítrio”, da “racionalidade”, das restrições contratuais etc., verificaremos que todos revelam uma idéia comum de racionalidade ou lealdade e justiça⁴⁹⁰. Ora, o próprio autor contraria o que apresenta como conceito de *standard*, uma vez que o reconhece como apenas um dos elementos, como o exemplo da “boa fé”.

Marcel Stati⁴⁹¹, em obra de 1927, compreende o *standard* da seguinte forma:

É processo que prescreve ao juiz de tomar em consideração o tipo médio de conduta social correta para a categoria determinada dos atos que ele julgará. Igualmente, na prática, exige-se forçosamente, para manifestar, uma fórmula elástica que constitui para o juiz a diretiva flexível, destinada a guiar e a lhe deixar uma certa liberdade de ação, na aplicação que ele deve fazer às espécies de submissão a seu exame.

⁴⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁴⁸⁷ “*Standard*” jurídico: aspectos cronológico-doutrinários, Repertório de jurisprudência IOB, nº 23, caderno 3 p. 635. O autor é juiz de Direito e mestre em Direito Civil.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 634. Entende que o processo genético está, embora de passagem, na escola alemã da “jurisprudência dos interesses”, representada por Ruemelin, Oertmann e Hech.

⁴⁸⁹ *Idem*, p. 633.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 491.

⁴⁹¹ *Les standards juridiques*, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 45 : *Lé procede qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger.*

Aussi, en pratique, emploie-t-on forcément, pour l'exprimer, une formule élastique qui constitue pour le juge la directive souple, destinée à le guider et à lui laisser une certaine liberté d'action, dans l'application qu'il doit en faire aux espèces soumises à son examen.

De fato, não há como se confundir *standard* com a própria norma, até porque sozinho não possui qualquer força coercitiva, ou na observação de Rubio⁴⁹², os *standards* servem para que o legislador os transformem em ponto de referência, para indicar qual a conduta que determinada pessoa deve adotar em certa circunstância.

Sem dúvida, na apreciação dos estudiosos do tema, a palavra *standard* sofreu uma modificação de significado quando incorporada ao vocabulário jurídico, mas é de bom alvitre que se resgate o verdadeiro sentido, de elemento básico, já que não se trata de uma metáfora, palavra com sentido diferente do original, pois é de uso cotidiano que se utilize a palavra para designar as coisas básicas. No comércio de carros, utilizando-se de um exemplo vulgar, o automóvel *standard* é aquele que vem apenas com o básico, sem acessórios especiais, como ar-condicionado e vidro de acionamento elétrico⁴⁹³. Pode-se, em seu entender, resumir-se como um modelo de conduta, que não cria uma obrigação por não ter conteúdo normativo, o que somente pode ocorrer pela norma que os incorpora⁴⁹⁴.

Por tudo o que aqui foi exposto, nota-se que não se justificou a natureza jurídica do *standard* jurídico, pois, assim como delineado quanto aos princípios gerais do Direito, fica a incerteza de qual regime jurídico está de acordo com sua operatividade, haja vista as diversas formas em que se apresenta.

Com efeito, pode-se apontar quatro possíveis situações para reconhecer o *standard* jurídico: como norma; critério interpretativo; parte integrante de uma norma ou regra de interpretação, ou fonte do direito.

Sozinho o *standard* jurídico nada faz, é apenas um substantivo, expressa apenas uma palavra, como *boa-fé*, ou, ainda, *risco*, como a probabilidade de um perigo, assim, ele não se confunde com a norma, que é um enunciado prescritivo. Se digo “boa-fé” o receptor da mensagem somente pode compreendê-la como confiança a alguma coisa, ou alguém, mas não a entende como um comando, porque o *standard* jurídico, enquanto substantivo, necessita do verbo para lhe dar sentido, uma vez que este imprime a noção de ação, muito embora não se esteja falando em poder de coação, mas quem avista uma placa escrito

⁴⁹² RUBIO, Delia Matilde Ferreira, *La buena fé: el principio general en el derecho civil*, Madrid: Montecorvo, 1983, p. 98.

⁴⁹³ *Les standards juridiques*, p. 46. Stati apresenta o substantivo *standardização*, contido no vocabulário francês, reconhecendo seu uso corrente na indústria. *La standardisation signifie alors, substitution d'un type moyen unique aux anciens modèles innombrables et variés, c'est-à-dire simplification et unification et, par là, uniformisation.*

⁴⁹⁴ RUBIO, Delia M. F., *op. cit.*, p. 99.

“pare”, não terá dúvidas sobre um comando para parar.

Igualmente não é possível intuí-lo como uma regra de interpretação, pois, como dito, só o substantivo não é capaz desse efeito, pois apenas dá o nome ao ser que existe dependendo de outro ser, por ser um substantivo abstrato⁴⁹⁵, em suma, está ligado à prática de uma ação e existência de uma qualidade ou sentimento humano.

O *standard* jurídico é parte de uma norma, seja regra escrita ou um princípio geral do direito, auferindo qualidade, ação ou existência ao que o enunciado deseja como modo de submeter um comportamento humano. Dessa forma, como parte de um princípio, por exemplo, possibilita que o juiz atribua outro sentido à regra, diferentemente se for possível entender que se trata de um critério interpretativo.

O que se tem que verificar é que a natureza do *standard* jurídico está de acordo com a emprego da norma em que está implantado, apresentando funções jurídicas diversas, consoante o contexto em que se apresenta.

Se o *standard* jurídico pode ser entendido como um modo de flexibilizar a lei, visto que inserido nas denominadas cláusulas abertas, um modo de aplicação das normas jurídicas, conclui-se que a norma na qual o *standard* jurídico está será apreciada em dois períodos: em um primeiro momento a conduta idealizada que está contida na máxima geral, v.g., a boa-fé como um agir honesto, praticando ou abstendo-se de praticar um ato que prejudique a quem se relaciona; em um segundo, a avaliação de quem recebe a mensagem contida na conduta, o que admite uma valoração do comportamento de acordo com que é esperado. É assim um fenômeno em perspectiva, contemplado nas variadas dimensões em que se apresenta ao observador.

Como já explicado, não somente na regra escrita, mas como todo princípio geral guarda em sua causa um critério de justiça e o elemento que lhe dá estrutura, o *standard* jurídico, é analisado consoante essa premissa, ou seja, o justo que lhe dá origem e não deixará de ser seu suporte.

Enquanto o princípio jurídico é um imperativo, um comando de conduta, que mantém a justiça como conteúdo que lhe qualifica, o *standard* é o que lhe dá significado e que em

⁴⁹⁵ ANDRÉ, Hidelbrando A. de, *Gramática ilustrada*, 2ª ed., São Paulo: Moderna, 1978, p. 97: “4. *Substantivo abstrato*, nome do ser que só tem existência dependente de outro ser, ou seja, nome de uma qualidade, de um estado, de um sentimento, de uma ação: beleza, crueldade, brancura, saúde, crença, ciúme, vivacidade, esperança, pulo, coroação, pensamento etc.”

sentido fenomenológico é uma padronização de comportamento, o fenômeno do comportamento humano. Ou seja, é um padrão que não se confunde com o dispositivo jurídico, que trata de sua operabilidade.

Por fim, convém realçar o que já exposto, sobre a legitimidade das decisões jurídicas e os métodos interpretativos, que o comportamento humano não pode ser reduzido a uma equação matemática, por mais complexa que possa ser a fórmula apresentada, até porque toda generalização provoca lamentáveis enganos, razão pela qual não é possível nesse trabalho apontar qual o enquadramento adequado para os parâmetros de conduta esperados, mas assinalar o rumo para a solução mais adequada.

Conclui-se que os *standards* jurídicos não são formas de expressão do direito, tampouco um método de aplicação da lei, mas sim um critério de aferição da conduta social média, nos termos que Gerd Willi Rothmann o definiu no verbete da Enciclopédia Saraiva do Direito, e acima exposto, que nunca demais se repetir, isto é, “um critério de avaliação das relações jurídicas concretas que exprime a conduta social média”, sendo que muito embora entenda o autor que deriva ou da lei ou da jurisprudência, entende-se que decorre do Direito natural, enquanto relativo a uma conduta humana.

1.1.1 – *Standards* e o conceito jurídico indeterminado

Uma coisa é a noção de *standard* jurídico, que está presente no sentido de normatização do direito, outro é o preenchimento de seu conteúdo, em vista a um que esteja especificado, que não encontra um critério universal e imutável.

Diz-se que um conceito jurídico indeterminado é aquele sinônimo de uma regra que contém um componente impreciso, que autoriza uma interpretação, que levam a determiná-la como “cláusula aberta”,

Como dito acima, o *standard* jurídico é o conteúdo **básico** e **essencial** de uma norma jurídica, que exige uma interpretação para sua completude, por não consistir em um conceito estático e imutável, muito embora não possa ser compreendido com o mesmo sentido que o conceito indeterminado, pois o que têm em comum é a necessidade de seu

preenchimento como critério de integração. O *standard* tem a função de aplicação de critérios valorativos, os ideais que inspiram o ordenamento jurídico, enquanto a norma informa esses valores. Assim, não é adequada sua utilização como sinônimo, muito embora isto seja o usual.

1.1.2 – *Standards* e os costumes

Os costumes são definidos como a regra que é aceita como obrigatória, sem que tenha sido imposta por um poder público, porém decorrente da consciência do povo que, por sua prática reiterada durante um longo tempo acredita em sua imprescindibilidade. Como aponta Limongi França, são necessários cinco requisitos: a) continuidade; b) uniformidade; c) diuturnidade; d) moralidade; e) obrigatoriedade⁴⁹⁶.

Ainda nas palavras de Limongi França:

O *standard jurídico*, categoria importada da *Common Law*, e pouco estudada entre nós, consiste num *critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço*. Exemplo: a noção de “bom pai de família”, de “castigar imoderadamente o filho”, de “cuidar da coisa como se sua fosse”. À Jurisprudência, baseada em elementos fornecidos pelo direito científico, incumbe definir-lhe o sentido, *hic et nunc*⁴⁹⁷.

Para o saudoso professor, o *standard* jurídico é uma categoria de costume erudito, que participa ora da jurisprudência, ora do costume científico, todavia não é possível concordar com sua posição, acima exposta, pois o *standard* não foi incorporado da *common law*, mas é inerente ao direito, enquanto fenômeno normativo.

A definição de seu sentido é que trazido, entre outros modos, pelos costumes, ainda que pelo científico e jurisprudencial, assim não há como confundir-lhes os conceitos.

⁴⁹⁶ *Manual de direito civil*, v. 1, p. 22.

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 23.

1.1.3 – *Standards* e a *common law*

A *common law*, ou “lei comum”, adotada nos países de origem anglo-americana, com origem no direito não escrito inglês a partir do século XII tem como primeiro modo de manifestação a jurisprudência e os costumes, em que o direito é revelado por indução e se desenvolve e evolui com o passar do tempo. Nesse sistema uma decisão judicial se baseia em outra decisão semelhante, em um encontro “da última decisão pertinente”, denominado *stare decisis*.

Na criteriosa observação de Louis Assier-Andrieu:

Os juízes são depositários das leis, que eles conhecem pelo estudo e pela experiência, mas sobretudo em virtude de sua familiaridade com as decisões dos predecessores, elas próprias fundadas na observação do costume – conceito que conhecemos bem -, receptáculo do direito⁴⁹⁸.

Mesmo no sistema da *common law* o juiz não cria o direito, mas o revela, pois o direito já existe e ainda que se utilize do precedente, há de se observar que esse foi antecedido pelos costumes como fonte primeira, razão pela qual os *standards* desenvolveram-se com importante papel nesse sistema, em que assumem uma função de modelo.

O *standard* jurídico não é uma criação da *common law* que se espalhou para outros sistemas jurídicos, mas que encontram funções diversas, visto que, se entre nós visa a flexibilizar a norma, para eles o sistema já é estruturalmente maleável.

1.1.4 – Revelação dentro ou fora do direito

Para a definição do sentido de um *standard* jurídico, como critério de aferição da conduta social média, parte-se de uma norma, seja regra escrita ou um princípio geral do direito, auferindo qualidade, ação ou existência ao que o enunciado deseja como modo de submeter um comportamento humano.

⁴⁹⁸ *O direito nas sociedades humanas*, trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 222.

Como dito, o *standard* jurídico sozinho é apenas um substantivo e a revelação de seu sentido dependerá de uma integração entre as várias ciências subsidiárias do direito, como a sociologia, psicologia e a filosofia. Em face das necessidades humanas, levando-se em conta o momento o preenchimento de seu conteúdo será revelado ora fora, ora dentro do direito, uma vez que representa o fenômeno do comportamento humano.

Tradução de uma maleabilidade das normas, somente é possível compreendê-lo como uma revelação externa ao direito, uma vez que as comunidades humanas são como um modelo de sistema aberto, ou seja, uma organização que recebe influência do meio exterior, muito embora seu modo auto-regulador e a capacidade de mudar, como modo de manter-se existente.

Uma influência apenas interna ao direito, não criaria condições de adaptabilidade e crescimento dos conceitos sociais.

1.2 – Unificação ou globalização do direito pelos *standards*

O direito apresenta uma característica de territorialidade e assim se apresentam nas múltiplas legislações dos países por razões claras de diversidade de culturas, moral e influência religiosa, entre outras, destarte como as diferenças de necessidades para o desenvolvimento social e econômico de cada lugar, muito embora o sistema jurídico de uma localidade possa influenciar o de outra, visto o conceito aberto das culturas humanas.

Uma inquietude do século XX foi a possibilidade de união entre os países, a fim de diminuir ou eliminar diferenças que viessem a criar conflitos, tendo como precursora a “Liga das Nações”, instituída em abril de 1919 como modo de preservação da paz mundial e destinada à resolução dos conflitos internacionais por meio da mediação e arbitramento, contando como meio de coerção o exercício de sanções econômicas e militares, que no entanto não obteve êxito a evitar a II Grande Guerra, assim como outras intervenções armadas, que lhe foram anteriores, tendo sido dissolvida em 1946, em razão da invenção da ONU – Organização das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, muito embora tenha surgido com as mesmas finalidades da Liga das Nações, também desenvolve projetos para a educação, saúde, cultura, atenção à infância, combate à pobreza, ações humanitárias.

Em nome da soberania nacional, não pode haver uma ingerência externa na elaboração legislativa de determinado país, todavia consoante a formação histórica e cultural de cada um, as influências são inevitáveis, motivo pelo qual o Código Napoleão tanto inspirou a legislação privatista dos países ocidentais, assim como o nosso próprio Código Civil.

Porém, agrupado o direito em classificações, como o direito de família, direito econômico, por exemplo, quando confrontados pelos sistemas jurídicos de diversos países, podem apresentar divergências, de acordo com o tipo de civilização que representam, mas a comparação entre esses diversos sistemas facilita a criação do direito e sua evolução, com a troca das diversas experiências.

Como diz o Professor francês Jean-Louis Bergel, ressaltando a importância do estudo do direito comparado, “nenhuma reforma pode ser validamente proposta sem estudo prévio dos direitos estrangeiros: uma imitação racional de suas leis e de suas instituições deve inspirar a lei nova, de acordo com o meio ao qual deve ser aplicada”⁴⁹⁹, o que pode levar ao encontro de uma afinidade entre os diversos sistemas, decorrentes da necessidade da vida social, o que motivou à ONU a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, assim como os documentos jurídicos que emite, como as convenções internacionais, com poderes de coerção consoante a legislação de cada país signatário, que são atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que abordem assunto de interesse geral. Ainda os tratados, atos bilaterais ou multilaterais aos quais se deseja atribuir especial relevância política e os protocolos, acordos menos formais.

Para Bergel, os tratados podem ter o interesse de promover a uniformização das leis nacionais com o interesse comum dos países signatários e “organizam uma transferência de competência e de soberania para os órgãos comunitários e favorecem em importantes áreas a unificação de legislações”⁵⁰⁰.

Para o fortalecimento dos interesses econômicos alguns países europeus formaram uma união, que teve como mote o por fim às guerras entre eles, tendo por início o ano de 1950 com a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço, fundada por seis países, Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Em 1957, o Tratado de Roma institui a Comunidade Econômica Européia (CEE) ou “Mercado Comum”, sendo

⁴⁹⁹ *Teoria geral do direito*, trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Gavião, Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 175

⁵⁰⁰ *Idem*, p. 179.

que a Dinamarca, Irlanda e Reino Unido aderem em 1973 e já em 1979 os europeus desses países passam a eleger seus deputados para o Parlamento Europeu.

Com o fim do regime comunista nos países europeus, na década de 1980, abrem-se novas oportunidades com a incorporação da Grécia, Espanha e Portugal, o que facilita para que em 1986 seja assinado o “Ato Único Europeu”, um Tratado que prevê um vasto programa para seis anos destinado a eliminar os entraves que se opõem ao livre fluxo de comércio na União Européia, criando assim o “Mercado Único”. Em 1995 entram para o bloco Áustria, Finlândia e Suécia. Destaca-se que o “Mercado Único” em 1993 adquiriu as chamadas “quatro liberdades”, ou seja, livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais.

O grande marco da unificação é a adoção de uma moeda única em 1º de janeiro de 2002, o euro, e em 2004 mais 10 países da Europa central e oriental são adicionados: Estónia, Eslováquia, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polónia e República Checa, Chipre e Malta. Em janeiro de 2007 ingressam a Bulgária e a Romênia.

São políticas, moeda e interesses comuns entre países com culturas tão diversas, muito embora todos situados no mesmo continente, porém o Tratado de Maastrich estabeleceu três objetivos de integração: integração econômica e social; política externa e segurança comum; políticas imigratórias e de cooperação judiciária e policial. É natural que a preocupação quanto a interpretação das normas acarrete uma necessidade de elementos comuns, como um modo de harmonizá-los, sem a criação de conflitos, muito embora as divergências que impeçam a prolação de uma constituição comum.

Diversa é a situação do Mercado Comum do Sul – Mercosul, criado em 1991, do qual faz parte o Brasil, posto possuir finalidade basicamente econômica, procurando facilitar o livre comércio entre as nações que dele fazem parte.

Desse modo, os europeus preocupam-se com os *standards* e, principalmente, com sua concreção prática, assim como é um interesse mundial, em virtude dos tratados e convenções internacionais. Os *standards* assumem nesse caso o papel primordial de uma integração jurídica, com o escopo de padronizar a interpretação jurídica, todavia há outro sentido quando o interesse é a padronização da legislação.

Tome-se com exemplo a Assembléia Geral da ONU, que em 20 de dezembro de 1993 adotou “A regra *standard* das Nações Unidas”, para a integração de pessoas deficientes, ou

de muitas outras, mas que têm somente o sentido de padronizar uma proteção, com a indicação de um mínimo de atuações para as quais os países signatários devem obedecer, ao contrário de uma padronização de preenchimento de conceitos emanados de um *standard* jurídico.

Assim, não há que se confundir um *standard* jurídico com norma *standard*, que servem para a padronização globalizada de bens e serviços, facilitando o intercâmbio entre as nações, para que não haja divergência tecnológica, intelectual e científica, razão pela qual foi criada a *International Organization for Standardization* – ISO, em 1947, uma entidade não-governamental com sede em Genebra, na Suíça, o que para nós seria semelhante a ABNT – Associação Nacional de Normas Técnicas. Essa normatização padronizada busca a produção e a comercialização de modo mais competitivo, tanto no mercado interno como externo.

As normas *standards*, sem dúvida, é uma maneira de unificar o direito, com vista ao comércio, enquanto o *standard* jurídico não tem a mesma função, mas a de flexibilizar a legislação na interpretação localizada.

1.3 - A manifestação sobre *standards* nas Cortes europeias

Na 8ª Conferência de presidentes das Cortes Supremas da União Européia, o primeiro presidente da Corte de Cassação francesa, Guy Canivet, em discurso de 26 de outubro de 2006⁵⁰¹, pronunciou-se com a preocupação de que o acesso a uma boa justiça se faça por

⁵⁰¹ 8ème conférence des présidents des cours suprêmes du Conseil de l'Europe, à Paris, le 26 et 27 octobre 2006 :

Allocation d'ouverture de Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation.

(http://www.courdecassation.fr/internationale_br_5/conventions_jumelage_628/presidents_cours_9501.html - consultado em 05/02/07):

L'accès à la cour suprême forme l'un des aspects du droit au procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention EDH et de ses nombreux développements jurisprudentiels sur le droit au juge. C'est une des lignes de force de la politique du Conseil de l'Europe dans l'élaboration des standards minimum d'une bonne justice.

(...)

meios de uma padronização mínima de políticas processuais, considerando que os Estados europeus estão unidos e pretendem encontrar um caminho moderado para a solução de conflitos assemelhados, pois visto possuírem um mesmo padrão monetário, convém que o acesso à justiça tenha um mínimo de igualdade.

Na revisão dos Tratados da União e das Comunidades Europeias para padronizar as Cortes superiores europeias, em conferência realizada em Lisboa em 27 e 28 de novembro de 2004, Rui Manoel Moura Ramos, vice-presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, apresentou o mesmo discurso de padronização⁵⁰²:

Só que, e regressando agora especificamente à questão da proteção dos direitos fundamentais, a intervenção do *Bundesverfassungsgericht* pressuporia que se pudesse demonstrar que a evolução do direito e da jurisprudência comunitária tivesse reduzido a tutela destes direitos a um *standard* inferior ao mínimo indispensável – é a ausência de demonstração deste pressuposto que conduziu aquele tribunal a, na falta de prova, de que a proteção necessária dos direitos fundamentais se não encontra garantida de maneira geral no quadro comunitário, considerar inadmissíveis os recursos constitucionais contra atos comunitários sob pretexto de que estes violariam direitos constitucionais garantidos pela Constituição alemã.

A jurisprudência italiana utiliza a expressão *standard* como um padrão mínimo de garantia de direitos, como se vê nas decisões da Corte Constitucional da Itália⁵⁰³.

Dans de nombreux arrêts, la Cour EDH questionne cette effectivité et rappelle aux juridictions supérieures leur rôle déterminant et la nécessité de prendre des mesures pour faciliter l'application des standards du procès équitable.

⁵⁰² <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020202.html?pesquisa=standard#PESQ001>, pesquisado em 05/02/07.

⁵⁰³ *Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, della legge della Regione Emilia-Romagna 17 dicembre 2003, n. 26, censurato, in riferimento agli artt. 117, commi secondo, lettere s) ed a), e terzo, e 118 della Costituzione, perché, disciplinando la predisposizione di "piani di emergenza esterni", relativamente agli stabilimenti in cui si impiegano sostanze pericolose, al fine di limitare gli effetti dannosi derivanti da incidenti rilevanti, ne attribuisce la competenza alle Province. Premesso che la tutela dell'ambiente, di cui alla lettera s) dell'art. 117, secondo comma, Cost., non preclude l'adozione da parte delle Regioni di una disciplina maggiormente rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale e che, per quanto riguarda, in particolare, la protezione civile, l'art. 20 del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334, il quale prevede la predisposizione di piani di emergenza esterni agli stabilimenti in cui si impiegano sostanze pericolose a cura del prefetto, d'intesa con le Regioni e gli enti locali interessati, previa consultazione della popolazione, riserva allo Stato il compito di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, con regolamentazione che esclude la incompatibilità della competenza esclusiva dello Stato con interventi specifici del legislatore regionale, l'attribuzione alle province, da parte della Regione, con l'art. 3 della legge impugnata, di una competenza amministrativa ad essa conferita dall'art. 72 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, non solo non viola la potestà legislativa dello Stato, ma costituisce applicazione di quanto alla Regione consente la stessa legge statale, sia pure in attesa dell'accordo di programma previsto dalla norma statale; e la normativa impugnata non è operante, in quanto le funzioni attribuite alle province in ordine alla valutazione del rapporto di sicurezza saranno esercitate solo e a seguito del perfezionamento della procedura di cui al citato art. 72, comma 3, d.lgs. n. 112 del 1998, cioè*

O Tribunal Constitucional da Espanha, o termo *standard* é utilizado como solução seriada das decisões judiciais⁵⁰⁴. Por outro momento, o mesmo tribunal lhe dá uma característica de um comportamento reiterado⁵⁰⁵.

O *standard* é utilizado na Europa como uma padronização de comportamento ou padronização de julgamento, para atingir um conceito de justiça pré-estabelecido, principalmente quando diz respeito à Europa unificada e sua necessidade de julgamentos legítimos para todo seu território, para que não parem contradições, assim como a adoção de uma moeda única, todavia não se pode esquecer da idiosincrasia de cada povo que compõe essa região, até mesmo dentro de um único país, que apresenta população de características diversas e próprias.

dopo che sarà perfezionato l'accordo di programma tra Stato e Regione per la verifica dei presupposti per lo svolgimento delle funzioni, nonché per le procedure di dichiarazione.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 169, della legge n. 311 del 2004 sollevata in relazione agli articoli 8, numero 1), numero 9), numero 10) e numero 16), del d.P.R. n. 670 del 1972, 5, numero 16), e 8 della legge costituzionale n. 1 del 1963, 117, commi quarto e sesto, della Costituzione, in relazione all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001; al d.P.R. n. 474 del 1975, "con particolare riferimento all'art. 2"; all'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992; ai principi costituzionali di legalità sostanziale e di leale collaborazione, in quanto la disposizione impugnata non detterebbe «alcuna disciplina di base idonea a circoscrivere il potere normativo secondario». Infatti la determinazione degli standard e dei LEA è delimitata dai principi generali del d.lgs. n. 502 del 1992 e dalle determinazioni del Piano sanitario nazionale, mentre sul piano procedurale resta prevista in ogni caso, anche per effetto dell'odierna pronuncia, l'intesa in sede di Conferenza permanente. Tenendo presente che si opera nell'ambito di una materia altamente tecnica come quella della individuazione delle prestazioni relative all'assistenza sanitaria, le pur limitate predeterminazioni legislative di criteri e di limiti al potere normativo secondario appaiono sufficienti per escludere il vizio denunciato.

⁵⁰⁴ Conforme o extrato do julgamento a seguir transcrito:

Es cierto igualmente que se ha admitido la validez de las resoluciones «seriadas» o standard en la medida en que permitan conocer las razones tenidas en cuenta por el juzgador, pero lo que no cabe es la admisión de resoluciones como las dictadas en el caso que nos ocupa, en que ninguna de las alegaciones esgrimidas por el recurrente ha sido tenida en cuenta o contestadas.

⁵⁰⁵ Como se vê pelo trecho a seguir:

Reconoce el Defensor del Pueblo que la naturaleza orgánica de una Ley no impide su desarrollo reglamentario. No obstante, afirma que el desarrollo reglamentario sólo será aceptable cuando el reglamento se limita a ser norma complementaria de la Ley y no una disposición autosuficiente y soberana. En definitiva, según el recurso, «para que un reglamento pueda desarrollar una Ley, en este caso orgánica, es necesario que ésta contenga las bases que delimiten con precisión el objeto y alcance de la delegación, es

1.4 - Classificação

Como regras de valor, as cláusulas gerais contêm *standards*, assim como os princípios jurídicos, que mantêm a mesma conotação de qualificar suficientemente para fundamentar e justificar a norma que os contêm. Em determinado momento aparecem de modo explícito no ordenamento, quando estão descritos no corpo da regra jurídica, como o contido no art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os *bons costumes*.” *Bons costumes* é um *standard* e o artigo é claro ao apontá-lo.

E outro período o *standard* estará implícito no ordenamento, como é o caso de *justo*, ou *justiça*, que se extrai de todo o seu corpo, já que não pode haver uma lei injusta, ou qualquer atividade humana que privilegie o contrário.

Será possível observar que o *standard* se apresenta como um comportamento humano, como o agir honestamente ou, no dizer do *caput* do art. 1.011, do comportamento do homem probo, ao determinar que: “O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

O *standard* ainda terá destinação *interpretativa quantificadora*, pois seu conteúdo remete ao trabalho do exegeta em encontrar e definir seu alcance, como o art. 562, em que o juiz deve revelar qual seria o prazo *razoável* que o donatário teria para exigir o cumprimento da obrigação em se tratando de doação onerosa, assim como quando *equitativamente* deve fixar a indenização (parágrafo único do art. 953). Igualmente, haverá a *interpretativa qualificativa*, isto é, relativo a uma qualidade humana, como os vários contidos no art. 187, que dispõe que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou *social*, pela *boa-fé* ou pelos *bons costumes*.

A regra que contém um *standard* atributivo de valor confere ao juiz o dever de investigar se a atividade desenvolvida estava de acordo com os critérios pré-estabelecidos daquilo a que se atribui como um padrão adequado, inerente, como no exemplo do art. 187,

decir, establezca un standard discernible, una directiva normativa precisa y singular, inequívoca en su contenido, y no una cesión formal o en blanco de poder normativo.

de que a conduta está limitada pelo padrão social, pelo agir com confiança e dentro da marca moral estabelecida. Por outro lado, não se pode deixar de apontar que o conteúdo do *standard* impõe limites ao comportamento humano, no exercício de direitos.

Como padrão de conduta o *standard* jurídico merece interpretação, haja vista que é formalizado de maneira genérica e coloquial, em que uma mesma expressão pode apresentar significados diversos, consoante o contexto legislativo no qual se apresenta, para lhe atribuir o sentido mais adequado na concretização do que se acredita ser justo. É assim que boa-fé, por exemplo, é apresentada pela doutrina em sentido objetivo e subjetivo, mas que na realidade, o que se verá mais adiante, dependerá da expressão que a norma lhe quis emprestar.

Interessante notar, que no critério de interpretação jurídica pelo sentido literal, que seria em primeiro momento o significado que se buscará para compreender um *standard* jurídico, o que será considerado: o uso da expressão no momento da edição da lei ou o uso presente da expressão?

Larenz, ao apresentar o critério interpretativo do sentido literal da linguagem, muito embora não se referindo especificamente aos *standards*, mas à interpretação em geral, responde essa indagação da seguinte forma:

É recomendável tomar como limite da interpretação o sentido literal que é hoje possível, no caso de, deste modo, se possibilitar uma interpretação que chegue a ser mais conforme com o fim ou com a idéia de base da norma. Pois que, de qualquer modo, o leitor de hoje capta o sentido da norma segundo a sua compreensão atual da linguagem de maneira que não lhe acontece nada que não tenha sido de alguma maneira presumido se puser esse sentido de ora em diante como base de interpretação⁵⁰⁶.

De fato, há de se concordar com a conclusão, uma vez que está de acordo com a vontade do legislador, visto que escolheu legislar com expressões jurídicas que se adaptassem ao tempo de sua aplicabilidade.

Contudo, deve se encontrar um meio de se evitar uma contradição de valoração.

Ainda, o *standard* jurídico apresenta-se na regra ora como *atributivo de direitos*, ora como *atributivo de deveres*. Atributivo de direitos é o dispositivo expresso no art. 309, quando o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido. Atributiva de deveres,

⁵⁰⁶ *Metodologia da ciência do direito*, p. 456.

como exemplo típico é a regra do Art. 413, ordenando que a penalidade seja reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Dessa maneira, esquematiza-se a classificação dos *standards* jurídicos, não enquanto observados isoladamente, mas quando inseridos na essência da regra jurídica, do seguinte modo:

- a) Regra em que o *standard* jurídico é explícito e regra em que ele é implícito;
- b) Regra em que o *standard* jurídico tem a função interpretativa quantificadora e regra com função interpretativa qualificadora;
- c) Regra em que o *standard* jurídico é limitativo de direitos;
- d) Regra em que o *standard* jurídico tem a função atributiva de direitos, e regra em que é atributivo de deveres.

2 – OS *STANDARDS* JURÍDICOS NO CÓDIGO CIVIL

Os princípios gerais e as regras do Código Civil contêm *standards* jurídicos que merecem a adequada apreciação individual e contextualizada para vislumbrar sua adequada reflexão criativa. Assim, buscar-se-á indicá-los separadamente.

Muitos são os *standards*, explícitos ou implícitos como honestidade, razoabilidade, entre outros, mas na essência, podem ser examinados o do justo, boa-fé, razoabilidade, probidade, risco e equidade, por serem os adequados para a correta interpretação de um negócio jurídico, para a reparação do dano, assim como para descrever as demais relações jurídicas privadas, o que se extrai dos dispositivos legais expressos no Código Civil, do mesmo modo que decorrem do sentido que lhe dá o texto, por força daquilo que é natural às relações jurídicas humanas.

Nos termos do art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”. Para o art. 944, parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Claro que de outros dispositivos é possível extrai-los, mas estes dois são os necessários como indicação de comando a ser obedecido.

Diga-se, quanto ao art. 422, que está complementado pelo art. 113 do Código Civil, que determina a necessidade de se interpretar os negócios jurídicos de acordo com a boa-fé e os usos do lugar onde foram celebrados.

É possível, desde já afirmar, que muito embora os *standards* indicados, todos compõem um único, ou seja, correspondem à noção de justiça e é por isso que se faz necessário analisar o *standard* justo, ou de justiça, fonte primeira de qualquer conclusão que se pode tirar dos demais *standards* jurídicos.

2.1 – Justiça

O justo é a virtude por excelência.

O DIGESTO de Justiniano contém uma passagem que estimula o estudo do que é justo, que em tradução vulgar seria a seguinte: “Os que se vão dedicar ao estudo do direito devem começar por saber donde vem a palavra ‘ius’. Na verdade, provém de ‘iustitia’: pois (retornando uma elegante definição de Celso) o direito é a arte do bom e do equitativo”⁵⁰⁷. Muito embora não haja tradução para “ius”, o justo é uma qualidade sua e, portanto, não há como se entender “ius” sem compreender o que seja justo.

Assim, não é possível abranger a natureza do direito sem compreender o que seja justo, este que é o *standard* jurídico supremo e a tentativa a seguir é uma maneira de encontrá-lo ou compreendê-lo, sobretudo porque os demais *standards* jurídicos dele decorrem, são sua conseqüência lógica, visto que não é possível conceber o que seja boa-fé sem que se saiba o que é justo, ou ainda, não seria possível desenvolver a concepção do que se pretende como função social do contrato sem buscar o que é justo, razão pela qual este será o primeiro *standard* a ser agora estudado.

2.1.1 - A escolha de modelos legislativos justos

Como bem lembra Carnelutti, o legislador também está limitado por um critério de justiça na elaboração de sua atividade criadora de regras, e muito embora seja possível classificar as leis como lógicas, psicológicas, éticas, econômicas, entre outras, todavia todas obedecem ao fenômeno do Direito, que rigorosamente não terá nenhum valor se não responder à justiça⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Tradução do latim para o francês de John Gilissen e para o português, pelos tradutores de sua obra, Introdução Histórica ao direito, p. 97.

⁵⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Metodologia del derecho*, p.25: *Pero todavia no es esta todo, en taeria de reglas que se encuentren no dentro del Derecho sino sobre el Derecho. Me atreveré a decir que esta es lo*

Para se compreender o que venha a ser justo ou justiça, creia-se ser necessário procurar um parâmetro histórico da imposição de normas à sociedade, sejam escritas ou não escritas. Não se pretende definir se o ser humano é bom ou mau, mas que a bondade é condição indispensável para se viver harmoniosamente em grupo, ou pelo menos os sinais exteriores de uma bondade, já que não há controvérsias sobre a noção de que os princípios gerais demonstram um conceito do que é justo, portanto do que é bom.

Em algum momento do desenvolvimento humano, os homens observaram que viverem juntos era mais conveniente para a sobrevivência individual, uns protegendo os outros dos perigos desconhecidos da natureza. Unidos seriam mais fortes, mais capazes, daí se dizer que o homem é um ser social, que não sobrevive no isolamento.

Para que essa convivência comunitária fosse viabilizada constituíram normas de conduta, primeiro as mais simples até às mais complexas, à medida que o grupo ia elaborando melhor suas relações sociais. Era uma exigência que decorria naturalmente da convivência humana, observável sempre, seja em micro ou macrocosmos. Cada família institui normas próprias para serem seguidas por seus membros. Indivíduos que cumprem penas em prisões criam normas de conduta a serem obedecidas sob pena de castigos muitas vezes mais severos do que os impostos pela sociedade livre.

Em seu prefácio, à sua monumental obra *Tratado de direito privado*, Pontes de Miranda afirma que⁵⁰⁹ “os princípios jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criada pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem”. Reconhece, portanto as relações jurídicas como sociais e o sistema jurídico como necessário para diminuir “o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite”⁵¹⁰.

Os cientistas do Direito vinham ao longo da história a enquadrá-lo em uma proposição estática. Por muito tempo o Direito era advindo da natureza e esta natureza poderia se

menos. Lo de más es aquello que hace más arduo y casi inaccesible, en su cima, la tarea de la ciencia. Lo cierto es que no sólo a las leyes lógicas, psicológicas, físicas, económicas y, sobre todo, a las éticas, obedecen los fenómenos del Derecho. Y aun cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador no vale nada si no responde a la justicia.

⁵⁰⁹ *Tratado*, cit., parte geral, Tomo I, p. IX.

⁵¹⁰ *Idem, ibidem.*

confundir com a inspiração divina ou, mais tarde apenas como sistema biológico em si, sendo imutável e universal. Não tendo sido suficiente essa explicação, a ciência voltou-se para uma concepção positivista, isto é, o Direito somente pode ser aquilo traduzido em normas, sendo uma criação humana sem qualquer consideração com a natureza, até porque variava conforme os povos e o espaço temporal.

A condição humana, que cria o Direito, é uma característica natural a todas as gentes e povos, mas não no sentido que lhe dá Siches⁵¹¹, ou seja, uma natureza psíquica, por não ser corpórea, e temporal, mas sobretudo no conteúdo extraído de Hannah Arendt⁵¹², que não se confunde com natureza humana em si.

Se há algo inato no ser humano é seu instinto por sobrevivência e, como consequência lógica, um instinto de estabilidade, uma procura incessante de controlar o futuro dos acontecimentos, pois o domínio é uma forma de se sentir seguro, como se fosse a única forma de sobreviver⁵¹³.

Sempre se cria mecanismos de controle dos fatos da vida, como garantia de sobrevivência, e esse pode ser manipulado pelas normas. Parece uma afirmação de conteúdo positivista, considerar que a ordem é necessária para a manutenção da harmonia

⁵¹¹ SICHES, Luis Recaséns. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, op. cit., p.39: *Lo psíquico está constituido por un conjunto de resortes, de instrumentos, de mecanismos (imágenes, memoria, impulsos, emociones, etc., etc.), que por muy distintos y heterogéneos que sean de los fisiológicos, que por irreductibles que resulten a éstos, sin embargo tienen esa dimensión de mecanismo, son una serie temporal de fenómenos.*

⁵¹² Hannah Arendt em sua obra, *A condição humana*, avalia a situação do ponto de vista das mutações normativas humanas, no sentido de que a norma molda o caráter humano como uma necessidade de controle dos instintos que podem levar à destruição do grupo, do contrário tudo seria desconexo e instável.

ARENDRT, Hannah, *A condição humana*, trad. Roberto Raposo, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 19: “Por outro lado, as condições da existência humana – a própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade e o planeta Terra – jamais podem ‘explicar’ o que somos ou responder a perguntas sobre o que somos, pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto.”

P. 31: “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens.”

P. 50: “Ao invés da ação, a sociedade espera de cada um de seus membros um certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a ‘normatizar’ os seus membros, a fazê-los ‘comportarem-se’, a abolir a ação espontânea ou a reação inusitada.”

⁵¹³ RECASSENS SICHES, Luis *Vida humana, sociedad y derecho*, op. cit. De certo modo é o que Siches chama de segurança, mas não exatamente o aqui proposto, já que para ele, o que fundamenta o jurídico é uma seguridade da vida social, enquanto entende que é um instinto pela própria sobrevivência. Assim, diz o autor: p. 209: *A la luz del tema examinado en el capítulo anterior despunta ya cuál sea la motivación radical de lo jurídico, es decir, su primera raíz vital (el por qué y para qué los hombres elaboran Derecho). Ciertamente que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado sino en*

do grupo social, entretanto qualquer tribo indígena escondida nos confins de uma floresta apresenta normas de conduta. Não se vive sem normas.

Freud expõe em Totem e Tabu as interdições comuns às diversas sociedades, como a proibição do incesto, uma necessidade da convivência⁵¹⁴ harmoniosa, sem a qual o grupo estaria fadado a não sobreviver.

O grupo, a sociedade, organiza-se e impõe suas normas de conduta visando uma harmonia de convivência, sem a qual não seria viável a vida “civilizada”.

Não há como viver fora das normas imposta pela civilização. Está-se sujeito às normas de um determinado espaço de tempo e lugar, não havendo possibilidade de escapar das garras do sistema normativo. Pode-se viver como um andarilho, dormir nas ruas, não trabalhar, viver de esmolas, mas se uma dessas pessoas vive à margem da sociedade e comete um crime irá se sujeitar ao sistema vigente, responsabilizando-se pelo ato que praticou. Vive-se à margem e não fora do sistema.

Não se cuida, até o momento, de discutir se o sistema impõe normas justas, morais e equânimes, mas apenas a confirmação de sua imposição, a todos sem distinção.

A intenção é a harmonia das relações sociais, para que a vida no grupo não se torne impraticável por falta de organização e para isso devem apresentar certo nível de coerência, para a devida aderência do grupo à sua obediência.

As normas surgem pela observação do que é bom e nesse sentido diz-se que o direito busca o justo, contudo algumas situações são imposições para o encontro de um justo idealizado.

la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad.

⁵¹⁴ Totem e tabu, trad. Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago, 1974, p. 53. Como afirma: “É igualmente claro por que é que a violação de certas proibições tabus constitui um perigo social que deve ser punido ou expiado por todos os membros da comunidade se é que não desejam sofrer danos. Se substituirmos os desejos inconscientes por impulsos conscientes, veremos que o perigo é real. Reside no risco da imitação, que rapidamente levaria à dissolução da comunidade.”

2.1.2 Um esforço elucidativo da questão

Refletindo sobre o Código Civil de 1916, pode-se, a princípio, afirmar que ele representava a família patriarcal do final do século XIX, a família rural fundamentada nos indissolúveis laços do casamento, no entanto, este não era o modelo vigente na época, ao contrário. O sistema imposto pela lei positiva e o modelo de família que ele induz leva a algumas conclusões acerca do que seria um justo idealizado.

Sem diminuir a importância do modelo patriarcal na formação brasileira, Mariza Corrêa em sua obra, *Repensando a família patriarcal brasileira*, descreve outros modelos e, o que é mais importante, salienta que o casamento era uma situação vivida pelas classes dominantes, que para o restante da população era um fato excepcional⁵¹⁵, até porque a classe social influenciava, como atualmente, na escolha de modelos familiares legislativos, contudo ao final do século XIX predominava o concubinato e as uniões ocasionais para a população composta de pessoas livres e pobres⁵¹⁶, o que demonstra um dado importante, ou seja, o modelo de família que serviu de base para o Código Civil de 1916 não era o predominante.

Eni de Mesquita Samara afirma, com base em dados demográficos, que “as normas e valores ideológicos relativos ao casamento e à organização da família que vigoraram entre a elite dominante, não se estendiam aos homens livres e pobres de recursos e de bens a transmitir”⁵¹⁷. Dessa forma, talvez seja presunçoso dizer, que a legislação de então não refletiu os anseios da população, mas traduziu o pensamento da elite dominante no país, com a imposição de um modelo familiar unicamente fundamentado no casamento e na filiação legítima, o que permitia a manutenção do patrimônio e a força da família oficial.

Ousa-se discordar do que afirma Gilberto Freyre, de que, “a família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em

⁵¹⁵ *Repensando a família patriarcal brasileira*, São Paulo, Brasiliense, 1982, p. 28, trazendo lição de Caio Prado Junior.

⁵¹⁶ SAMARA, Eni de Mesquita. *A constituição da família na população livre (São Paulo no século XIX)*, in *Brasil: história econômica e demográfica*, org. Iraci del Nero Costa, São Paulo, InPE, 1986, p. 192.

⁵¹⁷ *Idem, ibidem*.

política, constituindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América”⁵¹⁸. Portanto, natural de se entender a ligação entre família e propriedade, entretanto, ao que parece, a família patriarcal tão difundida na célebre obra de Freyre, não constituía o universo absoluto de nosso país até o século XIX, base do Código Civil revogado, ou seja, não foi o único modelo de família então conhecido.

Não se está muito longe dessa imposição, haja vista que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar não a abrangeu com todos os direitos relativos ao casamento, tanto que estipula, em norma programática, ou de eficácia limitada, a necessidade de uma lei a facilitar sua conversão em casamento. Por sua vez, o Código Civil vigente não atendeu ao determinado pelo legislador constituinte, deixando de regular tal conversão, ocasião em que seria propício, e ao contrário, limitou o direito dos companheiros, principalmente no que diz respeito aos direitos sucessórios.

Mais uma vez a família fundamentada no casamento saiu-se fortalecida com o legislador civilista de 2002 e, para justificar esse ponto de vista, cite-se o Deputado Ricardo Fiuza em seu Parecer Final ao comentar o fato:

As diretrizes imprimidas à elaboração do Projeto, fiéis nesse ponto às regras constitucionais e legais vigentes, aconselham ou, melhor dizendo, impõem um tratamento diversificado no plano sucessório, das figuras do cônjuge supérstite e do companheiro sobrevivente, notadamente se ocorrer qualquer superposição ou confusão de direitos à sucessão aberta. Impossibilitando que seja um tratamento igualitário, inclusive por descaracterizar tanto a união estável – enquanto instituição-meio – quanto o casamento – enquanto instituição-fim -, na conformidade do preceito constitucional. A natureza tutelar da união estável constitui, na verdade, uma parcial correção da desigualdade reconhecida no plano social e familiar, desde que atentemos ser o casamento mais estável do que a estabilidade da convivência duradoura⁵¹⁹.

Miguel Reale, na análise o artigo 226 da Constituição Federal, sobre as entidades familiares, afirma: “equivocam-se aqueles que afirmam não haver hierarquia entre essas entidades familiares, pois é irrecusável o primado conferido à *sociedade conjugal*, estabelecendo o casamento ‘comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges’⁵²⁰”.

⁵¹⁸ *Casa grande e senzala*, 19ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1978, p.19.

⁵¹⁹ O Parecer Final foi enviado ao Presidente da Comissão Especial em 2 de maio de 2000. Miguel Reale, *História do novo código civil*, p. 177.

⁵²⁰ *Idem*, p. 269.

Fácil, portanto, entender, a continuidade do privilégio do casamento face a outros modelos familiares, já que os responsáveis pelo Projeto do Código e seus legisladores, mesmo passados mais de cem anos, continuaram amarrados a uma estrutura familiar que não corresponde ao todo da população brasileira, mas que é idealizado como parâmetro de comportamento, contudo a lei sozinha não é meio suficiente para mudar uma sociedade, do contrário, desde o Código de 1916 teríamos todas as famílias constituídas em laços oficiais de união.

Utilizando um outro exemplo normativo, não é aleatória a escolha na ordem de vocação hereditária, já que esta segue uma opção do legislador na presunção de laços de afeto⁵²¹, daí porque não é possível compreender a confecção de regras distintas para a sucessão do cônjuge e do companheiro supérstite, uma vez que não há qualquer dúvida que o que lastreia a família, constituída do modo que for, são os laços de afeto e respeito, do contrário, não haveria a união.

Os exemplos dados buscam demonstrar que o legislador ora pretende adequar os anseios da sociedade e por outro lado intenta estabelecer um determinado padrão de conduta, porém por acreditar que este seja o melhor para se impor ao grupo⁵²².

Conseqüentemente, há um justo idealizado e o direito o representa. Constituída em civilização, a humanidade procura viver em harmonia e entende que somente é possível se for atingido um ideal de justiça, de que os homens devem praticar seus atos sociais de acordo com o máximo de retidão, o que faz surgir da indagação do que seja justo.

Com o que foi até agora apreciado, ainda faz permanecer a questão: seria o justo igual a todos, a todos os povos, a todas as épocas? Há centenas de anos se discute tal indagação e é

⁵²¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaina de *Tratado de direito das sucessões*, v. I, p.50: “A doutrina geralmente seguida, entretanto, e que a sucessão testamentária é considerada como uma emanção do direito da personalidade e a sucessão legítima é justificada pelos laços de família. Este é o resultado das investigações históricas feitas pelos mais conceituados escritores”.

⁵²² FOUCAULT, *Estratégia, poder-saber*, org. Manoel Barros da Motta, trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 124. Para Michel Foucault, esta imposição do justo é um atributo do poder, que necessariamente não significa uma situação de justiça, ou seja, um modo de opressão justificado pelos opressores. Dessa forma, fica claro seu pensamento, conforme sua resposta em conferência realizada em novembro de 1971, gravado pela televisão holandesa na École Supérieure de Technologie de Eindhoven, que ficou intitulado como *Da natureza humana: Justiça contra Poder*, e ao responder a uma indagação dessa natureza, afirma: “Se o senhor quiser, serei um pouco nietzshiano. Em outros termos, parece-me que a idéia de justiça é, nela mesma, uma idéia que foi inventada e posta a trabalhar nos diferentes tipos de sociedade, como um instrumento de um certo poder político e econômico, ou como uma arma contra esse poder. Mas me parece que, de qualquer modo, a própria noção de justiça funciona no interior de uma sociedade de classe como reivindicação feita pela classe oprimida, e como justificação do lado dos opressores”.

o que se passará analisar.

2.1.3 - O direito como justo

Para os povos antigos a idéia de justiça estava ligada ao conceito de vontade divina e o medo de sanções impostas de modo sobrenatural, pela simples razão de desconhecimento de como ocorriam os fenômenos naturais, atribuindo-os aos desejos e caprichos da divindade. Há uma mistura entre direito e religião e os que detinham o poder de interpretar os desígnios de um deus possuíam o mesmo poder de impor a ordem ao povo que comandavam. A legislação Mosaica, o Código de Manu, o Alcorão, como exemplos das legislações escritas antigas, têm todas o traço da revelação divina, mas, porque não dizer, contém a expressão da sociedade e o pensamento dos povos daquela época, já que, no dizer de Jayme de Altavila, “os direitos sempre foram espelhos das épocas”⁵²³.

A Legislação Mosaica, cite-se como padrão daquela época, denominada Pentateuco, por ser composta de cinco livros, apresenta a seguinte divisão: Gênesis Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. Calcula-se que datem de mais ou menos 2.000 a.C. e seu entendimento de justiça decorria diretamente da vontade divina. A própria divindade suprema dita as regras a serem seguidas por seu povo e estas devem ser obedecidas a todo custo, como na passagem em que Abraão deve sacrificar seu único filho sem que houvesse qualquer contestação de sua parte⁵²⁴.

A recompensa para quem seguisse o determinado pelas regras divinas seriam as bênçãos oferecidas por Deus no céu e na terra, como verdadeira justiça distributiva⁵²⁵, por outro lado, pode ser encontrado um conceito de manter o equilíbrio fundamentado na vingança

⁵²³ *Origem dos direitos dos povos*, 10ª ed., São Paulo, Ícone, 2004, p. 11.

⁵²⁴ Gênesis, 22, 9-12: “Quando chegaram ao lugar indicado por Deus, Abraão edificou um altar; colocou nele a lenha, ligou Issac, seu filho e pô-lo sobre o altar em cima da lenha. Depois, estendendo a mão, tomou a faca para imolar o seu filho. O anjo do Senhor, porém, gritou-lhe do céu: ‘Abraão! Abraão! – Eis-me aqui! – Não estendas a tua mão conta o menino, e não lhe faças nada. Agora eu sei que temes a Deus, pois não me recusaste teu próprio filho, teu único filho’”.

⁵²⁵ FACCIOLLA, Branca Leshner. *A lei de Moisés*, São Paulo: RCS, 2005, p. 170.

Conforme o Levítico, 25, 18, fica assegurada a recompensa pela obediência às normas divinas: “Obedecereis às minhas leis, guardareis os meus preceitos e os cumprireis, a fim de habitardes em segurança na terra”.

privada, determinando-se a Lei de talião em Levítico, 24,17, deixando claro que a regra foi ditada por Deus a Moisés.

Não fica claro na Torá, que a imposição das normas decorre de uma noção de justiça, mas apenas da pretensão divina, para fazer a vontade de Deus e não dos homens que a elas se submete para garantir a posse da terra, manter sua felicidade, o que se observa da leitura atenta do Deuteronômio.

Mas nem sempre será assim na história da humanidade. Haverá o tempo em que o homem conseguirá entender o que lhe acontece, sobretudo a pensar por si, sem necessitar da ajuda de um ser invisível e quase sempre incompreensível, como aquele apresentado por seus intérpretes oficiais, e aí será possível compreender o que é justo, o que é justiça, como conceito vinculado à condição humana.

Para Aristóteles a “justiça é algo essencialmente humano”⁵²⁶, acredita que há pessoas boas e más, e que os bons procuram a prática do que seja justo, pois a justiça é uma das virtudes morais⁵²⁷. Ainda segundo o grande Aristóteles, em sua observação da vida humana, as virtudes concebem uma regra ou princípio racional, que possui uma parte privada de razão⁵²⁸. Como princípio racional, entende haver duas partes: “uma pela qual contemplamos as coisas cujas causas determinantes são invariáveis, e outra pela qual contemplamos as coisas variáveis”⁵²⁹.

Mas o que seria imutável e o mutável? Seria a noção de justiça algo imutável?

Os primeiros princípios para Aristóteles seriam decorrentes de uma *razão intuitiva*⁵³⁰. Quando diz “razão intuitiva” é algo como um conhecimento inato, como quando se é uma pessoa normal, já tem dentro de si a noção do que seja o justo. Parece razoável esta observação, mesmo porque o ser humano quando pratica um ato que reconhece como reprovável para a sociedade, mesmo que para si não o seja, tenta camuflá-lo, furtando-se de sua responsabilidade. Dando-se uma passada de olhos em um fato histórico recente, é bom recordar dos nazistas “apagando” as evidências dos campos de extermínio, quando já sabiam que a guerra lhes estava perdida. Se consideravam seus atos como algo justo não fariam uma operação de emergência para destruir as provas, muito embora seu sistema

⁵²⁶ *Ética a Nicômaco*, V, 9, p. 96.

⁵²⁷ *Idem*, V, 11, p. 98.

⁵²⁸ *Idem*, VI, 1, p. 101.

⁵²⁹ *Idem, ibidem*.

normativo os recepcionasse como lícitos, contudo tinham conhecimento da reprovação moral que recaía sobre suas atividades de limpeza étnica.

Ao que tudo indica, uma minoria conseguiu que todo um povo se voltasse contra outro, como se aquilo fosse a coisa mais justa a se fazer, e não se fale apenas dos alemães, mas de quase toda a Europa, que aderiu a resolver o “problema” judeu, com uma simplicidade assustadora, ou seja, matá-los. Algo que a humanidade vem fazendo com certa freqüência: a eliminação de uma parcela de indivíduos sobre a qual recai um ódio sem explicações racionais.

Hannah Arendt⁵³¹ faz uma síntese dessa situação moral, com a análise da questão judaica na Alemanha nazista e a aderência de pessoas comuns naquilo que hoje é visto como algo inacreditável:

E assim como a lei de países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita ‘Não matarás’, mesmo que o desejo e os pendores do homem natural sejam às vezes assassinos, assim a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos: ‘Matarás’, embora os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e os pendores normais da maioria das pessoas.

Todavia, deve-se observar que Hitler e o Terceiro Reich tinham uma poderosa arma de coerção: o medo. O próprio Hitler declarou em certa ocasião de 1921:

A crueldade é um imperativo. As pessoas necessitam de um medo salutar. Querem temer algo. Desejam ardentemente que alguém as faça tremer e almejam submeter-se a alguém que as arpie. Não tivestes ainda a oportunidade de constatar que, por toda parte, depois de batalhas e reuniões, aqueles que sentiram humilhados e destroçados são os primeiros a se inscreverem no partido causador de sua mágoa, como novos membros? Qual objeção podeis sugerir contra a crueldade, insurgindo-se contra os sofrimentos infligidos? A massa quer ser tratada desse modo. Tem necessidade de ser aterrorizada.⁵³²

Os acontecimentos que vieram a ocorrer demonstraram que ele estava certo.

O medo é um grande instrumento de controle e a atual luta de combate ao terrorismo tem se utilizado desse fator como aliado na convicção da população para consentir na perda de direitos fundamentais do homem, como atualmente ocorre nos Estados Unidos,

⁵³⁰ *Idem*, VI, 6, p. 105.

⁵³¹ *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, 5ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 167.

autorizando-se o fim da liberdade, privacidade etc. Mas temos medo de quê?

Supõe-se que medo de perder a estabilidade, a previsibilidade do que nos ocorrerá no futuro, medo de perder o suposto controle que se pensa ter do destino.

Nem se tem a necessidade de discutir fatos históricos que estão distantes de nosso momento histórico. Mais contemporâneo ainda, em 1994, houve mais um genocídio da história da humanidade, a morte de aproximadamente um milhão de pessoas em Ruanda, África. Um mesmo povo classificado em duas etnias, tutsi, a minoria, e hutu, a maioria, sem diferenças, mas que por problemas econômicos, falta adequada de organização política, transformaram os tutsis em “bodes expiatórios” das mazelas daquele país. Ruanda, uma então colônia belga, teve uma inversão de liderança, enquanto era uma colônia comandada pelos tutsis, depois da independência, pelos hutus, assim, como do nada, iniciou-se um massacre, com os hutus matando os tutsis.

Impressionante como esses genocídios têm a aderência, o apoio da população civil. O que parece uma aberração, no contexto em que surgiram, teve sucesso pelo abrigo que pessoas comuns dão a essas situações, no entanto, esses momentos de caos não perduram, pois não é possível manter um estado de harmonia no grupo social. Não é possível viver sempre com medo, muito embora o medo seja comprovadamente o melhor instrumento de opressão.

Há algo que repudia e que não permite aceitar que não é certo, algo que é instintivo, pois se sabe que somente é possível viver em estado de harmonia se determinadas situações forem evitadas e outras praticadas e incentivadas. É o que leva a um estado de Direito.

Assim como se tem o instinto de sobreviver e para isso nos alimentamos, evita-se o perigo e, por conclusão, encontram-se maneiras de viver fortalecido em um grupo, o que somente pode ocorrer se os elementos de conflito são afastados. Qualquer criança é capaz de reconhecer que o conflito é uma situação de desprazer e deve ser afastado.

Há situações que impõem medo, seja mediante um sistema escrito ou não, e não tendem a durar. Sempre haverá uma onda crescente de oposição a ela, visando um sistema mais

⁵³² FEST, Joachim. *Hitler*, v. 1, trad. Analúcia Teixeira Ribeiro, Antônio Nogueira Machado, Antônio Pantoja e Francisco Manuel da Rocha Filho, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005p. 156.

justo, ou porque não dizer, mais equânime, na acepção aristotélica da palavra⁵³³.

Desse modo, os princípios podem traduzir o que geralmente é aceito porque transmitem aquilo que uma maioria entende como verdadeiro ou como justo⁵³⁴. A idéia é que uma sociedade mais elaborada, que tenha mais liberdade para discernir seu destino, tem como criar mais adequadamente seus modelos, mas não se pode deixar de observar as influências que lhe são externas, ao contrário do sistema jurídico autopoietico apresentado por Luhmann⁵³⁵, mas no mundo globalizado em que hoje se vive, com a comunicação em tempo real é difícil imaginar que o desenvolvimento de uma sociedade não receba influências, de que grau for, de situações concebidas do lado de fora, entretanto mesmo com a influência exterior a sociedade tem capacidade de criar e escolher modelos que lhe são apropriados e que traduzam sua expectativa de moral e justiça.

Larenz⁵³⁶, ao concluir pelo caráter aberto do sistema interno afirma em interessante conclusão:

O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema “aberto”, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. A razão última disso é, utilizando as palavras de CANARIS, “que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim com não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade”.

Conclui-se que o direito como noção do que é justo é anseio globalizado, com o preenchimento de seu conteúdo com o apoio de influências externas ao sistema e no seu dinamismo evolutivo.

⁵³³ Aristóteles, para conceituar equidade, conclui: “o equitativo, embora superior a uma espécie de justiça, é justo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. A mesma coisa, pois, é justa e equitativa, e, embora ambos sejam bons, o equitativo é superior. O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal”.

⁵³⁴ Para Aristóteles, “cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo. São, por outro lado opiniões ‘geralmente aceitas’ aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes.” Tópicos, Livro I, 1, p. 5.

⁵³⁵ LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*, Brasília: UnB, 1980. Niklas Luhmann apresenta uma teoria dos sistemas e a sociedade como um sistema e esta seria autopoietico, fechado, ou seja, que apresenta seu processo operacional fechado e com o auxílio de seus próprios elementos, sem influência exterior.

⁵³⁶ *Op. cit.*, p. 693.

2.1.4 - O Direito natural como fonte do justo

No sentido que se atribui ao direito natural clássico, os princípios do Direito serão abordados como decorrentes de uma natureza boa, porém esses princípios não são fixos, como os intérpretes de Aristóteles afirmam no estudo de suas conclusões. Como diz Michel Villey, ser fiel à doutrina de Aristóteles é continuar sua pesquisa sem adulterar suas conclusões⁵³⁷, que foram realizadas pela observação de uma determinada época na história da humanidade, em que era possível crer que os homens seriam superiores em natureza às mulheres e que a escravidão era moralmente aceitável, já que Aristóteles era apenas um observador de seu tempo e não fazia um juízo de valor sobre os acontecimentos que lhe rodeavam.

Tem-se que o Direito deve expressar a natureza e que essa é boa, portanto os princípios iriam demonstrar aquilo que de melhor é produzido pela natureza, pois os *standards* que lhe dão suportes são nada mais nada menos do que a expressão daquilo que é justo.

Jeannette Antonios Manan, na visão fenomenológica do direito afirma:

O saber jurídico exige a arte da compreensão, como modo de ser, na procura da solução justa, quando se constitui ou se positiva a regra que já antes se nos revela na existência sócio-econômica; ou quando se decide no caso concreto. A aplicação do direito, na investigação do justo, é que dá unidade interna ao processo hermenêutico. Não pensamos o direito como normas “que brilham quando violadas” ou regras que mantêm expectativas que nunca serão cumpridas. Pensamos o direito que se faz fonte de vida e realização existencial do indivíduo e da sociedade.⁵³⁸

Portanto, na visão da Professora Jeannette, a fonte de vida do direito é que podemos denominar de Direito natural.

⁵³⁷ *Op. cit.* p. 98. *Que se reproche touche plutôt l'aristotélisme qu'il ne vaut pour Aristote lui-même: ce sont les interprètes d'Aristote qui ont transformé ses conclusions souples et toutes provisoires en règles de droit naturel fixes. La servitude qu'il a cru de droit naturel, comme nous l'avons vu, n'a point ces contours rigides, inhumains, que les modernes ont apportés à la notion de l'esclavage. Aristote n'est pas responsable de ces précisions de juristes. Et surtout ses conclusions ne se voulaient point définitives: sa démarche reste une "recherche" entrecoupée d'hésitations, de retours en arrière, dialectique et non dogmatique; elle reste ouverte à autre chose. C'est ce que l'on découvre en lisant cette doctrine dans le texte même, et non à travers des manuels. Être authentiquement fidèle à la doctrine d'Aristote serait continuer sa recherche et non pas en fausser l'esprit en condifiant des conclusions.*

⁵³⁸ *Fenomenologia existencial do direito*, p. 108.

Ainda nesses termos, pense-se nas interdições religiosas. As religiões de origem judaico-cristã apregoam os sete pecados capitais, atribuindo como sanção à sua prática que a alma do infeliz vá para o inferno e não ao paraíso o que seria a redenção total, no entanto os tais pecados visam sublevar comportamentos naturais, como a inveja, a ira, que são sentimentos próprios da natureza humana e, porque não dizer, são esses sentidos, apontados como não nobres, responsáveis pela evolução e desenvolvimento da humanidade. Como fenômeno humano o receio da purgação da alma não é suficiente para bani-los do plano dos sentimentos, entretanto considerando que a prática de atos que acarretem prejuízo a terceiros, carregados desses sentir tão humanos, podem e devem ser evitados, em nome da boa convivência comunitária, mas o que se busca interditar é a prática de atos e não dos sentimentos, já que impossível interferir nesse campo.

Que se vive em estado normativo é claro, mas se o estado normativo é justo é uma outra conclusão que se deve buscar⁵³⁹. As normas indicam uma conduta que deve ser adotada pelos indivíduos, com a finalidade de manter a harmonia do grupo social em que está inserido, mas ao longo da história da humanidade a formulação dessas normas de conduta e a maneira como eram impostas foi modificando a ponto de se pensar se a noção do justo teria uma variação consoante a época espacial e temporal em que estiveram vigentes.

Pode-se partir da premissa de que se todas as normas têm por natureza a justiça e por esse motivo seriam imutáveis, sem necessidade de modificações, revogações ou até o desuso. Sem dúvida os paradigmas harmônicos de cada época influem nesse conceito.

Discutir se uma norma é justa está inerente à avaliação de quem acredita em um Direito natural, já quem segue a corrente positivista, norma justa é que foi emanada pela autoridade competente em um contexto de competência legislativa, portanto válida.

⁵³⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v I, t I, p. 17.

Para Vicente Ráo, a normatividade é própria da natureza humana, “e é para proteger a personalidade deste ser e disciplinar-lhe sua atividade, dentro do todo social de que faz parte, que o direito procura estabelecer, entre os homens, uma proporção tendente a criar e a manter a harmonia na sociedade”.

2.1.5 - Críticas ao que é justo para o Direito natural

Alf Ross critica o modelo de justiça idealizado pelo Direito natural, pois para ele, em seu nome foram travadas muitas guerras, além de defender uma posição explicitamente positivista, entende que o conteúdo do justo “se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade”⁵⁴⁰, considerando que as normas “se apresentam como valorações formalizadas na tradição cultural”⁵⁴¹.

Ora, se as normas refletem a tradição cultural, ou seria melhor dizer, o que a sociedade pensa como valor a ponto de transformar em lei, não seria o caso de se procurar o que reproduz uma noção de justo?

Norberto Bobbio, outro notório positivista, entende que também o positivismo não é capaz de indicar o que seja justo⁵⁴², do mesmo modo que o Direito natural.

Vale a observação sobre as conclusões de Bobbio, que não indica o caminho para o conhecimento da justiça, mas da abordagem da validade do sistema normativo.

Em síntese, para o direito natural, segundo Bobbio, a lei tem que estar de acordo com a justiça, mas não haveria um ordenamento totalmente justo⁵⁴³ e que a norma tem que ser obedecida mesmo que injusta⁵⁴⁴. Igualmente, para o positivismo, o que é válido não significa ser justo da maneira que o entende o Direito natural, a norma é justa se for válida⁵⁴⁵. Por fim, o célebre autor apresenta a teoria do realismo jurídico, ou seja, o que o direito efetivamente é, e considera justo o que foi decidido pelo juiz no caso concreto⁵⁴⁶.

Como se vê, as teorias não atacam o cerne da questão, isto é, o que é justo, mas o que é uma norma justa, que irá variar de acordo com aceitação, validade e eficácia.

A crítica que os positivistas sabem fazer em relação ao Direito natural é de que seria impossível haver princípios estáveis, imutáveis, esquecendo que a natureza possui movimento, que um embrião se transforma em uma pessoa, que a criança amadurece e suas

⁵⁴⁰ *Direito e justiça*, p. 326.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 327.

⁵⁴² *Teoria da norma jurídica*, p. 54.

⁵⁴³ *Idem*, p. 56.

⁵⁴⁴ *Idem*, p. 58.

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 59.

sinapses cerebrais amadurecem a ponto de transformar o pensamento em instrumento de grandes construções científicas; o próprio mundo geológico transforma-se, ainda que de maneira mais lenta, assim, quando se está a observar as imutáveis leis do Direito natural, diz-se respeito ao sentido de equilíbrio e ordem sempre almejada, tão inerente ao conceito de que o homem é um ser naturalmente social, que não sobrevive ao isolamento.

A necessidade de ordem defendida pelos positivistas nada mais é do que um anseio advindo do que é natural e se deve afastar a imagem de que ao Direito natural está ligada a idéia de inércia⁵⁴⁷, já que como dito, tudo possui um movimento⁵⁴⁸.

2.1.6 - Ainda uma tentativa de definir o justo

A máxima “olho por olho, dente por dente” apresentava-se justa. A vingança, ainda parece justa e capaz de legitimar muitos atos, privados e públicos. O linchamento de um suposto criminoso é aprovado por uma parte da população, a tal “justiça com as próprias mãos”, o que inclui um conceito do que seja correto. O governo de Israel autorizou o Mossad a eliminar terroristas palestinos responsáveis pelo atentado aos atletas israelenses nas Olimpíadas de Munique em 1972, também como um ato de vingança⁵⁴⁹, o que foi aprovado pelas nações ditas civilizadas.

O equilíbrio embutido na ação da vingança traz uma consequência desarmônica. Toda

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 68.

⁵⁴⁷ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*, pág. 346.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 347: “Precisemos: a coisa natural se move, muda por si mesma. Se o crescimento da planta é condicionado pelo clima, pelas estações, pelo sol e pela chuva, é principalmente comandado por uma força interna. Nisso reside a oposição entre a gênese espontânea das coisas naturais e a produção daqueles objetos artificiais que fabricamos, cujo movimento é regido por uma causa externa.”

⁵⁴⁹ “A morte dos atletas israelenses em Munique provocou uma mudança significativa na política antiterrorismo israelense. Embora tenha se mantido intocado o critério de não negociar com os terroristas, os israelenses partiram para a ofensiva. O sul do Líbano, para onde tinha se deslocado a liderança palestina após os eventos de setembro de 1970, foi duramente bombardeado pela força aérea e o exército realizou uma série de incursões terrestres. Mas muito mais importante foi a decisão de criar um grupo que atacasse o cerne do terrorismo palestino, ‘cortando suas cabeças’. Segundo a primeira-ministra Golda Meir, ‘atos terroristas contra cidadãos israelenses não seriam deixados sem resposta. Haveria um preço a pagar por qualquer ataque contra cidadãos israelenses, em qualquer lugar do mundo’. A decisão pode ser vista como a origem da política de assassinatos seletivos, praticada até hoje pelos israelenses, mais recentemente eliminando os líderes do Hamas e da Jihad Islâmica.” História viva, ano III, nº 28, ed. Duetto, p. 35.

ação desencadeia uma reação e vice-versa. Todo ato de vingança faz surgir uma resposta da mesma natureza e assim indefinidamente, até que alguém ponha um fim a essa seqüência.

O sentimento de desforra tem um caráter natural, aliás, como os chamados pecados capitais são inerentes à natureza humana, entretanto uma norma dita divina impõe uma interdição a esse comportamento. Merecerá um castigo divino aquele que sentir ira, inveja, gula entre outros estados da natureza, mas não há nada mais humano do que senti-los.

Então, não se pode afirmar que o justo é o que advém da natureza como um todo, mas sim da natureza humana.

Tem-se que o justo é o que é bom; decorre da bondade humana. De fato, o ser humano é capaz de atos de extrema bondade, a superação dos instintos mais primitivos para praticar uma atitude que possa beneficiar alguém que não seja a si próprio, ainda mais se tratar de ajudar a quem se tem muito apreço, por outro lado, o mesmo individuo que pratica habitualmente atos bons e honestos é suscetível a cometer uma ação má, principalmente se estiver emanado de fortes sentimentos apaixonados de raiva, ódio ou mágoa.

A história da humanidade é farta em mostrar os atos cruéis que um ser humano, que reclama tanta dignidade, comete contra seu semelhante, o que pode ser avaliado em situações consideradas lícitas, como a tortura em prisões, o estupro de mulheres durante as guerras, a delação ideológica entre outros, todavia alguns heróis ganham as páginas dos jornais, pela realização de ações que deveriam ser consideradas normais, mas que continuamente devem ser estimuladas, contudo não se pode negar que é possível apontar o que é bom e o que é mau, o que é justo ou injusto.

Ainda que pareça impossível definir o que seja justo, é bom lembrar o que diz Goffredo Telles Junior: “**justo** é a qualidade de ser conforme, adequado, correspondente, proporcional”⁵⁵⁰. Aqui se tem uma definição muito vaga, o justo é o que é proporcional, mas proporcional para quem, em que local, em que época?

Jorge Prieto⁵⁵¹ indica essa impossibilidade de qualificar o justo como algo imutável,

⁵⁵⁰ *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 29.

⁵⁵¹ *Justo y verdadero*, Revista de Ciências Sociales, Facultad de Derecho y Ciências Sociales, v. 47, Valparaiso, p. 48: *La creencia de que la justicia no seria de este mundo tiene hoy terrible realidad. Como la justicia no seria una virtud suya, o mia, o de nosotros, sino que seria una cualidad de ciertas construcciones sociales de mutable utilidad o conveniencia – tan pronto se inclinan hoy en este sentido como mañana en*

compreendendo um sentido de conveniência para classificar o que seria o justo, ora, se está falando de conveniência, ou na finalidade da escolha, será justo o que for útil para o grupo, mas nem sempre, já que esta utilidade pode estar em desacordo a interesses válidos de outros grupos sociais.

2.1.7 - O belo e o justo

Em um bonito ensaio sobre justiça e beleza, Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵⁵² faz uma comparação entre o sentimento do que é justo e do que é belo. Eles se assemelham, não há como explicar o que é justo, nem o que é belo, mas está dentro de cada um de discernir entre o justo e o injusto; é um anseio, não um dado científico objetivo, entretanto para se chegar ao sentimento de justo, aquele que está habilitado a decidir e indicar a justiça deve pensar, adquirindo cultura para esse fim, aprendendo, pois é nesse momento que é possível compreender.

Com o uso do parâmetro do Prof. Tércio, pode-se acreditar que o senso estético não se aprende, no entanto, ele busca o belo. Tem-se uma noção intuitiva do que é bonito, ele atrai, quanto a justiça, ela busca o bem, o fazer o que é bom, e também se tem uma intuição do que é justo. As obras de Michelangelo são belas, mesmo com o passar do tempo continuam belas, quem não se admira da pintura da Capela Sistina, da perfeição dos traços do autor, mesmo que se afirmasse que era antes um escultor do que pintor, não se pode deixar de perceber a perfeição de seu trabalho e o bem estar que ele transmite. Um conceito de arte que transcende o tempo.

Quando se fala em senso estético, está se dizendo sentido; o que se sente, sente-se por si e ninguém mais pode sentir o que cada um percebe, o que experimenta. Pode-se imaginar, talvez, mas o sentir é uma experiência individual, solitária, cuja expressão em palavras é incompleta.

algún outro; entonces, como acotaba Blas Pascal, la justicia a un lado de los Pirineos no seria justicia del otro lado.

⁵⁵² *O justo e o belo notas sobre o direito e a arte, o senso de justiça e o gosto artístico, Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 2, São Paul .*

Pode-se demonstrar o que se sente, mas nunca em sua completude exterior. Sente-se o belo como se sente o justo, no entanto, o justo não pode ser simplesmente explicado por um sentimento, sob pena de se tornar arbitrário e subjetivo.

Voltando ao exemplo autoritário que foi o nazismo, Hitler tinha um sentir peculiar do que era belo. Queria transformar Berlim esteticamente, para que, em seu senso de beleza, a cidade fosse mais bela. Para esse fim iria destruir e reconstruir edifícios, no entanto seu conceito estético de beleza era voltado para as artes clássicas. Toda estética de beleza clássica é representada pelo nazismo, desde os uniformes de seus membros aos símbolos daquele poder, assim como a chamada “raça ariana” seria a mais bela, por ser clara e de olhos azuis, com a antítese da beleza, a feiúra, eliminada, sem considerar que o que não é belo é apenas diferente.

O sentir, além de individual, é incorporado mediante a cultura de cada um. Aprende-se ou se condiciona a sentir, assim, ao sentir o belo reflete-se um aprendizado anterior, influenciado pelo momento temporal e espacial que lhe serve de parâmetro.

Uma das acepções de belo é o de elevado valor moral⁵⁵³, portanto belo e justo podem ser considerados como sinônimos. A beleza de uma atitude é um ato justo.

O belo transmite sensações boas, assim como o que é justo. Se o que for feito transmite justiça traz confiança; confia-se no futuro e mais uma vez, na estabilidade. O estar de “bem com a vida” é sentir-se seguro, estável, daí o receio da morte, única experiência que não se experimenta e quando ocorrer será única, razão pela qual ela se torna tão emblemática da instabilidade.

A estética do belo também é a da estabilidade. Já houve tempo em que o que era belo nas expressões artísticas era a imitação da natureza. Nas artes clássicas a representação do corpo humano nu era a personificação da perfeição do natural, o homem, melhor objeto criado pela divindade. Enquanto para Platão o belo era a tradução do bem, da verdade, Aristóteles considerava que o belo era inerente ao homem, já que a atividade criativa era uma atividade humana.

Platão alimenta a justiça e a beleza com a qualidade de bom, em que há sempre a referência de belo com bom, mas, por excelência em *Fédor*, quando encena os últimos momentos de Sócrates, há uma passagem significativa, em que Sócrates diz:

Admitamos pois – o que me servirá de ponto de partida e de base – que existe um Belo em si e por si, um Bom, um Grande, e assim por diante. Se admitires a existência dessas coisas, se concordares comigo, esperarei que elas me permitirão tornar-te clara a causa, que assim descobrirás, o que faz com que a alma seja imortal.

Todavia, lembre-se da crítica de Nietzsche ao tipo de pensamento socrático:

Esta maneira de raciocinar cheira a *plebe*, que no mal agir enxerga apenas as conseqüências penosas, e verdadeiramente julga que ‘é *estúpido* agir mal’; enquanto admite sem problemas a identidade de ‘bom’ com ‘útil e agradável’. Em todo utilitarismo da moral pode-se de antemão supor uma origem igual e confiar no próprio faro: dificilmente se errará.⁵⁵⁴

O que encanta em Nietzsche é sua capacidade de nos tirar de um estado de inocência e fazer refletir sobre as noções pré-concebidas, sobretudo por sua forma de se expressar tão pessimista, porém tão coerente. Admite-se, desse modo, que se deve cuidar que o justo não seja o que é imposto apenas como um modo de concretizar interesses outros que não o da sociedade.

A vida humana na teoria não é a vivida na realidade, antes é um acontecimento, um fenômeno a ser observado. Com efeito, é mais fácil reconhecer o feio e o injusto.

Para a Idade Média o belo era a representação do divino: as artes sacras. O homem se vê rebaixado de sua significância no mundo, já que se vivia em função do destino traçado por um deus supremo. Somente com a chegada do iluminismo o homem volta ao palco da vida como protagonista de sua história, culminando com as grandes Revoluções como a Francesa e a Americana.

O que é belo causa prazer, assim, como o justo e como dizia Aristóteles, “dos problemas, alguns são universais e outros são particulares. Problemas universais são, por exemplo: ‘todo prazer é bom’ e ‘nenhum prazer é bom’; e problemas particulares: ‘alguns prazeres são bons’ e ‘alguns prazeres não são bons’”⁵⁵⁵.

O conceito de beleza decorre da consciência humana, não é objetivamente perceptível, padronizá-lo é uma forma de controle. A manutenção de regras estanques, rígidas, têm esse sentido.

⁵⁵³ BELO. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 428.

⁵⁵⁴ *Além do bem e do mal, aforismo* 190, p. 79.

⁵⁵⁵ *Tópica*, L. II, 1, p.25.

Esse sentir o justo é uma busca de harmonia. Sabe-se que para viver em grupo devem-se praticar certos atos e evitar determinados comportamentos. Neste agir conforme o justo há uma racionalidade e este agir racional indica o caminho a ser adotado e por fim, as normas que o grupo social irá eleger com um ideal de comportamento. Pensar racionalmente é não deixar que as emoções invadam a decisão a ser tomada e fugir das radicais paixões que enuviam as idéias.

Não se deve esquecer que somos seres humanos, não há bondade ou maldade absoluta, como dois pólos opostos. Ser bom e mau é ser o humano, com suas imperfeições e com sua eterna busca de algo melhor, contudo essa busca não deve ser influenciada por uma concepção utilitarista do direito, principalmente que a justiça deva alcançar um bem-estar coletivo com conotações meramente econômicas, como se observa nesse mundo globalizado em que atualmente se é obrigado a viver, quando o crescimento econômico da nação justifica a burla a direitos fundamentais do homem considerado enquanto ente individual e não coletivo.

Daí se conclui que o justo é inerente ao ser humano e tem como fonte o Direito natural e na lição de Limongi França⁵⁵⁶, de suma importância aqui transcrevê-la:

A causa geradora do direito é o *direito natural* e o *arbítrio humano*. São as necessidades sociais e a vontade do homem que atuam na interpretação dessas necessidades e transformam as regras que essas necessidades impõem naquilo que se denomina direito positivo (...) Ora, o direito positivo não se cria ao léu. É preciso que atenda às imposições da *natureza das coisas* sob pena de não ser justo, e por consequência na ser direito.

Aliás, no dizer de Michel Villey⁵⁵⁷, “normalmente, a solução de direito deve ser afetado conjuntamente pelas duas fontes que não são opostas, mas complementares”, não havendo contradição entre o Direito natural e as leis escritas e tampouco desconhece a importância do papel que desempenha o legislador, até porque, no momento que antecede a elaboração da lei, precede-se de um estudo do Direito natural, fonte primeira de qualquer atividade

⁵⁵⁶ *Manual*, v. 1, p. 9.

⁵⁵⁷ *La formation*, p. 85 : *Normalement, la solution de droit doit être atteinte conjointement par ces deux sources qui ne sont point opposées mais complémentaires : d'une part l'étude de la nature et ensuite, dans un second stade, la détermination précise du législateur ou du juge. Il n'y a donc pas opposition entre le juste 'naturel' et les lois écrites de l'État, mais les lois de l'État expriment et complètent le juste naturel. Cette doctrine du droit naturel ne méconnaît donc pas l'importance du rôle du législateur.*”

legislativa⁵⁵⁸.

Contate-se, por fim, que há conhecimentos que são adquiridos não de modo intelectualizado, isto é, adquirido através de estudo, mas através de um conhecimento sem reflexão, como o modo que aprendemos o idioma e o significado das palavras, observando seu uso contínuo. Assim é para a noção de justiça, algo que adquirimos sem uma reflexão profunda, mas pela experiência, daí afirmar-se que é um sentir, sem uma meditação racional pura, mas observando-se o exemplo do que se admira e que traz um bem-estar.

2.1.8 - Aplicação e finalidade

Justo, o que está conforme a justiça, rigoroso, preciso, ou seja, na medida certa, por fim: dar a cada um o que é devido.

O Código Civil utiliza a expressão oito vezes: no art. 604; parágrafo único do art. 1.201; *caput* do art. 1.210; *caput* do art. 1.242; art. 1.243; art. 1.260; art. 1.615; e art. 1.648.

O art. 604 se refere à declaração do fim do contrato de prestação de serviços, que pode ser exigida, entre outra razão, se para o prestador houver “motivo **justo** para deixar o serviço”. Portanto não é um motivo qualquer, mas um que seja justo, que possibilite caracterizar uma situação íntegra e não leviana para levar o contratado a não cumprir o contratado.

Novamente justo aparecerá para definir umas das hipóteses em que possa a posse ser reconhecida de boa-fé, contida no parágrafo único do art. 1.201, dessa forma, presumir-se-á ser justa se o possuidor apresentar um **justo** título, definido pela doutrina como aquele que não está apto a transmitir a propriedade, por conter um vício que impossibilite a realização da escritura ou o seu registro. Nesse caso justo não tem o sentido de justiça, mas na acepção que lhe dão os dicionaristas de pacto, ajuste⁵⁵⁹, assim como é o mesmo

⁵⁵⁸ *Idem, ibidem*: “Mais analysons tout d’abord le premier moment de l’élaboration du droit: c’est un moment intellectuel, théorique, speculative. Pour une partie, le droit procède de l’étude de la nature. Il nous faut essayer de comprendre au nom de quelle philosophie Aristote peut ainsi prétendre tirer du droit de l’observation de la nature, puis suivre, dans la Politique, la mise en oeuvre de cette méthode.

⁵⁵⁹ JUSTO. In: *Dicionário Houaiss*: “que foi objeto de ajuste, pacto; combinado, tratado”.

significado contido no art. 1.242, 1.243 e 1.260.

Por outro lado, o art. 1.615, que trata do reconhecimento dos filhos determina que “qualquer pessoa, que **justo** interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade”. Assim, aquele que demonstrar que possui o direito, por se ver afetado pelo reconhecimento da filiação, pode contestar a ação, ainda que não seja o genitor ou genitora.

No tocante ao regime de bens entre os cônjuges, não poderá um alienar ou gravar bens imóveis, pleitear em ação judicial direitos sobre eles, prestar fiança ou aval, ou fazer doações de bens comuns ou que integraram a meação, sem a autorização do outro – art. 1.647, entretanto é possível suprir a outorga mediante procedimento judicial, “quando um dos cônjuges a denegue sem motivo **justo**, ou lhe seja impossível concedê-la” – art. 1.648. Aqui justo assume a função de razoável.

2.2 - Boa-fé

Boa-fé alicerça o ordenamento jurídico e a sociedade.

O *standard* boa-fé irá fundamentar uma série de princípios jurídicos, que em geral traduzem um ideal de comportamento a fim de satisfazer o sentimento geral da sociedade de não se lesionar direitos alheios.

Já houve a possibilidade de dimensionar o entendimento de boa-fé, contudo dentro de um contexto diferente, pois estava em análise o princípio jurídico, no entanto agora se busca o exame de sua essência, com a consideração já dita de que o *standard* comporta uma visão recíproca entre no mínimo dois sujeitos.

Nas classificações do período clássico romano, havia uma conexão entre processo, portanto as ações, e o direito privado, de modo que entre as várias fórmulas para demandar havia a *actiones bonae fidei*, ou seja, a *exceptio* não era indicada na fórmula, o que dava margem à discricionariedade do juiz, que poderia julgar a pretensão levando em

consideração as normas de honestidade e correção⁵⁶⁰. Como indica Gaio, as ações desse tipo seriam a de compra e venda, locação e condução, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, sociedade, tutela, restituição de dote da mulher, comodato, penhor, divisão de herança e divisão de coisa comum⁵⁶¹, isto é, ações que procuram uma equidade na distribuição de valores, princípio básico de direito.

Na concepção moderna, boa-fé adquire outra conotação, ligada à idéia primordial de um agir honestamente.

A doutrina costuma diferenciar a boa-fé em duas etapas, isto é, aquela que está contida no pensamento do indivíduo e aquela que é expressa ao mundo exterior através de atos por este praticado, ao que denomina boa-fé objetiva.

Em face dessas acepções da palavra, a doutrina brasileira, amparada na obra de Menezes Cordeiro e da doutrina alemã, fez a distinção de boa-fé objetiva e subjetiva, uma dicotomia entre o agir honesto e o ser honesto.

Nem sempre se observou a boa-fé dessa maneira, pois parecia natural defini-la tanto como uma conduta que se relaciona com o estado de espírito de agir de boa intenção⁵⁶², ou de reconhecer a unidade quando interpretado como um princípio geral do Direito⁵⁶³.

No Código Civil alemão há expressões diversas para o que a expressão latina une. A boa-fé objetiva é uma conduta ordenada pela norma jurídica, todavia Menezes Cordeiro, em obra de fôlego que lhe conferiu o título de doutor em Direito da Universidade de Lisboa, reconhece que a referida boa-fé subjetiva está inserida nas regras de conduta, ou

⁵⁶⁰ CORRÊA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 85. A sanção correspondia à natureza dos direitos reclamados, daí sua conexão entre processo e direito privado. Na *exceptio* do réu, nas outras ações, a intenção (*intentio*) tem a fórmula com todos os elementos contidos na fórmula, assim, o réu somente se defende destes elementos certos, não havendo poder discricionário para o julgamento “Nas *actiones bonae fidei*, pelo contrário, não é preciso que a *exceptio* seja indicada na fórmula, pois após a *intentio* está escrito – *ex fide bona*, o que autoriza o juiz a considerar a pretensão do autor em relação às normas de honestidade e de correção.”

⁵⁶¹ GAIO, 4, 61. “Nas ações de boa-fé, parece que se outorga aos juízes o *poder discricionário* de avaliar, com base no bem e na equidade, a quantia a ser restituída ao autor, o que inclui também o poder de, avaliado o que o autor deve prestar, em virtude da mesma causa, condenar o réu na diferença.62. As ações de boa-fé são as seguintes: de *compra e venda*, de *locação e condução*, de *gestão de negócio*, de *mandato*, de *deposto*, de *fidúcia*, de *sociedade*, de *tutela*, de *restituição do dote da mulher*, de *comodato*, de *penhor*, de *divisão de herança e da divisão de coisa comum*.”

⁵⁶² Veja-se Alípio Silveira, Alexandre Volanski, Robert Vouin, por exemplo.

⁵⁶³ MOZOS, José Luis de los, *El principio de la buena fe*, Barcelona: Bosch, 1965, p. 39.

em suas próprias palavras⁵⁶⁴:

A boa fé subjetiva revela-se, afinal, como realidade afeta a regras de conduta, explicando-se, deste modo, o porquê da sua definibilidade normativa, expressão do conteúdo dito na tradição de ético. A figura surge em termos subjetivos por que a lei, num fenômeno incompreensível se não se atender às suas raízes históricas e culturais, em vez de prescrever, em direito, os comportamentos, estatui prevendo a hipótese de ter havido, ou não, um acatamento, por parte do sujeito, das normas por ela pressupostas: as regras de conduta foram cumpridas, há boa fé; não a foram, surge a má fé.

Na compreensão do que seja o *standard* boa-fé importa saber se há necessidade de se distinguir entre objetiva ou subjetiva, observando-se se essa reflexão modificaria o anseio deste trabalho, já que pode não haver um resultado prático, contudo convém a continuação de sua análise para certificar se é possível compreender a boa-fé, enquanto elemento jurídico e não norma, mas nela inserido, como em um princípio geral, assim um conceito unitário.

Dispõe o art. 113 do Código Civil que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Se for observada a indicação de dispositivos como parâmetros interpretativos, tem-se o art. 164 determinando a presunção de boa-fé para a validade de negócios jurídicos realizados em condições de fraude contra credores, indispensáveis para a manutenção de estabelecimento mercantil, ou subsistência do devedor ou da família. Esse último tinha equivalência no Código Civil de 1916 (art. 112), apenas acrescentando-se a parte destinada à sobrevivência humana.

O Código Civil não diz o que seja boa-fé, porém encaminha seu entendimento, como no referido art. 164. Outras vezes é mais explícito, como no art. 1.201, afirmando que a posse de boa-fé é aquela em que o possuidor ignora o vício, ou obstáculo determinante a impedir a aquisição da coisa.

Note-se que, o Código de Defesa do Consumidor apresenta como seu princípio basilar o da boa-fé e todos os outros princípios que dele se extraem são consequência da diretriz de boa-fé⁵⁶⁵.

Judith Martins-Costa apresenta a já tradicional distinção entre a boa-fé subjetiva e a

⁵⁶⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha E Menezes, *Da boa fé do direito civil*, Coimbra: Almedina, 1984, p. 524.

⁵⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais*, São Paulo: RT, 1992, p. 136.

objetiva e que importa em trazê-la pelo reconhecimento do *standard*, a saber:

A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas de usucapião. Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva designa quer seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, quer seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé⁵⁶⁶.

Em seu conceito, a eminente autora está a pontuar a boa-fé como um *standard* jurídico apenas no que diz respeito ao comportamento humano, ou seja, naquilo que o ordenamento exige de ato a ser praticado ou ato a ser reprimido, sob pena das conseqüências jurídicas encontradas no ordenamento.

Já nos idos de 1937 e repetindo suas idéias na obra *Lesão nos contratos*, Cáo Mário da Silva Pereira⁵⁶⁷ adiantava a noção de que boa-fé deve ser entendida como atitude positiva, isto é, a ostentação de lealdade, não fazendo qualquer distinção no estado psicológico de alguém, com palavras são simples para significar o que é óbvio.

Agir de boa-fé é agir conforme o direito, ou agir acreditando estar conforme o direito e nesse último sentido poder-se-ia dizer que há uma ignorância, um desconhecimento de estar agindo contrário ao direito, uma ignorância adequada dos fatos.

Alípio Silveira⁵⁶⁸, já na primeira metade do século XX, afirmava que a boa-fé apresenta dois aspectos, um fundamentado na crença, convicção ou confiança, o que a liga com a teoria da aparência; outro relativo a um critério objetivo, pois se prende ao comportamento ou conduta humana, isto é, probidade, lisura, honestidade.

Com efeito, para Rubio⁵⁶⁹, deve-se recorrer de elementos metajurídicos, ou seja, estimações morais, as considerações éticas vigentes na comunidade, assim como pode ser

⁵⁶⁶ *Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo*, in A reconstrução do direito privado, São Paulo: RT, 2002, p. 612.

⁵⁶⁷ *Op. cit.*, p. 104.

⁵⁶⁸ *A boa-fé no direito civil*, São Paulo: Typ. Paulista, 1941, p. 30.

⁵⁶⁹ *Op. cit.*, p. 113.

levado em conta as circunstâncias econômicas, culturais e sociais das pessoas envolvidas no conflito a ser avaliado, com o escopo de preencher o conceito de boa-fé. Sendo assim, a referência aos usos comuns depende de várias circunstâncias que devem ser observadas em conformidade com o caso concreto, algo como as diferenças entre as medidas de alqueire nos diversos Estados brasileiros, sem que haja nada de anormal nessa situação.

Em relação ao direito das obrigações, outro sentido será encontrado.

O que se conclui é que o sistema jurídico não é um instrumento de racionalidade pura, haja vista que se fundamenta na construção ficcional, a confiança, ou seja, boa-fé. Portanto, baseia-se na idéia de que todos praticam atos sem a intenção de lesar, sem querer levar uma vantagem ilícita, o viver honestamente. Não é possível alicerçar o sistema de outro modo, sob pena da instauração do caos, o que aconteceria se todos desconfiassem de todos.

O Código Civil contém poucas normas imperativas que ordenem a prática de um ato com boa-fé, mas reconhece o direito de quem assim agiu, partindo do pressuposto de sua constância, como o exemplo do art. 128 ou art. 164, razão pela qual é a má-fé que deve ser demonstrada, todavia é claro que a ordem é implícita em todo o sistema jurídico.

2.2.1 O conforto da certeza

A doutrina moderna procura demonstrar que há uma distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, mas como visto, boa-fé é confiança, a certeza de que o outro está agindo com honestidade, pois essa certeza é a base de um sistema que garante uma segurança jurídica e não se inventou outro modo de agir que concatenasse tão bem os relacionamentos humanos. Não é possível a desejada distinção, visto que boa-fé significa que todos devem agir com probidade, segundo os preceitos socialmente considerados válidos.

Essa certeza é uma necessidade humana, pois é reconfortante agir sem preocupações, acreditando na bondade alheia, mas não se pode iludir de que desvios ocorrerão, motivo pelo qual o sistema jurídico pune os que não estão de boa-fé, assim porque cometem atos

ilícitos, contrário ao direito. É desse modo que o Código Civil estrutura o contrário da boa-fé, a má-fé, referida pelo estatuto civil por 32 vezes, como no caso do art. 518, em que responderá solidariamente com o vendedor o adquirente de má-fé da coisa vendida sem ter sido dada a preferência, ou, em se tratando de contrato de seguro, a perda do direito de garantia, se as declarações prestadas pelo segurado forem feitas de má-fé, para obter vantagem – art. 769.

A boa-fé é um conforto de certeza na confiança alheia.

Nessa tendência humana de segurança, qualquer que seja, faz com que Gerd Gigerenzer descrevê-la como uma “ilusão da certeza”⁵⁷⁰, atestando que gerar certezas é uma tendência fundamental da mente humana:

A ilusão de certeza é um elemento constituinte do nosso legado perceptivo, emocional, e cultural. Fornece-nos representações do nosso meio ambiente que, apesar de nem sempre corretas, podem revelar-se úteis, além de nos transmitirem sensações de conforto e de segurança.

(...)

A certeza tornou-se um bem de consumo. É objeto de *marketing* em todo o mundo – nas mãos de companhias de seguros, de consultores de investimento, de campanhas eleitorais e da indústria médica.

Quanta ilusão não se cria por conta dessa busca de certezas!

O conforto na segurança faz com que se tenha mais medo de andar de avião do que de carro, muito embora as estatísticas demonstrem que avião é um meio de transporte muito seguro, a idéia de não se ter o controle do que acontece na cabine de comando apavora, enquanto no carro tem-se a ilusão de ser mais fácil escapar dos perigos.

Todavia, para o caso em exame, ilusão é uma palavra inadequada para expressar essa vontade de certeza, pois está ligada a engano, razão pela qual se prefere a expressão conforto, que alude a uma experiência agradável e assim devem ser as relações humanas e os sistemas jurídicos respeitam esse posicionamento de otimizar o bem-estar através de mecanismos que irão se aperfeiçoando ao longo do tempo, mas permanecendo imutáveis os princípios basilares de formação dos valores éticos determinantes da sociedade.

O cuidado consiste em justamente não se iludir, não se deixar enganar por falsos pressupostos, pois a boa-fé não é uma confiança cega, mas apenas presumível, podendo ser

comprovado o seu contrário, uma vez que não se está falando de uma sociedade formada por seres robóticos e sem discernimento, assim, quando o ordenamento aufere direitos ou os preserva para os que estão de boa-fé, não o fará para aqueles que praticam atos em antagonismo ao esperado, daí porque o conforto é assegurado, pois se tem a certeza de que não serão legitimados a continuar no mundo jurídico.

Do mesmo modo, deve-se ter em mente que a presunção que garante conforto de certeza na boa-fé decorre de o ser humano ser apto a praticar atos de solidariedade com os semelhantes, não sendo a barbárie a situação predominante, pois esta sempre causa repulsa e constrangimento, ainda que os fatos possam levar a pensar o contrário.

Como diz Sartre⁵⁷¹:

Se a franqueza ou sinceridade é valor universal, resulta que sua máxima ‘é preciso ser o que se é’ não serve apenas de princípio regulador dos juízos e conceitos pelos quais expresse o que sou. Não formula só um ideal do conhecer, mas um ideal de *ser*; propõe como protótipo do ser uma absoluta adequação do ser consigo mesmo. Nesse sentido, é preciso que *nos façamos ser* o que somos.

2.2.2 Conteúdo legislativo

A expressão boa-fé será repetida no Código Civil 54 vezes, a primeira vez em que aparece é no art. 113. Muito embora o Código Civil de 1916 não contivesse toda essa profusão, assim como não possuía o art. 113 como regra, o que não significa que não a reconhecesse presente no ordenamento, até porque não há sistema jurídico sem boa-fé, assim, discorda-se de todos os que pretendem erigir o Código Civil de 2002 como o único a realçar a boa-fé como modelo, e que afirmam que o Código revogado não a tratava como cláusula geral, como se pudesse existir direito sem honestidade e confiança⁵⁷², o que é de

⁵⁷⁰ *Calcular o risco – aprender a lidar com a incerteza*, trad. Cristina Carvalho, Lisboa: Gradiva, 2005, p. 29.

⁵⁷¹ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*, p. 105.

⁵⁷² Discorda-se, portanto de autores como Nelson Rosenthal, que em seu trabalho, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, afirma: “No que concerne à boa-fé, o Código Civil de 1916 não a regravava como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral do direito (não positivado) e, em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado (na posse e no casamento putativo). Alguns artigos isolados do Código Beviláqua refletiam a boa-fé objetiva, como o art. 1.443. Mas não havia uma base social, tampouco constitucional, para a sua efetivação como modelo no direito obrigacional. O modelo fechado e dedutivo não era capacitado a alcançar os anseios éticos que propiciam o desenvolvimento do modelo.”

sua essência, já que se entende por redundante o comando de boa-fé.

O Código Civil contém regra geral destinada a todos os negócios jurídicos em seu art. 113, ao que se costuma chamar de boa-fé subjetiva, ou seja, diz respeito à intenção e comportamento das partes ao que é possível indicar uma redundância nesse mandamento, haja vista que na intenção de se interpretar a boa-fé é óbvio que se levará em conta o lugar, todavia não só da celebração, que talvez não seja tão relevante, sobretudo em relação às pessoas que estão praticando o negócio, consoante foi observado no capítulo que tratou da formação das regras de experiência comum.

Como complementação ao referido art. 113 se tem o art. 422, que por outro lado é denominado como boa-fé objetiva, que seria o agir de acordo com esse preceito. Com todo respeito à doutrina dominante, que tem se esforçado em realizar a diferença entre subjetiva e objetiva, não é possível extrair das normas apontadas essa distinção, haja vista que se a interpretação do negócio levará em conta a boa-fé, só pode ser a conduta de boa-fé das partes, não outra.

À guisa de observar a boa-fé, veja-se que para a aquisição da propriedade imóvel, pela modalidade de usucapião, o artigo 1.242 estabelece alguns requisitos, ao que se denomina usucapião ordinária, ou seja, aquele que possuir um imóvel pelo prazo contínuo e sem interrupção de dez anos e desde que tenha justo título e boa-fé poderá adquiri-lo. Não faz o dispositivo qualquer referência ao que seja boa-fé, no entanto, estando ela ligada ao justo título, pode-se dizer que se trata de um ato em que o proprietário anterior entregou voluntariamente a posse do imóvel ao que ora pretende adquiri-la por usucapião. Não se observa, ao oposto do que Judith Costa afirma, que aqui se está diante de uma boa-fé caracterizada por um estado psicológico de ignorância de estar lesando direitos alheios, muito pelo contrário.

Do mesmo modo o artigo 1.201 do Código Civil que diz ser a posse de boa-fé quando o possuidor ignora a impossibilidade de adquirir a propriedade da coisa por vício ou obstáculo. Seu parágrafo único continua dispondo que o possuidor com justo título, tem para si a presunção de boa-fé, por óbvias razões, já que este é o instrumento emanado com um vício intrínseco. Não se está dizendo que há a lesão a um terceiro ou ao próprio

Ora, então o Código Beviláqua era aético? Não é a boa-fé a base de todo o sistema? Deve-se tomar cuidado com certas afirmações, principalmente quando feitas no calor do entusiasmo por um novo modelo legislativo.

transmitente da posse.

O *caput* do artigo 879 do Código Civil, por exemplo, dispõe que, “se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos”. Se o alienou em boa-fé, claro está que também o recebeu nas mesmas condições, isto é, com boa-fé, e nesse caso é possível afirmar que ignorava estar prejudicando um terceiro.

No que diz respeito ao contrato de seguro, afirma o art. 765 do Código Civil, que tanto o segurado como o segurador devem guardar na conclusão e execução do contrato *a mais estrita boa-fé e veracidade*. Estrito é o que é exato e há um aparente exagero na determinação de que a boa-fé deve ser rigorosamente boa-fé, já que não há uma meia boa-fé, mas apenas boa-fé e, ainda, as afirmações verdadeiras são relativas ao comportamento de boa-fé. Não há dúvida, do dispositivo em exame, que a boa-fé a que se refere é a relativo ao comportamento das partes, com a impressão de que em outras categorias negociais haveria uma atenuação na exigência de um procedimento de boa-fé.

É de se destacar que nos outros contratos específicos relacionados no Código Civil não há indicação específica para o comportamento de boa-fé, que se encontra na disposição genérica do artigo 422, entretanto cada um deles elenca uma série de atos que são sinônimos de boa-fé, como, por exemplo, o *caput* do art. 667 tratando de mandato, já que é obrigação do mandatário agir com diligência na execução do mandato e a indenizar o prejuízo que causar por sua culpa ao mandante. Ainda à guisa de modelo, o art. 723 que determina, no contrato de corretagem, que o corretor o execute com diligência ou prudência.

Partindo-se para os contratos de consumo, a boa-fé tem a mesma descrição comportamental.

Para Cláudia Lima Marques⁵⁷³, na análise os contratos de consumo a boa-fé objetiva:

É uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

⁵⁷³ *Op. cit.*, p. 181.

Com efeito, pela apresentação já explanada que oferece a diferença entre *standard* e princípio de Direito, pode-se concluir que o *standard*, na questão em comento, apresenta uma determinação unitária, que se extraí inclusive das disposições normativas, de que boa-fé é o ser honesto, ser leal, agir de acordo a não provocar lesão a direito alheio, assim como a acreditar no comportamento leal do terceiro com quem se relaciona.

A boa-fé é uma e seu conteúdo pode, de fato, atuar de uma maneira considerada como objetiva ou subjetiva⁵⁷⁴, e o preenchimento desse levará em conta valores jurídicos extraídos do sistema jurídico vigente, dos princípios gerais do Direito, dos costumes, enfim aquilo que para a sociedade é elevado em alto grau de valor.

2.2.3 O comportamento é essencial ao direito

I - O desenvolvimento de teorias com fundamento na confiança

A teoria da confiança tem se desenvolvido na Europa para justificar a reparação de danos que não encontram respaldo no ordenamento escrito, é o comportamento de boa-fé, o sempre esperado para a manutenção da ordem social, porque não se encontrou outro modo de vida harmoniosa e preparada para garantir uma estabilidade futura.

Dessa maneira, a responsabilidade fundada sobre a confiança descreve uma solução jurídica que pode ser aplicada a uma série de casos e se fundamenta em uma relação especial de confiança e de fidelidade, não necessariamente relativa a uma ligação contratual explícita, mas de uma, ainda que eventual, que transpareça essas características.

Supõe-se para a teoria a existência de pelo menos dois sujeitos, que fazem parte de uma relação especial de confiança e de fidelidade. Impõem-se deveres de proteção e de informação, além de deveres de comportamento impostos às partes⁵⁷⁵ e, com a violação a um desses deveres, surge a obrigação de reparar o dano dela advindo.

⁵⁷⁴ LOS MOZOS, José Luis de. *El principio de la buena fe*, p. 39 e RUBIO, Delia. *Op. cit.*, p. 92.

⁵⁷⁵ MORIN, Ariane. *La responsabilité fondée sur la confiance*, p. 11.

Essa relação, que pode ser de fato, é comum de ser observada em grupos comerciais associados, como o exemplo de uma concessionária de veículos e sua fábrica, que não se está referindo aos direitos dos consumidores, mas aos deveres entre aqueles, assim como para todos os outros conglomerados comerciais.

a. Abuso de direito

O primeiro código a trazer a noção de abuso de direito foi o Código Civil da Prússia de 1794, em um dispositivo genérico, mas extensivo a todos os direitos, que assim o definiu, na tradução trazida por Alvino Lima⁵⁷⁶:

O que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano (§§ 36 e 37).

Concebida pela jurisprudência francesa do século XIX, terminando por reconhecê-la no início do século XX, quando os tribunais franceses interpretaram que os proprietários de imóveis estavam restritos no uso e gozo de seus direitos, pois estavam limitados a não causar prejuízos a seus vizinhos, como no exemplo clássico que Menezes Cordeiro cita em sua obra⁵⁷⁷, do proprietário de um imóvel que construiu uma falsa chaminé apenas para fazer sombra ao imóvel vizinho, ou outro que erigiu barras de ferro para impedir a passagem dos dirigíveis, comuns naqueles tempos, no famoso caso Clement-Bayard⁵⁷⁸, sem que as decisões exigissem a intenção de prejudicar⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ *Culpa e risco*, 2ª ed. Atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 1998, p. 210.

⁵⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e: *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 671.

⁵⁷⁸ Em 3 de agosto de 1915 o Tribunal de Amiens julgou a questão em que o proprietário vizinho ao construtor de dirigíveis e balões, Clement-Bayard, levantou lanças de ferro, a uma altura de 16 metros, para dificultar a passagem das aeronaves o que colocava em perigo as que iriam aterrissar no campo vizinho, não conseguindo o construtor demonstrar que possuía legítimo interesse em fazê-lo a não ser prejudicar terceiros, portanto seu comportamento foi considerado abusivo e contrário ao bom exercício dos direitos inerentes à propriedade.

⁵⁷⁹ MAZEAUD. *Derecho Civil*, P. II, v. IV, p. 73, citando o próprio julgado Clement-Bayard: *Cuando el propietario comete una immissio, o arroja hacia las fincas vecinas malos olores, ruidos, ondas, la jurisprudencia no exige la intención de perjudicar, ni siquiera una imprudencia. Resulta suficiente con que el daño causado haya rebasado la medida ordinaria de las obligaciones de vecindad.*

Para Menezes Cordeiro a teoria na França não decorreu do entendimento de um comportamento de boa-fé⁵⁸⁰, pois a situação econômica e cultural do país naquele momento construiu a idéia de abuso em torno de princípios teóricos gerais, com aplicações variadas por dedução. Em seu entendimento, o raciocínio que ensejou a teoria do abuso de direito ainda não estaria ligado ao conceito moderno de boa-fé, mas à cultura jurídica jusnaturalista, que possibilitava a implementação de limites ao comportamento de acordo com os direitos próprios de cada um.

Daí o abuso de direito foi transportado para o direito alemão, com a interpretação dada ao § 226 do BGB, que proibia a chicana, constante na parte geral do Código, possibilitando a aplicação a todo direito privado⁵⁸¹, o que era uma prática socialmente reprovável, mas estava cingido à condição do comportamento que criasse danos a outrem, sem qualquer outro critério. Por esse motivo, a interpretação buscou o § 826 do BGB, ou seja, uma cláusula geral de bons costumes⁵⁸², por fim, diante da ineficiência dessa última opção, partiu-se para a interpretação extensiva do § 242, a boa-fé⁵⁸³.

Logo, uma evolução doutrinária encaminhou a construção da teoria até o conceito de boa-fé, contudo não se pode negar que esta é inerente ao conteúdo do Direito, razão pela qual é de se supor que, muito embora assim não se denominasse, ela estava sempre presente na elaboração da teoria, mas que o rigor formalista tinha dificuldade em expressá-la, por sempre buscar soluções na lei escrita.

Muito embora o Código Civil de 1916 não o prever, a doutrina brasileira considerava possível, até porque está fundamentado no comportamento de boa-fé, assim como foi reconhecido pelas decisões judiciais⁵⁸⁴, o que levou o Código Civil vigente a expressá-lo

⁵⁸⁰ *Op. cit.*, p 684: “A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerça-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais romanísticos e em divórcio com aplicações sectoriais, cujo tratamento forme um sistema periférico. Por isso a boa fé não se conecta com a orientação original do abuso de direito.”

⁵⁸¹ *Idem*, p. 689.

⁵⁸² ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código civil alemán comentado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

ALEMANHA, § 826, BGB: Aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indenização do dano. (Versão livre)

⁵⁸³ *Idem*.

ALEMANHA: § 242, BGB: O devedor está obrigado a executar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração dos costumes do tráfico. (Versão livre)

⁵⁸⁴ BRASIL. STJ. REsp 250523 / SP ; rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, T4, j. 19/10/2000 - DJ 18.12.2000 p. 203

Ementa: CONTA CORRENTE. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado

no art. 187.

b. Teoria da aparência

Há situações em que a aparência é capaz de criar direito, fundamentado na confiança que as pessoas devem depositar umas às outras.

A teoria da aparência está ligada à máxima *error communis facit jus*, isto é, o *erro comum faz direito*, surgida no direito romano, Digesto, 33, 10, 3, 5, que tratava de matéria testamentária, dessa forma, um engano levado pela aparência é capaz de induzir efeitos jurídicos, pois o sujeito acredita em sua existência.

O ponto de partida para a elaboração da teoria na fase moderna seria o instituto da *Gewere*, ligado à posse, ou como lhe chamavam os franceses, *saisine*, e funcionava como a representação da coisa gerando eficácia real, isto é, quem a detivesse seria considerado com a visibilidade de proprietário, permitindo o exercício dos direitos como se dono fosse, criando uma aparência de direito.

Para Vitor Kumpel a aparência e a boa-fé são institutos inter-relacionados e que somente se pode tratar de um se for possível buscar as raízes históricas do outro, pois “a relação de confiança decorre da boa-fé”⁵⁸⁵, mas na apresentação de sua tese afirma:

O objetivo da teoria da aparência é transformar, para o terceiro de boa-fé, em algumas relações jurídicas, aquilo que se lhe apresentou, apenas de forma aparente, em vivida realidade jurídica, apenas na medida que venha a prestigiar a segurança jurídica e a boa-fé das pessoas, visando garantir o tripé apresentado pelo Professor Miguel Reale, ou seja, a aparência enquanto protetora da eticidade, socialidade e operabilidade, na proporção em que os princípios fundamentais do sistema jurídico se realinhem na busca do maior bem jurídico da sociedade do século XXI que é exatamente a dignidade da pessoa humana.⁵⁸⁶

pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor,

nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido.

⁵⁸⁵ *A teoria da aparência, A teoria da aparência no novo código civil brasileiro*, tese, São Paulo, Faculdade de Direito USP, 2004, p. 17.

⁵⁸⁶ *Idem*, p. 15.

Crê-se que o preâmbulo de seu trabalho contradiz seu conteúdo, haja vista que não é possível compreender que a proteção da aparência decorra da proteção da boa-fé, mas que são decorrentes da mesma confiança, ou seja, não se trata de uma inter-relação entre coisas distintas, como diz o autor, mas a mesma fé.

A transmissão da propriedade móvel somente se consuma com a tradição, nos termos do art. 1.267 do Código Civil, o que somente pode ocorrer por entrega da coisa por aquele que é seu proprietário e se não o for, não haverá sua alienação, entretanto, se essa se der pelo não proprietário, todavia que o aparentava ser, desde que ofertada em leilão ou estabelecimento comercial, será válida, consoante dos termos do art. 1.268, CC, na evidente proteção do adquirente de boa-fé.

A redação do *caput* do referido art. 1.268 reafirma a aparência de proprietário, no sentido que acrescenta que essa aparência não somente é percebida pelo adquirente, mas para qualquer pessoa a possibilidade é notada.

A teoria da aparência é a melhor consolidação da pré-existência da boa-fé, da confiança que deve prevalecer nas relações jurídicas, agora expressa no Código Civil, mas que já se aplicava em face do disposto no art. 622 do Código de 1916.

O mesmo se compreende na desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, anteriormente apreciado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 28. Há diferenças entre elas. Enquanto para as relações puras de direito privado somente é exigível que haja abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou confusão patrimonial, para a desconsideração em relações consumeristas há necessidade de que o desvio se dê em detrimento do consumidor e que haja ou abuso de direito; excesso de poder; infração da lei, fato ou ato ilícito; violação dos estatutos, ou contrato social.

Do mesmo modo em relação ao mandato, quando cessado os poderes por revogação ou morte do mandante, em que serão válidos os atos praticados com terceiros de boa-fé, que acreditam estar tratando com mandatário com poderes – *caput*, art. 686 e 689 do Código Civil.

Caso típico estabelecido em nosso Código Civil é o do herdeiro aparente, aquele que a todos dá a entender ter a legitimidade sobre a herança, portanto com poder de dispô-la e sendo válida sua alienação em relação ao terceiro de boa-fé – parágrafo único, art. 1.827.

Do mesmo modo para aquele que de boa-fé adquire um legado – art. 1.828.

Não há dúvida que a teoria da aparência tem o escopo de resguardar a boa-fé e por ela se fundamenta, situação inclusive reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que julga no sentido de que a teoria da aparência procura preservar as relações de boa-fé⁵⁸⁷.

c. Venire contra factum proprium

O *Venire contra factum proprium* é considerado como uma forma de abuso de direito e consiste em não se praticar um ato contrário àqueles já realizados e que geraram uma expectativa de determinado comportamento, visto que é um comportamento que contradiz os praticados anteriormente. Em razão da boa-fé, proíbe-se uma conduta conflitante.

Esse comportamento oposto ao que se esperava é contrário à conduta de boa-fé e pode ser apreciado em diversas situações, sendo passível de levar à perda de um direito subjetivo⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ BRASIL. STJ. Aquisição de veículo dentro de concessionária do mesmo grupo da companhia de arrendamento mercantil. Carro avariado vendido como novo. Teoria da aparência. Aplicabilidade. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade do fornecedor. Rescisão do contrato e indenização por danos morais. Cabimento quantum indenizatório. Padrão de razoabilidade. Redução. Descabimento.

I – A concessionária integrante do mesmo grupo da companhia de arrendamento mercantil é parte legítima passiva para responder à ação de indenização por danos materiais e morais proposta por adquirente de automóvel dito zero quilômetro, que vem a descobrir, em ulterior perícia, que o veículo já havia sofrido colisão. A responsabilidade existe, ainda que o negócio tenha se efetivado por meio de contrato de leasing, porquanto celebrada a avença no interior da empresa revendedora, diretamente com seus empregados, circunstância que **autoriza a aplicação da teoria da aparência, cujo escopo é a preservação da boa-fé nas relações negociais**, afastando a interpretação de que o contrato foi firmado com terceiro. Está evidenciado que a ação reparatória teve origem em conduta ardisosa da própria concessionária, não havendo como ser afastada, portanto, sua responsabilidade pelos prejuízos que foram causados ao consumidor, o qual não teria celebrado o negócio se lhe fossem dados conhecer os defeitos do veículo.

II – Versa a hipótese, ademais, relação consumerista, sujeita às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, que prevê, em seu artigo 18, a responsabilização do fornecedor, quando comprovada sua culpa pelo vício de qualidade do produto, não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

III - Fixado o valor da reparação por danos morais dentro de padrões de razoabilidade, faz-se desnecessária a intervenção deste Superior Tribunal. Recurso especial não conhecido. (g.n.)

⁵⁸⁸ BRASIL. STJ: REsp 95539 / SP - rel.Min. Ruy Rosado De Aguiar - T4 – j. 03/09/1996 - DJ 14.10.1996 p. 39015 - LEXSTJ vol. 91 p. 267 - RSTJ vol. 93 p. 314.

Ementa: Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos Posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. Preparo. Ferias.

1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido A importância relativa ao preparo, tudo no período de férias Forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos.

2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra E venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, Expressamente admite a existência e validade do contrato, Fundamento para a

A proteção da confiança fez surgir esse entendimento, diante de fatos diversos praticados pelo sujeito em momentos diferentes. Em primeiro momento toma uma atitude, ou várias, pela qual demonstre que não irá praticar certo ato, para depois praticá-lo, ainda que lícitamente, todavia diante de situações especialíssimas é um comportamento reprovável e sua base legal pode ser encontrada na exigência do comportamento de boa-fé.

d. Teoria do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial, também conhecida como inadimplemento de escassa importância, também decorre do esperado comportamento de boa-fé, já que impede a resolução do contrato quando houve um considerável adimplemento em relação à parte que ficou faltando.

Dessa forma, o art. 475 do Código Civil fica condicionado a observância de um comportamento de boa-fé, haja vista não ser lícito a resolução se o inadimplemento for mínimo, como é o caso típico decidido em nossos tribunais, em que o bem não é restituído, em caso de compra e venda, se faltou apenas o pagamento de uma das prestações, ou o pagamento da indenização do seguro deve ser realizado, mesmo sem o pagamento da última parcela do prêmio⁵⁸⁹.

O art. 475 apenas permite à parte prejudicada escolher entre exigir o adimplemento restante ou a resolução do contrato, dessa forma, a resolução se mostra injusta se comparada com o valor do inadimplemento, situação que vem expressa no art. 1.455 do

denúnciação de outra lide, e nada impugna contra A execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os Promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o Imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de Escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC.

3. Recurso conhecido e provido.

⁵⁸⁹ BRASIL. STJ. REsp 76362 / MT – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4T, j. 11.12.95. Seguro. Inadimplemento da seguradora. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, alias, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido.

Código Civil italiano⁵⁹⁰, que não permite a resolução nesses casos.

II - O tempo é uma força na vida jurídica⁵⁹¹

a. *Supressio*

Com o escopo de garantir a segurança das relações jurídicas, o direito subjetivo é limitado em seu tempo, para que ninguém fique na eterna espera de seu exercício, razão pela qual a prescrição e a decadência atuam com relevante papel.

O nome que se dá, prescrição ou decadência, não tem tanto destaque, mas a distinção é importante para aplicar-lhes o sistema que caracteriza cada uma, o sistema de operação.

Na tentativa de buscar a distinção os doutrinadores indicam vários caminhos.

Para Limongi França, apontando semelhanças e diferenças, a prescrição é a perda da ação e decadência a perda do direito, admitindo a dificuldade em identificar um ou outro caso, enquanto Orlando Gomes ensina que “a confusão entre prescrição e decadência permanece devido à inexistência de um critério de distinção a salvo de reservas”⁵⁹².

O jurista espanhol, Diego Espín Cánovas, apresenta como critério diferenciador, a observação do fato de que a decadência opera pelo transcurso meramente objetivo do fim concedido para o exercício do direito, enquanto a prescrição leva em conta não só o critério objetivo do transcurso do tempo, mas também um elemento subjetivo, da omissão do titular do direito⁵⁹³.

Relevantíssima é a doutrina que considera a prescrição como a perda do direito e não meramente da pretensão, do mesmo modo que a decadência, pois, como bem explica Caio Mário da Silva Pereira⁵⁹⁴:

(...) esdrúxulo se nos afigura, entretanto, que o ordenamento legal reconheça o

⁵⁹⁰ ITÁLIA. Código Civil. Art. 1455. *Importanza dell'inadempimento: Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).*

⁵⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941-1942, p. 142.

⁵⁹² *Introdução ao direito civil*, p. 517.

⁵⁹³ *Manual de derecho civil español*, v. I, p. 491

⁵⁹⁴ *Instituições de direito civil*, v. I, p. 474.

direito, afirme a sua vinculação ao sujeito ativo, proclame a sua oponibilidade ao sujeito passivo, mas recuse os meios de exercê-lo eficazmente. Se o direito é reconhecido, não deve ser desvestido do poder da *rem persequendi in iudicio*. Com o perecimento da ação, extingue-se efetivamente o próprio direito (...)

Orlando Gomes, entende que os efeitos, na prática, são os mesmos⁵⁹⁵, muito embora os distinga pela origem da ação⁵⁹⁶, porém admite as críticas a esta distinção, por falta de orientação científica⁵⁹⁷.

Modo prático de analisar a prescrição, uma vez que, se não há pretensão não pode haver direito. Como bem compara Caio Mário, o batido exemplo de quem paga dívida prescrita não pode repeti-la tem seu fundamento no princípio que veda o locupletamento ilícito e não se encontra outro exemplo que demonstre que com a perda da pretensão não se perde o direito⁵⁹⁸. Claro que não há exemplos de prescrição de direito não patrimonial, portanto não havia aplicação para o referido § 5º, ou interpretava-se como decadência.

Nesse passo, há quem considere a existência de direitos imprescritíveis, quando o direito não perde seus efeitos com a passagem do tempo, como seria o caso do direito à filiação, ou a punição ao crime de racismo estabelecido no inc. XLII, do art. 5º da Constituição Federal, ou ação de grupos armados contra a ordem constitucional, ou o Estado democrático, no inc. XLIV. Do mesmo modo a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça tem dado aos casos de reparação de danos sofridos em decorrência dos atos praticados pela ditadura militar, por considerar como uma forma de proteção à dignidade da pessoa humana, que é um direito imprescritível⁵⁹⁹.

Todavia, não seria antagônico ao comportamento de boa-fé uma longa demora no ajuizamento de uma demanda, ainda que se considere o sujeito titular de um direito

⁵⁹⁵ *Introdução ao direito civil*, p. 518.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 519: “Partindo do pressuposto de que a prescrição visa à ação, enquanto decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra tomando-se por consideração a origem da ação. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é extintivo. Trata-se, neste caso, de decadência. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício, trata-se de prescrição.”

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁹⁸ *Op. cit.*, p. 474: “Os que não admitem a tese da extinção do direito procuram construir a conversão de uma obrigação civil em obrigação natural, por força da prescrição. Desde, porém, que desapareceu a concepção romana da *obligatio naturalis*, o que se pode, em verdade, concluir é que o direito, juntamente com a ação, perece em virtude da *praescriptio*, restando apenas o dever moral de solver, que está bem claro no art. 63 do Código Suíço das Obrigações, e que informa a consciência do devedor no momento em que, acionado, deve decidir se invoca ou não a exceção peremptória do direito do credor.”

⁵⁹⁹ BRASIL, STJ: REsp 890930, REsp 475625.

imprescritível?

Nesse sentido, teorias têm surgido defendendo que o sujeito perderia o direito nesses casos, o que seria o caso da *supressio*.

A expressão *supressio* é um termo jurídico para a expressão *verwirkung*, dada pela doutrina alemã e que significa um direito que não possa mais ser exercido, haja vista que não tenha sido exercido em determinado lapso de tempo, por contrariar a boa-fé.

Ou seja, não basta o decurso do tempo, mas que o comportamento do titular do direito faça crer que ele não o exercerá e por essa razão cria a confiança na outra parte que tomará providências baseado nessa crença.

Não é um instituto jurídico como a prescrição ou decadência, mas um efeito decorrente da exigência de boa-fé, porque é um comportamento desleal atrasar o exercício de um direito em prejuízo da outra parte, doutrina que teve início na Alemanha, como dito, com a sentença de *Reichsoberhandelsgericht* de 20 de outubro de 1877, portanto uma construção jurisprudencial, decorrente dos §§ 346 e seguintes do Código Civil alemão⁶⁰⁰.

Ronnie Duarte explica acerca da matéria que a *supressio* é o “fenômeno da supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo”⁶⁰¹, mas se deve observar que essa supressão somente pode ser considerada válida porque o sistema jurídico não admite que as relações não sejam fundamentadas na boa-fé.

⁶⁰⁰ MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.*, 797: “A *supressio* tem origem jurisprudencial. As suas manifestações mais antigas deram-se no domínio da venda de ofício comercial, a favor do comprador, ficando consignadas em decisões do então *Reichsoberhandelsgericht*. A questão esquematiza-se desta forma: os §§ 346 ss. HGB, na versão em vigor na altura, permitiam ao vendedor na compra e venda comercial, havendo mora do comprador no levantamento da coisa, a sua venda de ofício, atribuindo-lhe, ainda, uma pretensão pela diferença do preço. A lei não fixava, porém, um prazo para o exercício destas faculdades. Podia, pois, acontecer que o vendedor, dando a impressão de se ter desinteressado do contrato viesse, mais tarde, inesperadamente, a atuar as suas pretensões, de modo ruinoso para o comprador. Entendeu-se, bem, haver aí, em certas circunstâncias, uma demora desleal no exercício do direito, contrária à boa fé.

Foram, no entanto, as perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e, sobretudo, pela inflação, que levaram à consagração dogmática definitiva da *supressio*. No primeiro caso, registraram-se alterações imprevisíveis nos preços de certas mercadorias, ou dificuldades acrescidas na realização de determinados fornecimentos. Em consequência dessas alterações, o exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes. O segundo, através do chamado direito da valorização monetária, marcaria, pelas aplicações permitidas à *supressio*, a sua consagração definitiva.”

⁶⁰¹ *A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro*, In: *Questões controvertidas no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2004, p. 427.

b. *Surrectio*

A *surrectio*, ou em alemão *erwirkung*, é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, não como o caso da prescrição aquisitiva da usucapião, mas que exige os costumes do local em que é praticado para caracterizá-la, como o disposto no art. 330 do Código Civil, quando o pagamento reiterado em outro lugar, presume a renúncia do credor em receber no local anteriormente combinado. É a prática reiterada de algo que faz nascer um direito subjetivo, ao contrário da *supressio* que é a perda do direito.

Essa situação decorre da boa-fé, da confiança depositada no comportamento reiterado sem qualquer oposição, porque lhe cria uma expectativa passível de proteção jurídica.

No dizer de Menezes Cordeiro: “A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos”⁶⁰² e possui os mesmos requisitos da *supressio*, fundamentada na previsão de confiança.

2.2.4 Classificação

A boa-fé não aparece na legislação sempre com o mesmo sentido, como visto acima, sendo possível classificá-la de acordo com sua operabilidade.

Em primeiro lugar, aponta-se que na maioria das vezes a expressão boa-fé é a essência de proteção ao que age pela confiança, como na primeira oportunidade em que surge com esse sentido, no art. 286, conferindo amparo ao cessionário de boa-fé, ou pela proteção ao terceiro de boa-fé, como no art. 167, em que são ressalvados os direitos do terceiro de boa-fé, no caso de nulidade do negócio jurídico simulado.

São várias as disposições que conferem proteção ao que atua de boa-fé, até porque não poderia ser diferente, mas é uma maneira direta de garantir que determinados atos, mesmo viciados, devam prevalecer em benefício daquele que confiou em sua validade, caso típico,

como exemplo, do art. 689, quando reputa válidos os atos ajustados com mandatário de boa-fé, na situação do contrato de mandato em nome do mandante, desde que este ignore que o mandante está morto ou houve extinção do mandato. Do mesmo modo, o herdeiro aparente, que de boa-fé pagou um legado – art. 1.828, não está obrigado a prestar o equivalente àquele que é o verdadeiro sucessor.

Em outros momentos, a boa-fé vem com conotação de presunção, o que ocorre nos artigos 113 e 164, isto é, descreve situações em que o ato é praticado sob a presunção de boa-fé.

Como já dito, o art. 113 prevê que os negócios jurídicos são praticados conforme a boa-fé, assim como, em se tratando de fraude contra credores, o art. 164 determina a mesma presunção para os negócios praticados com o fim de manter um estabelecimento mercantil, rural, industrial, ou destinado à subsistência do devedor e de sua família, ou seja, de que não foi praticado com a finalidade de fraudar.

A diferença básica entre os dois artigos ora mencionados consiste em que um é de uma realidade óbvia, pois não pode haver um negócio jurídico que não tenha sido praticado pela boa-fé (art. 113), tornando-se uma regra de interpretação, contudo o art. 164 constrói uma situação para comprovar que realizado de boa-fé.

Há momentos em que o Código Civil atribui direitos aos de boa-fé, mas aqui trata-se de uma redundância, haja vista que somente aquele que estiver agindo na licitude pode receber direitos, como é o caso do art. 1.242, que determina que aquele que tiver justo título e boa-fé poderá adquirir a propriedade imóvel, desde que mantenha a sua posse por dez anos sem interrupção e contestação, muito embora o contexto abranja uma antinomia à má-fé, como no caso do art. 1.214, ou ainda, a título de exemplo, os efeitos do casamento nulo ou anulável em relação aos terceiros e ao próprio cônjuge de boa-fé – art. 1.561.

Em algumas situações, a boa-fé não tem um papel significativo, pois é apenas um reconhecimento interpretativo de sua situação no ordenamento jurídico, como no caso acima mencionado do art. 113, assim como o art. 128, entretanto todo o ordenamento deve ser interpretado nessa direção.

O art. 637, no entanto aufere deveres àquele de boa-fé, pois gera ao herdeiro do depositário, que vendeu a coisa depositada de boa-fé, o dever de assistir o depositante em

⁶⁰² *Supra*, p. 821.

sua reivindicação, assim como restituir o valor recebido. Muito embora o dispositivo determine a realização de ambas as deliberações, convém destacar que somente restituirá o preço se a coisa não pôde ser recuperada, sob pena de locupletamento indevido do depositante, visto que o artigo não está criando uma maneira de penalizar o herdeiro do depositário, por estar de boa-fé.

Dessa forma, pode-se classificar as regras que contém o *standard* boa-fé do seguinte modo: a) de proteção; b) de presunção; c) de atribuição de direitos; d) atribuição de deveres e; e) de interpretação.

De *proteção* são aqueles dispositivos que conferem ao titular do direito o reconhecimento de que agindo honestamente terá segurança de estar resguardado pela validade de seus atos.

A de *presunção* são regras que descrevem ocorrências pelas quais não é necessário comprovar que o ato é praticado de boa-fé.

De *atribuição de direitos* ou *atribuição de deveres* são regras imperativas, que como dito, auferem direitos a quem atua de boa-fé.

Por fim, há dispositivos que descrevem um modo de *interpretação* do ato jurídico, aclarando o modo em que se atua de boa-fé, entretanto, pode-se afirmar que todas as regras que contenham o *standard* boa-fé, não deixam de ser interpretativas.

2.2.5 A boa-fé no direito comparado

Interessante notar a disposição o Código Civil francês relativo ao estar de boa-fé. Consoante o art. 550 do Código francês é possuidor de boa-fé aquele que possui o imóvel como se fosse proprietário dele, mas desde que ignore os vícios do instrumento que pretendia utilizar para transmiti-la, enquanto a segunda parte do dispositivo assinala que estará de boa-fé quando tiver conhecimento desses vícios. Neste mesmo sentido nosso artigo 1.201 do Código Civil, mas com o acréscimo de que se presume de boa-fé aquele que possui o título eivado de vício, não sem esse conhecimento, sobretudo por ser

impossível a prova negativa, a comprovação do que se passa na mente de alguém.

O Código Civil espanhol, no artigo 433 repete o art. 550 do Código Napoleão, mas aprimora o sentido no art. 434 ao determinar que a boa-fé se presume sempre, posto que quem alega a má-fé é quem deve comprová-la. Muito embora também seja este o sentido de nossa codificação, há uma diferença ao determinar no art. 1.202, CC, do mesmo modo que o art. 491 do Código Civil de 1916, que se houver circunstâncias que permitam presumir que o possuidor não ignorava a condição viciada de seu título, estará de má-fé. Sem dúvida, situação muito mais atenuante visto não exigir uma prova absoluta da condição de má-fé.

Ainda no Código Civil espanhol, o art. 1.950 apresenta outra distinção para boa-fé, ao dispor que estará de boa-fé o possuidor que receber a coisa acreditando que recebeu de quem era o seu proprietário e que poderia transmiti-la.

O Código Civil italiano, ao disciplinar a matéria, vislumbra situação diferenciada, pois no art. 1.947 apenas exige que esteja de boa-fé aquele que ignora estar causando uma lesão a direito de outrem, do mesmo modo o art. 1.260, 1, do Código Civil português, situações que exigem a investigação das intenções do possuidor e não de seu comportamento objetivo perante o outro.

Seguindo modelo diverso, o Código Civil argentino em primeiro lugar reconhece que será de boa-fé a posse, quando o possuidor, por ignorância ou erro de direito, acreditar que sua posse é legítima – art. 2.356, sendo que a boa-fé deve ser avaliada no momento da origem da posse – art. 2.358, e somente em relação aos frutos é que se investigará a boa-fé a cada percepção.

Georges Ripert⁶⁰³, um clássico autor, indica que quem age de boa-fé merece uma recompensa, “pela razão de que o direito civil se deve ocupar dos atos e não das intenções e de que o próprio direito penal não pune a intenção desde que não haja um princípio de execução”⁶⁰⁴, ou seja, não é necessário examinar o que está oculto na consciência, visto que impossível e desprezível para o direito, mas como foi exteriorizado o comportamento do agente, que traduz as intenções, dessa forma, em vista da impossibilidade de uma investigação psíquica, a boa-fé sempre é presumida.

⁶⁰³ *A regra moral nas obrigações civis*, p. 284.

⁶⁰⁴ *Idem*, p. 283.

O Código Civil alemão – BGB, paradigma legislativo de nosso código vigente, se refere aos usos comuns como ponto chave para definir o conteúdo do *standard* boa-fé.

Disciplinam o § 157 e o § 242 do BGB, que na avaliação da boa-fé deverão considerar-se os usos comuns. Essa indicação não foi repetida pelo Código Civil brasileiro, talvez por se considerar uma redundância, mas é uma clara indicação do caminho a ser perseguido para o preenchimento de seu conteúdo.

2.3 - Função social

Função é um substantivo feminino que traduz a idéia de atividade ou característica de algo, ou obrigação a ser cumprida⁶⁰⁵, dessa forma a função social exigida pela lei significa não só uma obrigação, uma imposição de que os institutos jurídicos atuem de acordo com o interesse social, mas também o reconhecimento de que a socialidade é uma característica do próprio Direito.

2.3.1 A confirmação histórica da socialidade

a) Os acordos sociais – contratos

A primeira sociedade humana que se estabeleceu em uma região, deixando de ser nômade, foi aquela que povoou o território onde hoje conhecemos como a Jordânia até os limites da Ásia Menor, em virtude da área fértil com campos de cereais silvestres, que levou os membros desse grupo desenvolver a técnica de armazenar sementes para plantá-

⁶⁰⁵ FUNÇÃO. In. Dicionário Houaiss: “Substantivo feminino. 1 atividade natural ou característica de algo (elemento, órgão, engrenagem etc.) que integra um conjunto, ou o próprio conjunto; 2 obrigação a cumprir, papel a desempenhar, pelo indivíduo ou por uma instituição”.

las. Com o tempo mais livre, posto que não houvesse a necessidade de tantas caçadas, a humanidade iniciou a produção de outros objetos, todavia, registre-se que antes do desenvolvimento da agricultura havia o comércio de pedras de obsidianas, por volta de 9.000 anos a.C. na Ásia Menor.

Com o comércio o estilo de vida mudou, pois cada vez mais as pessoas começaram a depender uma das outras. Conforme a habilidade de cada um as mercadorias eram produzidas e comercializadas, fazendo surgir riqueza e a condição de empregados e empregadores, criando-se uma hierarquia social, com a divisão de classes e, por conseqüência, o advento do homem que se sobressaia em autoridade, com o escopo de regulamentar o comércio, administrar a defesa da comunidade e a religião.

Há registros em documentação cuneiforme com contratos de compra e venda de móveis e imóveis, além de listas de materiais trocados, na Mesopotâmia, essa região, a partir da metade do III milênio, assim é possível compreender o imperativo de regulamentar-se a atividade, por ser uma questão de administração e manutenção do poder do governante.

Em síntese, com o passar do tempo foi surgindo a noção de obrigação, aprimorada com o direito romano.

Note-se que para o Direito romano as obrigações podem ser divididas em quatro períodos: antes das guerras Púnicas há o período quiritário, quando o sistema era muito formal e ritualístico; reconhecido como um período primitivo do direito conhecia-se o *nexum*⁶⁰⁶, isto é, a ligação entre a pessoa do devedor e do credor, sendo um ato solene e deveria ser usado para empréstimos em dinheiro, e a *sponsio*, também um ato formal, que fazia surgir um ato de natureza religiosa, invocando-se os deuses para castigar a quem não cumprisse o que prometeu⁶⁰⁷.

Do período que vai das guerras Púnicas até o fim da República houve um aumento das relações comerciais e passa-se para o sistema contratual do *ius gentium*, desenvolvendo-se os atos bilaterais de comércio⁶⁰⁸, com os contratos típicos *re, verbis, litteris e consensu*,

⁶⁰⁶ Como ensina o Professor Alvaro Villaça, o *nexum* conferia poder ao credor de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. Em caso de inadimplemento, de não cumprimento obrigacional, respondia esse devedor com seu próprio corpo, podendo ser reduzido à condição de escravo, o que se dava por meio da “*actio manus iniectioem* (ação pela qual o credor podia vender o devedor como escravo, além do rio Tibre) – Teoria geral das obrigações, p.28.

⁶⁰⁷ *Manual de direito romano*, p. 188.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. 189.

posteriormente, surgindo os inominados⁶⁰⁹. No conhecido período clássico foram aperfeiçoadas as bases do direito novo, fundindo-se o *ius civile*, *ius gentium* e o *ius honorarium*⁶¹⁰. Por fim, no período do Baixo Império houve a simplificação dos institutos e a estrutura das obrigações, valorizando-se a vontade das partes⁶¹¹.

As obrigações surgem de um contrato ou de um delito. As obrigações que nascem de um contrato são de quatro espécies, conforme as palavras de GAIO⁶¹²: “porque a obrigação se contrai pela coisa, por palavras, por escrito ou pelo consenso”. Para as Institutas de Justiniano também havia o nascimento das obrigações dos quase contratos e dos quase delitos⁶¹³.

No Direito romano dava-se a ação para depois ser conhecido o direito. Os contratos *consensu* nasciam do simples acordo de vontades, sem formalidade, os *re* surgiam com a tradição da coisa de uma parte a outra e estes eram o mútuo, o comodato, o depósito e o penhor; já os *verbis* e os *litteris* eram solenes⁶¹⁴.

Com efeito, o contrato era uma convenção entre as partes, como ainda o é, com força obrigatória, já que munida de ação para forçar seu cumprimento. Assim, *obligationes consensu contractae* independiam de qualquer formalidade verbal ou escrita, já que estavam validadas por *actiones civiles bonae fidei*⁶¹⁵, constituindo a base das relações contratuais contemporâneas.

O consenso significa que a vontade é a fonte da obrigação, tornando suficiente a declaração para criá-la, surgindo a necessidade por regras jurídicas que assegurem o cumprimento do que foi acordado, pois, como ensina Marcos Bernardes de Mello, o homem para se adaptar na vida em sociedade, carece da existência na comunidade ordenada, “a fim de que essa convivência seja a mais harmônica possível”. Entretanto, para o Direito romano, a declaração exigia uma exteriorização da forma, nas referidas categorias contratuais *verbis*, *re* ou *litteris*, que se dava por palavras sacramentais, pela entrega do objeto, ou pela inscrição no *codex*, para mais tarde surgirem os contratos

⁶⁰⁹ VILLAÇA, *op. cit.*, p. 29. Com a Lei Petélia Papírica, do século IV a.C. A obrigação deixa de ser pessoal e passa a execução para o patrimônio do devedor.

⁶¹⁰ *Idem*, p. 164.

⁶¹¹ *Idem, ibidem*.

⁶¹² *Institutas do jurisconsulto Gaio*, p. 149.

⁶¹³ VILLAÇA. *Op. cit.*, p. 42.

⁶¹⁴ BESSONE. *Op. cit.*, p. 86.

⁶¹⁵ CÔRREA, Alexandre. *Op.cit.*, p. 198.

consensuais (*solo consensu*), que eram os mais freqüentes na vida diária: venda, locação, mandato e sociedade .

Com efeito, vivemos de ajustes sociais, porém a força vinculativa desses acordos pôde variar ao longo das mudanças de expectativas filosóficas no decorrer do desenvolvimento das sociedades, principalmente ligados aos interesses econômicos em voga, razão pela qual há um encaminhamento do tema de acordo com o que prevalece no sistema político-econômico que o regula. Assim, ainda no século XX, variou-se de sistemas que incluíam mais ou menos intervenção do Estado na regulação dos contratos, culminando ao ponto de que existir uma forte intervenção nos contratos reguladores de relações de consumo, por dizerem respeito ao interesse público geral.

b) Formação contemporânea do contrato

O contrato é a base da economia moderna, sem o rigor das formas contratuais vigente em Roma, mas com sua força obrigatória.

Até meados do século passado havia grande liberdade para contratar, obedecendo-se ao princípio da autonomia da vontade, ou seja, tudo que não era proibido era lícito de se pactuar, entendendo-se haver igualdade entre os contratantes, que tinham total liberdade de escolher as categorias negociais e estabelecer seus efeitos, o que se consagrou no Código Civil francês, no artigo 1.134, com a máxima: *pacta sunt servanda*, o contrato com força de lei.

Presumia-se uma total igualdade entre as partes contratantes, pois se partia da premissa de que havia liberdade contratual, contudo isto não se mostrou verdadeiro, uma vez que o equilíbrio era uma suposição falsa, o que levou a doutrina a debater o assunto a ponto de não considerar este princípio com a força que então tinha, refletindo-se sobre o excesso de seu alcance, da possibilidade de exploração dos mais fracos, já que não se garantia a real igualdade dos contratantes e das prestações.

A igualdade é uma ilusão, ou como diz Darcy Bessone, “só há deliberação efetivamente livre quando uma das partes não veja na contingência de ter de se submeter à vontade da

outra”.

Caminhamos então para um período do dirigismo contratual pelo Estado e o princípio de que o contrato é lei entre as partes deixa de ter sua força monstruosa de opressão, observando-se a possibilidade de resolução ou revisão dos contratos, primeiro por obra da doutrina e jurisprudência, para consagrar-se definitivamente em nosso ordenamento jurídico, nos artigos 478 a 480, do Código Civil, na ocorrência de extrema vantagem para uma das partes.

A liberdade contratual está garantida no art. 421 do Código Civil, mas desde que dentro dos limites impostos por sua função social, pois assim estatui:

Artigo 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em suma, as partes têm liberdade de fixar o conteúdo dos contratos, contratarem o que desejarem, dentre os vários modelos legais e outros que a criatividade possa melhorar, desde que o objeto seja lícito, o que inclui a miscigenação dentre os vários contratos típicos e atípicos, situação que o Código Civil português escolheu como regra escrita no artigo 405^o ⁶¹⁶, mas que entre nós decorre da sua falta de proibição e pela regra criada com o Código em vigor, contida no art. 425, ou seja, de que é lícito a estipulação de contratos atípicos, uma vez observadas as normas gerais fixadas na lei civil.

A autonomia da vontade traduz-se na exteriorização da formação do contrato, em que o ser humano é livre para escolher contratar ou não, de acordo com seus interesses, mas partindo-se do pressuposto de que não há igualdade absoluta entre as partes contratantes, havendo a necessidade de manutenção de um equilíbrio, repercutem no regime legal contemporâneo e sua interpretação, pois a manutenção da estabilidade exige um aprumo de forças, sem a qual não haverá uma harmonia social, o que se constatou pela experiência vivida quando a liberdade contratual não possuía freios e o prejuízo não era sentido pelos mais fracos, mas por toda sociedade em momento posterior.

Orlando Gomes assinala os principais fatores que contribuíram para essa mudança de

⁶¹⁶ Portugal, Código Civil. Art. 405^o: 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

mentalidade e que transformou a teoria geral dos contratos:

1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as *partes*, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica.⁶¹⁷

A interferência do Estado na seara privada é conseqüência direta da insatisfação gerada pelo excesso de liberdade que acreditava em uma igualdade pura e fictícia, razão pela qual ela não é absoluta, mas relativa, visto ser condicionada a limites que correspondem a valores que lhe são superiores, no caso sob exame, a sua função social e outra não pode ser a interpretação, haja vista que nossa carta política, a Constituição Federal, estabelece como meta fundamental do País a eliminação das desigualdades, ou melhor dizendo, reduzir, porque eliminar parece ser um objetivo inatingível.

Nos exatos termos da Constituição Federal:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta seu desenvolvimento, com a redução das desigualdades, principia pelo tratamento diferenciado entre seus membros, o que mitiga o *caput* do art. 5º da Constituição, que parte do pressuposto de que todos são iguais, muito embora seus incisos imponham barreiras a esse entendimento.

A liberdade contratual está condicionada ao regime econômico vigente e atrelada ao desenvolvimento nacional, que condiciona a interpretação do conteúdo de função social como algo a mais, com significância econômica, mas também da escolha política, pois o Brasil escolheu um estado democrático – art. 1º, CF, o que por si já traz incluída a noção de respeito às condições sociais, assim como o art. 170 que estabelece as bases para a

⁶¹⁷ *Contratos*, p. 7.

ordem econômica, conforme os ditames da justiça social.

c) Propriedade e necessidade humana

O bem imóvel traduz materialmente um dos mais relevantes direitos individuais, de propriedade, reconhecido entre nós pela Constituição Federal, no inciso XXII do art. 5º.

Na observação do ânimo psicológico que originou o conceito de propriedade na humanidade, Clóvis Beviláqua aponta o movimento biopsíquico da apropriação, essa vontade de satisfazer as necessidades do momento, em que a assimilação adquire o significado de segurança pela estabilidade, entretanto por ser o homem o ser social, “a apropriação dos bens e a sua defesa assumem formas sociais, sem todavia eliminar, inteiramente, ou em porção excessiva, o impulso individual”⁶¹⁸.

Muito embora seja possível imaginar, até pelo exemplo de sociedades contemporâneas em estágio primitivo de evolução, a propriedade imóvel teria um compartilhamento coletivo, entretanto há notícias de que na Mesopotâmia já havia a noção de propriedade imóvel privada, tanto que o Código de Hammurabi registra o dote que a mulher levava ao se casar⁶¹⁹.

Clóvis Beviláqua define propriedade como “o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral”⁶²⁰, que tanto podem se referir a bens móveis ou imóveis, no entanto nosso Código Civil, seguindo o Código revogado, define o direito de propriedade em seu art. 1.228 como o direito que o proprietário tem de “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Porém esse não é um direito absoluto, porque em seu parágrafo 1º impõe que esse exercício somente se possa dar pelos fins econômicos e sociais, ou de acordo com o que for estabelecido em lei especial.

As limitações são impostas em nome do interesse coletivo, tanto que Limongi França o define do seguinte modo:

⁶¹⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Op.cit.*, p. 96.

⁶¹⁹ *Idem*, p. 98.

O direito excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem⁶²¹.

A limitação ao direito de propriedade não é uma conquista contemporânea, muito embora o Código Napoleão o trate como o direito real mais perfeito, nas palavras dos irmãos Mazeud⁶²², visto que seu art. 544 o define como o direito a gozar e dispor da coisa “da maneira mais absoluta”, esse exercido desde que não se faça uso proibido pelas leis ou ordenamentos⁶²³.

A preocupação social não é nova. Como bem lembra Clóvis os hebreus redistribuíam suas terras a cada cinquenta anos, chamado de jubileu, como está registrado em Levítico, XXV, 10-30:

E santificareis o ano quinquagésimo, e apregoareis liberdade na terra a todos os seus moradores; ano de jubileu vos será, e tornareis, cada um à sua possessão, e cada um à sua família. (Lev., XXV, 10)

Já os romanos instituíram a usucapião, como um modo de reciclar a propriedade, por ser inadmissível uma propriedade abandonada, muito embora a evolução do conceito de propriedade familiar ligada ao culto dos ancestrais para o de individual, em que o proprietário poderia dispor livremente do que era seu, todavia o interesse social impôs limitação ao seu exercício, com vários exemplos, como a possibilidade de nunciação de obra nova, ou da possibilidade de servidão de águas⁶²⁴, entretanto em sua origem era um direito absoluto, pois entendia ser contrário à sua natureza uma restrição ao seu exercício⁶²⁵.

No antigo regime do direito francês, ainda no sistema feudal, a terra pertencia ao

⁶²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, p. 106.

⁶²¹ *Institutos de direito civil*, p. 436.

⁶²² MAZEAUD, Henri Léon & MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-América, 1976, parte II, p. 12.

⁶²³ Art. 544: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

⁶²⁴ *Idem*, p. 105: “O interesse público, entre outras restrições ao direito de propriedade, exigia que o proprietário marginal de rua ou caminho se encarregasse de sua conservação, na parte que lhe correspondesse. O descobridor de mina podia explorá-la em seu proveito, dando apenas certa indenização ao proprietário e pagando determinado imposto ao fisco. Já se aludiu à obrigação, que o ribeirinho de um curso d’água tinha de suportar o uso transitório das margens aos que ali aportassem ou usassem das águas.”

⁶²⁵ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 14.

senhor feudal, mas não como um direito exclusivo, pois o proprietário o dividia com o direito do concessionário, que possuía o domínio útil, permitia o direito de cultivar e recolher seus frutos e esta concessão era perpetua, devendo o concessionário pagar ao senhor feudal o *laudêmio*, em caso de transmissão, assim como o direito de receber pensão, porém, o caráter social da propriedade imóvel era amplamente reconhecido, visto que uma vez feita a colheita em terras agrícolas, o proprietário deveria suportar o direito de terceiros em colher as espigas que restaram depois de colhidas ou de pastagem, por exemplo, o que era considerado natural, pois se compreendia que esse não era um direito absoluto⁶²⁶.

O marco da natureza do direito de propriedade se deu com o direito revolucionário em 1789, precisamente no dia 4 de agosto, quando os nobres renunciaram seus privilégios sem direito à indenização, voltou-se ao conceito romano da propriedade individual e absoluta, consagrada no art. 17 da Declaração dos Direitos dos Homens que estabeleceu ser “um direito inviolável, e sagrado, ninguém pode ser dela privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”⁶²⁷.

Para os irmãos Mazeud a necessidade à socialização do direito de propriedade decorre de dois pressupostos: a) ataques contra o direito absoluto da propriedade individual; b) um retorno à propriedade coletiva⁶²⁸. Essa exigência decorreu de inevitáveis conseqüências econômicas, principalmente pelas dificuldades trazidas pelas guerras, razão pela qual a propriedade é vista por sua função social, em que o proprietário é obrigado a exercer seu direito ao interesse de toda a comunidade, o que teve início com a interpretação jurisdicional que criou a noção de abuso de direito⁶²⁹.

Essa restrição em nome do bem comum pode ser verificada nos ordenamentos de direito público, em que o administrador impõe limitação aos direitos individuais em nome do bem estar da coletividade, como as regras de ocupação do solo, desapropriação, servidões etc. A limitação, inclusive, foi alçada ao âmbito da hierarquia constitucional,

⁶²⁶ *Idem*, p. 15: *Numerosas servidumbres pesaban sobre los predios. No se consideraban como incompatibles con la naturaleza del derecho de propiedad. Así, el derecho de propiedad tenía un notable carácter social; las prerrogativas del propietario encontraban sus límites en el interés general; no debían ejercerse egoísticamente.*

⁶²⁷ Art. 17. *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*

⁶²⁸ *Op. cit.*, p. 18.

⁶²⁹ *Idem*, p. 19.

haja vista que o inc. XXIII do referido art. 5º da Constituição Federal determina que a propriedade atenda à sua função social.

Para José Afonso da Silva a função social não pode ser confundida com os sistemas de limitação ao exercício do direito de propriedade a seu titular, pois o conceito de função social estaria ligado à propriedade; ônus, limites e obrigações são externos a esse direito, constituindo o “fundamento do regime jurídico da propriedade”⁶³⁰.

Antonino C. Vivanco define a função social da propriedade como a ciência de que todo o titular do domínio tem de ser membro de uma comunidade e que por tal tem direitos e obrigações com relação aos demais, que o impede de praticar atos que possam evitar ou obstaculizar os bens ou direitos dos demais membros, desse modo deve utilizar a propriedade de forma a torná-la produtiva, não só para si próprio, mas indiretamente para a satisfação das necessidades dos demais⁶³¹.

Por outro ângulo, pode-se afirmar que a função social da propriedade é fundamento ligado ao desenvolvimento econômico do país, assegurando a existência digna da pessoa, nos termos do inciso III, do art. 170 da Constituição Federal, no que diz respeito aos bens de produção⁶³².

Entre nós, o Estatuto da Terra, Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, muito antes da Constituição Federal, em seu at. 2º já entendia que a propriedade rural deveria observar a justiça social, tanto que seu *caput* prevê que “é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista” na lei, sendo que em seu parágrafo 1º estabelece quais as condições para atingir tal parâmetro, que devem ser observadas simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa

⁶³⁰ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 249.

⁶³¹ *Teoría de derecho agrario*, La Plata: Ediciones Librería Jurídica, 1967, v. 2, p 472: *La función social es ni mas ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.*

El derecho a la cosa se manifiesta concretamente en el poder de usarla y usufructuarla. El deber que importa o comporta la obligación que se tiene con los demás sujetos se traduce en la necesidad de cuidarla a fin de que no pierda su capacidad productiva y produzca frutos en beneficio del titular e indirectamente para satisfacción de las necesidades de los demás sujetos de la comunidad.

⁶³² SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 683.

as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Como modo de assegurar a função social da propriedade rural, o Estatuto da Terra define dimensões mínimas, garantindo-a como um bem de produção, com tamanho que poderá variar de acordo com as regiões do país, mas razoável para ser explorada economicamente, impedindo o parcelamento, a indivisibilidade abaixo de um valor mínimo, evitando-se a criação de minifúndios, como escopo de facilitar a circulação de riquezas e a arrecadação de impostos, necessários ao desenvolvimento sócio-econômico da comunidade.

No mesmo sentido, com o fim de garantir a manutenção da propriedade rural e sua preocupação social, alteraram-se os arts. 815 e 832 do Código Civil Francês⁶³³, além de editarem-se leis, facilitando sua transmissão a um único herdeiro, reembolsando-se os demais, em valor equivalente ao quinhão de cada um. Já a Suíça estabelece que um único herdeiro fique com a integridade da propriedade rural, desde que esse imóvel seja uma unidade econômica de exploração rural; havendo divergência entre os herdeiros, a preferência seguirá uma ordem: o que normalmente se ocupara da exploração da terra prefere os demais, assim como as condições pessoais de cada herdeiro, nos termos da Lei Federal de 4 de outubro de 1991⁶³⁴.

Com efeito, a continuidade da propriedade rural nas mãos do herdeiro apto ao

⁶³³ FRANÇA, CC. Art. 815: *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention.*

Art. 832 : *L'attribution préférentielle visée à l'article 831 est de droit pour toute exploitation agricole qui ne dépasse pas les limites de superficie fixées par décret en Conseil d'Etat, si le maintien dans l'indivision n'a pas été ordonné.*

⁶³⁴ SUIÇA. LDFR, 4/10/1991:

Art. 17 Imputation sur la part héréditaire

1 L'entreprise agricole est imputée à la valeur de rendement sur la part de l'héritier qui exploite lui-même.

2 Les biens meubles servant à l'exploitation sont imputés à la valeur qu'ils représentent pour ladite exploitation et l'entreprise accessoire non agricole à sa valeur vénale.

Art. 26 Concours avec un droit successoral à l'attribution

1 Le droit d'emption ne peut pas être invoqué lorsque:

a. l'entreprise agricole est attribuée dans le partage successoral à un héritier légal qui entend l'exploiter lui-même et en paraît capable, ou que

b. la communauté héréditaire transfère l'entreprise agricole à un descendant du défunt, qui entend exploiter l'entreprise lui-même et en paraît capable ou que

c. ...16

2 Si un droit d'emption est en concours avec un droit successoral à l'attribution prévu à l'art. 11, al. 1, la situation personnelle des intéressés est déterminante pour l'attribution.

3 Si le défunt laisse des descendants mineurs, le droit d'emption ne peut être invoqué tant qu'il n'est pas possible de déterminer si un descendant peut reprendre l'entreprise pour l'exploiter lui-même.

desenvolvimento atinge uma finalidade social, porque o interesse público exige a continuidade da atividade rural, mediante a integridade da propriedade, pois fortalece a economia nacional.

A Alemanha, em sua constituição, garante os interesses coletivos em face do individualismo da propriedade, pois o art. 14, 2 determina que o uso da propriedade esteja sujeita ao interesse comum⁶³⁵.

Com condições interpretativas tão abrangentes, que possibilitam uma inúmera gama de soluções para um mesmo problema, com fundamento em sentido tão amplo quanto o da *função social*, observa-se que não é possível um enquadramento perfeito e antecipadamente seguro para conter a legitimidade das decisões futuras nela fundamentada, como, a título de exemplo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhece validade aos chamados “contratos de gaveta”.

O “contrato de gaveta” é aquele em que as partes firmam entre si para a alienação dos direitos sobre um imóvel financiado sem a anuência da instituição financeira, para evitarem o recálculo do saldo devedor e o aumento do valor das prestações, ou seja, mantendo-se as condições inicialmente contratadas.

Nessas situações, em que há financiamento imobiliário, deve-se contratar um seguro obrigatório, na modalidade vida, para a garantia do adimplemento do contrato no caso da morte do mutuário, nos termos da exigência contida na Lei nº 4.380/64, havendo o “contrato de gaveta”, o falecimento do mutuário deverá quitar os contratos, para o sossego de seus beneficiários que terão acesso pleno à moradia, porém, em um curioso caso, em que as partes celebraram um “contrato de gaveta” de permuta, quando trocaram imóveis financiados, ocorreu o falecimento de um dos mutuários, que acionou o pagamento do seguro do imóvel que se encontrava financiado originalmente em seu nome e não do novo empreendimento.

O Superior Tribunal entendeu que com a permuta, ainda que de “gaveta”, houve a sub-

⁶³⁵ ALEMANHA, Lei Fundamental: *Article 14 [Propriété, droit de succession et expropriation]*

(1) *La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.*

(2) *Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.*

(3) *L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents.*

rogação dos direitos uns dos outros, portanto condenaram o mutuário que se beneficiou pelo pagamento do seguro a repassar à família do falecido o valor equivalente ao débito quitado, sob o fundamento de que o seguro, nesses casos, garante a função social da propriedade, visto ser a garantia de sua aquisição.⁶³⁶

2.3.2 Conclusão

Enquanto o princípio da socialidade é uma autorização para que todo o ordenamento seja interpretado com o escopo de se atingir o fim comum, em que não há espaço para um individualismo extremo nas relações privadas, porque mesmo essas são de interesse público, principalmente no que diz respeito aos contratos e ao direito de propriedade e, porque não dizer, da posse. O *standard* jurídico função social foi aqui compreendido como um fenômeno.

No retorno às coisas mesmas, vê-se que a função social engloba em sua essência, a partir da observação de uma série de situações que a coloca na realização de uma finalidade, que exige a correta interpretação legal, mas que também significa compreender os fatos, não sendo possível escapar do condicionamento histórico em que esta contextualizada.

No sentido contemporâneo que lhe emprestam a Constituição Federal e o Código Civil, a função social merece reflexão criativa, reconhecendo-se o escopo econômico de desenvolvimento coletivo, da própria nação, por se acreditar que somente esse é capaz de atribuir bem-estar, o que não se confunde com felicidade, porém apenas com uma melhor

⁶³⁶ BRASIL. STJ. REsp 811670 / MG, rel. Min. Nancy Andrighi - T3 – j. 16/11/2006 - DJ 04.12.2006 p. 313
Ementa: Civil. Permuta de imóveis financiados pelo SFH, em que cada parte assume o pagamento das prestações da outra, sem transferência dos contratos ou anuência do agente financeiro. Morte de um dos mutuários com a conseqüente quitação do saldo devedor relativo ao imóvel dado em permuta. Equilíbrio contratual. Beneficiamento dos dependentes do falecido.

- O seguro habitacional tem dupla finalidade: afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário-falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel, cumprindo a função social da propriedade.

- Se o comportamento das partes, desde o início, evidencia a intenção de ambas de manter o equilíbrio do contrato e de se desvincular totalmente do bem dado em permuta, transferindo para o imóvel recebido em troca todas as suas expectativas e esforços de aquisição da tão sonhada “casa própria”, o seguro decorrente do

distribuição das riquezas materiais, sem que tal seja uma visão utilitarista do direito.

Considerando um *standard* jurídico como uma padronização de virtude, a função social é o modelo de ação imposta de respeito ao coletivo, de ampliação das relações meramente privadas para o interesse comum, na preocupação de que a prática de atos jurídicos influenciam não somente aos que o praticam, mas produzem efeitos ainda que indiretos a um número indeterminado de pessoas.

2.4 - Razoabilidade

Razoabilidade não se confunde com equidade, muito embora o legislador faça, em alguns casos, seu uso como sinônimo.

Equidade, que surgiu no âmbito jurídico com o direito romano, era uma forma de assegurar a melhor solução do problema no caso concreto e era uma forma de criar a justiça ao caso concreto, como erroneamente foi a visão distorcida passada pelo tempo⁶³⁷, já que é a revelação do direito em referência aos casos singulares⁶³⁸. Assim, na origem da palavra, *aequitas*, de *aequus*, ou seja, plano, liso, igual, traduz a idéia de aplicação igualitária das decisões⁶³⁹.

Para o direito romano o conceito de *aequitas* é entendido em dois momentos diferentes: no período clássico e no direito pós-clássico. No direito clássico é o que hoje pode ser compreendido como justiça, ou seja, um ideal; já no pós-clássico tem o sentido de

falecimento de um dos mutuários deve vir em benefício de seus próprios dependentes, na proporção do que for pago pela seguradora. Recurso especial conhecido e provido.

⁶³⁷ SILLI, Paolo. *Equità (storia del diritto)*, in *Digisto delle discipline privatistiche*, sezione civile, v. VII, p. 479.

⁶³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Equidade*, Enc. Saraiva, cit., v. 32, p. 393: “Aqueles que consideram a equidade fonte do direito têm uma razão: é que é por ela que o caso se resolve. A equidade revela-nos pois o direito daquele caso. É ainda modo de revelação do direito, embora com referência a casos singulares.”

⁶³⁹ José Cretella Júnior, *Curso de direito romano*, p. 36.

Louvando a eficiência da equidade, p. 37: “É a justiça do caso concreto, é o adequamento do *jus*, frio, genérico, abstrato, longínquo, à realidade palpitante da vida, em toda sua concretude.

A *equidade* impede que o direito se mobilize, estagnando-se, numa fórmula rígida e definitiva.

Pela *equidade* tempera-se o rigor do *direito*, abrandando-se a impensoalidade do texto legal.”

benignidade, benevolência⁶⁴⁰.

Para o conceito que o direito administrativo dá à equidade, é, no dizer de Cretella Jr., um “modo de valorar determinadas ações em correspondência a um ditame da consciência coletiva em dado momento histórico, para torná-la compatível com as exigências do direito e da citada consciência coletiva”⁶⁴¹, como uma maneira de trazer a aplicação do direito ao conceito de justo.

O parágrafo único do art. 944 de nosso Código Civil afirma que o juiz pode reduzir, por equidade, o valor da indenização, isto é, que poderá não corresponder à integralidade do dano, como faz referência o *caput* do artigo. Melhor seria ter empregado o termo “moderadamente”, como o faz no mesmo sentido o Código Civil espanhol no art. 1.103, que dispõe: “*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*”.

O razoável é um equilíbrio, algo como pensava Aristóteles, o direito como instrumento da justiça não tenta descobrir a verdade absoluta, mas uma proporção que mantenha um equilíbrio social, o “justo meio-termo”, visto ser um fenômeno social, que não busca uma igualdade irrestrita, aritmética, por ser impossível, entretanto procura uma proporção entre os bens de uns e de outros. Para conceituar equidade conclui:

O eqüitativo, embora superior a uma espécie de justiça, é justo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo. A mesma coisa, pois, é justa e eqüitativa, e, embora ambos sejam bons, o eqüitativo é superior. O que faz surgir o problema é que o eqüitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal.⁶⁴²

Essa demonstração de equilíbrio ou de moderação é de certa maneira demonstrada por

⁶⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 92: “Para os jurisconsultos clássicos, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina *justiça*; aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de SCIALOJA – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. Por isso, o direito positivo pode entrar em choque com ela. E CELSO, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretendeu chamar a atenção para a circunstância de que, no período clássico, o direito é intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um *direito justo*.

Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanitas, benignitas, benevolência, pietas, caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derogaram princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais.”

⁶⁴¹ EQUIDADE, In Enc. Saraiva, cit., v. 32, p. 400.

⁶⁴² *Ética a Nicômano*, § 10, p. 96.

Dworkin quando discute a possibilidade da desobediência civil⁶⁴³, algo que não nos é tão comum, mas que o é nos Estados Unidos da América, quando se recusa o alistamento militar para fins de combate, como muito ocorreu durante a Guerra do Vietnã. O enfoque dado não se apresenta absolutamente adequado para o nosso sistema jurídico, haja vista que o sistema americano do *common law* traz uma expectativa diversa em relação às leis. Dworkin dá o tratamento de ambigüidade à compreensão de ordem emanada da lei, referindo-se que quando uma lei é ambígua é possível ao cidadão a quem é dirigida seguir seu próprio discernimento⁶⁴⁴, o que é o mesmo que para nós a afirmação de que se a lei contém uma ordem que não é razoável será lícita sua desobediência.

2.4.1 Moderado ou razoável?

O Código Civil emprega o termo razoável muitas vezes para ter o mesmo significado que moderado, já que podem ser consideradas expressões sinônimas⁶⁴⁵, concedendo ao juiz o poder de arbitrar um prazo moderado para execução de determinado ato, como no exemplo do art. 562, ou, como acima mencionado, fixar uma indenização em valor moderado, de acordo com as circunstâncias, ainda, avaliar uma determinada situação como possível de acontecer dentro da normalidade.

Nesse último caso, veja-se o art. 633 do Código Civil quando se deve interpretar se a coisa entregue em depósito foi obtida por meio ilícito, possibilitando ao depositário o direito de retenção, se houver motivo *razoável* para essa suspeita. Por fim, é possível visualizar a moderação como a mencionada nos artigos 696, pois no contrato de comissão o lucro *razoável* é aquele que ordinariamente possa se esperar.

⁶⁴³ *Levando os direitos a sério*, p. 315. Considerando, inclusive, a ênfase que Dworkin dá aos direitos individuais em sua teoria, que devem prevalecer frente aos interesses coletivos, sendo estes os que devem se submeter aos individuais.

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 324.

⁶⁴⁵ MODERADO, *Dicionário Houaiss*: 1. que se moderou. 2. que age com moderação; comedido; prudente; 3 não excessivo; **razoável** .

RAZOÁVEL, *idem*: 1. logicamente plausível; racionável; 2. aceitável pela razão; racional; 3. que age de forma racional, que tem bom senso; sensato; 4. que é justo e compreensível por se basear em razões sólidas; 5. não excessivo; **moderado**, módico; 6. que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente.

Dessa maneira, pode-se classificar o *standard* razoável por dois critérios: 1. como moderação, isto é, medida de valor: a) para fixação de prazo; b) para fixação de quantia em dinheiro; e 2. como normalidade.

Para Perelman o que não é razoável não pode ser entendido como⁶⁴⁶, pois no seu entender:

Todo direito, todo poder legalmente protegido é concedido com vistas a certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto ao modo como o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é de direito.

Carlos Roberto de Siqueira Castro, demonstra que o legislador nada mais faz do que classificar os direitos consoante lhes são impostos pela Constituição, conclui que a norma “não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas”⁶⁴⁷ e para tanto elas devem ser razoáveis, ou seja, “revestida de racionalidade e plausibilidade”⁶⁴⁸.

O razoável é o que é equilibrado, portanto se conclui que é o justo, mas é uma equidade muitas vezes, ou sempre, apreciada pelo legislador por um enfoque patrimonial, na divisão adequada da distribuição de deveres e obrigações.

Enquanto medida de valor, não há qualquer problema em compreender critérios para sua fixação, como a situação fática de estimar a indenização do dano moral, de acordo com a peculiaridade do caso concreto, muito embora não exista cálculo aritmético para encontrá-lo, entretanto não mais ou menos complicado apreciar em que momento poderá se decidir por considerar a prática de um ato como dentro dos padrões de normalidade. Dessa forma, lucro razoável estabelecido no art. 696 do Código Civil é aquele normalmente obtido naquele tipo de atividade.

Por fim, cabe salientar que se concorda com Eros Grau quando demonstra que equidade, razoabilidade e proporcionalidade são na realidade a mesma coisa, mas apenas com uma

⁶⁴⁶ *Ética e direito*, p. 437.

⁶⁴⁷ *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 157.

⁶⁴⁸ *Idem*, p. 166: Para Carlos Castro, as leis com falta de razoabilidade são arbitrárias, o que importa em uma instabilidade da ordem jurídica e até a casos de desobediência civil, ou, à força derogatória por força do desuso.

nomenclatura nova⁶⁴⁹, bem do gosto moderno, como uma maneira de demonstrar que foi descoberto algo de novo na ciência do Direito.

2.4.2 Ilustração ao tema

Como tradução de moderação podem ser observadas normas como a contida no art. 122 do Código Civil⁶⁵⁰, quando as condições a serem estabelecidas em determinado negócio devem atender a um critério equânime pelas quais a parte possa suportar, já que não podem ficar a critério de apenas a uma delas fixar o que prive todo o efeito do negócio.

Pela razoabilidade os contratos podem ser revistos, para se evitar sua resolução, modificando-se equitativamente suas condições – art. 479, CC, assim como por haver excessiva onerosidade para uma das partes – art. 480, CC.

A situação fica clara quando se trata de uma ordem legal com conteúdo discricionário, como a que permite ao juiz fixar o valor da indenização por razões de equidade ou aquela em que se faz reconhecer uma atividade de risco para fins de delimitar a responsabilidade objetiva⁶⁵¹. Entretanto como se ficaria diante da norma que estabelece condições diferentes

⁶⁴⁹ *Equidade, razoabilidade e proporcionalidade*. In. Revista dos Advogados,

⁶⁵⁰ BRASIL, CC. Art. 122, CC: São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no REsp 712445 / RN ; 2004/0180947-3 Relator Ministro Humberto Martins - Segunda Turma – j. 21/09/2006
DJ 23.11.2006 p. 238

Ementa :

É inviável o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 182 do STJ. 2. Ausência de prequestionamento quanto ao dispositivo apontado como ofendido. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Não foram opostos os cabíveis embargos declaratórios a fim de suprir a omissão do julgado. 3. A fim de que reste configurado o dissídio jurisprudencial, devem ser demonstradas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, nos termos dos arts. 541, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 4. Esta Corte Superior de Justiça pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático-probatório. 5. Na hipótese vertente, a fixação da verba pela Corte a quo não se mostra excessiva e atende ao princípio da razoabilidade, razão pela qual deve ser mantida. Agravo regimental improvido.

BRASIL. STJ - AgRg nos EDcl no Ag 737617 / PE ; Relator Ministro Jorge Scartezini – Quarta Turma – j. 24/10/2006 DJ 20.11.2006 p. 319

Ementa:

para fixar o quinhão hereditário para o caso de cônjuge ou companheiro supérstite? É razoável essa distinção, mesmo quando a Constituição Federal estabeleça que o casamento e a união estável são entidades familiares?

Como visto anteriormente, o legislador civilista fez a opção de diferenciar o casamento da união estável, dando mais importância ao compromisso oficial e burocrático e percebe-se essa importância, não só pelas declarações contidas na Exposição de Motivos, mas diante da análise do conteúdo normativo.

Apreciando-se as normas relativas à sucessão *causa-mortis*, vê-se, claramente, que o cônjuge supérstite terá mais direitos hereditários que o companheiro sobrevivente, muito embora o tratamento para a comunicação dos bens seja o mesmo, isto é, o regime de comunhão parcial de bens. Assim, considerando-se os outros regimes patrimoniais em relação ao casamento, convencionado o regime de comunhão parcial terá o viúvo direito a concorrer com os descendentes do falecido em igual proporção (inc. I, art. 1.829, CC), enquanto que se tratar-se de união estável o companheiro supérstite terá direito a uma quota equivalente ao quinhão dos filhos comuns; se com descendentes só do falecido, à metade da quota destes e; concorrendo com outros parentes sucessíveis, apenas um terço da herança (art. 1.790, CC).

A discriminação legislativa viola o preceito constitucional contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sem adentrar no tema de considerar uma igualdade absoluta entre todos os seres humanos, como pensam os idealistas, ou, ao contrário, ponderar que não existe nenhuma igualdade, todos são desiguais⁶⁵². A verdade é que quem constitui família, seja na forma de

1 - A recorrente deixou de demonstrar de forma clara e objetiva que a análise de ofensa ao art. 186 do Código Civil passa ao largo do reexame fático-probatório dos autos, bem como descurou-se de comprovar que houve debate, ainda que implícito, do dispositivo consumerista. Logo, incide na espécie a Súmula 284 do STF. 2 - Como cediço, o valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. *In casu*, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a título de reparação de danos morais, mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. 3 - Agravo regimental desprovido.

⁶⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 212: “O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contraio da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas.”

casamento ou de união estável, deve ter tratamento igualitário, haja vista que o tratamento desigual, como os aspectos legislativos acima expostos, é uma maneira de dizer que a união estável é inferior ao casamento, sem que haja um razão de princípio para essa posição.

Destinado ao legislador⁶⁵³ o princípio fundamental da igualdade não poderia ter permitido a distinção no Código Civil entre casamento e união estável, já que a Constituição Federal os trata como entidade familiar, a ponto de indicar norma programática de que a lei facilitará a conversão da união em casamento - § 3º, art. 226. Dessa maneira, entende-se discriminatória a diferença nos quinhões hereditários, por contrariar princípio fundamental⁶⁵⁴ e, antes de tudo, por seu conteúdo desarrazoado.

2.4.3 – Conclusão

Pelo até aqui visto, razoável nada mais é do que o justo, no tratamento igualitário entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica, ainda que se tenha que corrigir eventuais desigualdades, fornecendo-se condições para nivelar as diferenças, motivo pelo qual o intérprete deve refletir com razoabilidade crítica os fenômenos que lhe são colocados a resolver.

É o bom senso e o estar consciente de que as possibilidades para compreendê-lo devem estar ampliadas a ponto de encontrar o que é essencial naquilo que é dado pela realidade e de que a subjetividade do intérprete pode interferir, mas não pode condicionar a revelação do que é efetivo, como modo de atenuar qualquer rigor pré-estabelecido, confrontando qualquer preconceito ou ideologia que o intérprete possa ter, porém constatando qual o tipo de sociedade que se escolheu ter.

Portanto, enquanto *standard* jurídico, o razoável é um padrão de virtude em que a

⁶⁵³ *Idem*, p. 216.

⁶⁵⁴ BENEVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 630. Como afirma Benevides, os princípios são valores e, desta forma, são normas com juridicidade máxima: “Sendo a Constituição um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo, é possível então, a partir de sua unidade sistêmica, restaurar, em sede hermenêutica, a teoria dos valores como teoria de normas principais, cuja

conduta humana se pautem pelo criterioso e ponderado como meio de se chegar à justiça.

2.5 – Probidade

Probidade deriva de *probo*, que do latim *probus* significa a idéia do que cresce de maneira retilínea, em que na origem de sua etimologia era designado para plantas, mas pode ser aplicado às pessoas que são honestas, honradas, que possuem retidão de caráter, portanto *probo* é sinônimo de pessoas íntegras, justas, que vivem no reto cumprimento de seu dever⁶⁵⁵.

Probidade, do latim *probitas*, derivado do radical *probus*, possui um sentido moral, já que se refere à integridade de caráter, a honradez, por fim, no direção de uma dignidade pessoal⁶⁵⁶.

Para o *Dicionário Caldas Aulete*, probidade é a “retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem quer públicos, quer privados”⁶⁵⁷, assim, o crescer reto é o homem que não sai de seu caminho, sempre em frente, sem qualquer desvio. O *probo* evita cometer atos ilícitos e cumpre com os deveres assumidos nos negócios que pratica, desse modo, ao determinar o art. 422 do Código Civil que as partes devem obedecer ao princípio de probidade, significa que não devem cometer atos que venham a obstar a formação, a execução e a conclusão do contrato.

A Lei 8.429 de 2 de junho de 1992 considera *probo* o administrador público que não enriquece à custa do dinheiro público, ao definir improbidade que seja causa de locupletamento indevido, ou de ato que cause prejuízo ao erário, ou, ainda, que atente contra os princípios da Administração Pública, contidos nos artigos 9º, 10 e 11⁶⁵⁸.

primazia nas esferas doutrinárias e jurisprudenciais do constitucionalismo nos consentirá responder afirmativamente, com este novo artefato teórico, à indagação posta ao início destas linhas”.

⁶⁵⁵ Comissão de redação, *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 61, p. 262.

⁶⁵⁶ PROBIDADE. In, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.61, p. 262.

⁶⁵⁷ P. 2046.

⁶⁵⁸ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Conclui-se que probidade é uma virtude, o padrão de comportamento de ser honesto, com respeito aos demais semelhantes e, porque não dizer, o agir de boa-fé, como critério de justiça e como modelo de conduta que todos devem seguir e que se presume necessário à existência da sociedade.

2.6 – Risco

Risco, na acepção do dicionarista Houaiss, é um substantivo masculino que significa probabilidade de perigo, ou ainda em sua extensão de sentido, “probabilidade de insucesso, de malogro de determinada coisa, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não depende exclusivamente da vontade dos interessados”⁶⁵⁹. Todavia há uma outra ocorrência para a expressão, risco como uma acepção jurídica, ou seja, “responsabilidade ou encargo acerca da perda ou do dano por situação de risco”⁶⁶⁰.

A *Enciclopédia Saraiva do Direito* lhe atribui o significado de “probabilidade de perigo, incerto mas possível de acontecer, trazendo ameaça de dano a pessoa ou coisa”⁶⁶¹, enquanto o *Diccionario Enciclopédico Salvat* lhe faz ligação direta com um dano, atribuindo o conceito de “contingência ou proximidade de um dano”⁶⁶².

Portanto, tem-se que risco pode ser um perigo, não de ocorrência certa, mas de grande eventualidade, que pode vir a acontecer ou não, independentemente da vontade dos que praticam a atividade, no entanto ainda o risco pode ser compreendido como uma fatalidade, um fracasso.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

⁶⁵⁹ RISCO. In.: *Dicionário Houaiss*, cit., p. 2462.

⁶⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶⁶¹ RISCO, v. 66, p. 358.

⁶⁶² RIESGO, Ed. Salvat, 2ª ed., Barcelona, 1944, Tomo X, p. 1141.

É possível apontar uma etimologia árabe-islâmica à palavra risco⁶⁶³, que teria aparecido na Europa no século XI, e deriva de “rizq”, muito embora se costume afirmar que sua origem é incerta ou obscura.

A palavra árabe *rizq* tem o significado de razão, um dom fortuito e inesperado, uma sorte favorável, daí se conclui risco mal ou bom⁶⁶⁴, ou como é comumente usada, “sustento”, ou “favor da providência”⁶⁶⁵. De origem divina, pois é Deus quem dá seu “rizq” e seu perdão nos vários versículos do Alcorão.

A Deus deve-se confiar, para todas as necessidades, em especial ao risco pela falta de alimentos e ao perigo das viagens⁶⁶⁶, entretanto somente receberá o sentido econômico do seguro marítimo contra os perigos quando passa para as línguas européias, porque não havia uma palavra própria para traduzir essa realidade⁶⁶⁷.

Para o idioma português “risco” tem origem do italiano *rischio*, assim como se trata de um italianismo a palavra francesa *risque*, ou seja, o sentido que lhe era dado pelos contratos de seguros marítimos. A palavra espanhola *riesgo*, que modernamente tem o mesmo significado, não possui a ligação com os contratos marítimos, mas ao perigo dos arrecifes existentes no mar da Península Ibérica e no Mediterrâneo⁶⁶⁸.

Risco então está associado à idéia de temor pelo inesperado e, nessas condições, na precaução para que infortúnios não venham a acontecer.

É uma característica da humanidade não aceitar os infortúnios da vida e para tanto

⁶⁶³ Partindo-se dos estudos de Mikel de Epalza, *Nota sobre la etimología árabe-islámica de “riesgo”*, apresentadas na reunião internacional “*Cas d’un chantier interdisciplinaire: étude des risques naturels, risques technologiques; gestion des risques, gestion des crisis*”, que aconteceu nos dias 2 a 8 de outubro de 1988 em Saint-Valéry-sur-Somme, França, organizada pela Universidade de Picardie, o Centre Européen de Coordination de Recherche et de Documentaion en Sciences Sociales e UNESCO.

⁶⁶⁴ *Idem*, p. 188: *Pues es precisamente en esta etimología árabe en la que vamos a insistir. Desde el punto de vista filológico, hay que invocar la autoridad del arabista de la Universidad Complutense de Madrid professor Federico Corriente, que no duda en disentir de Coromines: “Riesgo: merece más consideración la etimología basada en el árabe/rizq/, fonéticamente porque la /i/ en sílaba cerrada daba a menudo /e/..., y semánticamente porque esta voz significa cuanto depara la Providencia que puede ser bueno o malo para el musulmán ortodoxo, por lo que ha podido derivar a la acepción de ‘albur’, que se refleja en... ‘a ojo ba rriçq’, según em Vocabulista de Pedro de Alcalá, vocabulário árabe-castellano del siglo XVI. Esclareça-se que a palavra “albur”, em espanhol, é usada para descrever sorte no jogo de cartas ou outros jogos de apostas.*

⁶⁶⁵ RIESGO. Dicionário da Real Academia Española de língua espanhola: *riesgo: Del it. risico o rischio, y este del ár. clás. rizq, lo que depara la providencia.*

⁶⁶⁶ EPALZA, Mikel de, *Nota sobre la etimología árabe-islámica de “riesgo”*, apresentadas na reunião internacional “*Cas d’un chantier interdisciplinaire: étude des risques naturels, risques technologiques; gestion des risques, gestion des crisis*”, p. 190. (www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=22115 - 14k, c. 3/05/2007)

⁶⁶⁷ *Idem*, p. 191, afirmando que: *En cambio, todas sus referencias religiosas se perdieron en el traspaso, porque la confianza en la Providencia divina tenía en esas lenguas una cierta abundancia de expresiones de origen griego o latino.*

procura soluções para reverter o que considera um prejuízo, assim como se proteger de eventuais riscos, até que percebeu que a união ajudava a compensar os danos, surgindo as primeiras legislações relativas ao seguro, principalmente na atividade mercantil marítima, uma vez que os riscos eram inerentes a todos os navegantes, sem distinção, criando-se, por força dos costumes um sentimento de equidade⁶⁶⁹. Os riscos deveriam ser partilhados, já que era de bom senso que o sacrifício fosse comum.

A primeira legislação sobre o compartilhamento dos danos teria surgido em Rodes, denominando-se *Jus Navale Rhodurum*, posteriormente absorvida pelos romanos, onde figura no Digesto como – *De Lege Rhodia de Iactu*, constando no primeiro fragmento⁶⁷⁰: “Pela lei de Rodes se dispõe que, se para aliviar um navio se faz o alijamento de mercadorias, reparar-se-á pela contribuição de todos o dano que em benefício de todos se causou”. Assim, na iminência de se perder a embarcação, a carga ou outros objetos poderiam ser jogados ao mar, para evitar a perda maior, além da vida dos navegantes, distribuindo-se a avaria com os mercadores a quem pertenciam os objetos jogados ao mar. Já na Idade Média outras formas de cooperação entre os homens em face dos infortúnios da vida tiveram sua prosperidade.

Na baixa Idade Média associações de comerciantes ou religiosas, conhecidas como guildas tiveram início, entretanto não buscavam apenas uma repartição dos prejuízos, mas também o desenvolvimento dos interesses comuns do grupo fosse comercial ou religioso, sendo que o tipo de dano que mais temiam e pretendiam se proteger era o de incêndio, comum e devastador. Associavam-se para distribuir as despesas com as possíveis indenizações e com o sucesso desse tipo de empreendimento, outros danos foram objeto da mesma proteção.

Com a evolução das guildas, no século XVIII dois modos de operar um sistema solidarista surgiram. Um foi o modo de cooperativa privada, principalmente na Alemanha, no início do século XIX, tratava-se de um grupo de pessoas que estavam sujeitas ao mesmo tipo de risco⁶⁷¹ e nos Estados Unidos, em que meados do século XIX tiveram uma

⁶⁶⁸ *Idem*, p. 187.

⁶⁶⁹ ALVIM, Pedro. *Contrato de seguro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.9.

⁶⁷⁰ *Idem*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁷¹ *Idem*, p. 9.

expansão na cobertura do seguimento vida⁶⁷². Um outro modelo foi aquele criado por entes públicos, mas que tinham a mesma finalidade das cooperativas privadas⁶⁷³.

Vê-se que conviver com o risco é inerente à atividade humana, que não tem o poder de evitar acidentes, contudo deve aprender a lidar com as incertezas do futuro, assimilando as lições das experiências passadas. Tal pode ocorrer com a criação de mecanismos de minimização dos prejuízos ocasionados por acidentes, como o contrato de seguro.

Outro modo de convivência com o risco é o desenvolvimento de maneiras de calcular sua ocorrência, para que seja possível evitar um futuro dano. O estudo de estatísticas, como forma de prevenção dos eventos futuros.

No estudo econômico do risco, Peter L. Bernstein faz a conclusiva afirmação⁶⁷⁴:

A capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre várias alternativas é central às sociedades contemporâneas. A administração do risco nos guia por uma ampla gama de tomada de decisões, da alocação da riqueza à salvaguarda da saúde pública, da condução da guerra ao planejamento familiar, do pagamento de prêmios de seguros ao uso do cinto de segurança, da plantação de milho à venda de flocos de milho.

Discorda-se do ponto de vista do autor sobre o fato de que calcular a ocorrência de riscos seja uma alternativa contemporânea, pois o desejo de controle dos fatos futuros sempre foi inerente à sociedade, ainda que pela ajuda de adágios ou sortilégios, para as tomadas de decisões, entretanto fique claro que impossível a qualquer ciência descortinar as certezas, por mais que as teorias estatísticas possam estar corretas, uma vez que o ser humano, com o fim de tomar decisões, não consegue desvencilhar-se de critérios morais ou emocionais, o que pode distorcer os dados racionalmente recebidos.

Conforme François Ewald, o risco pode ser conhecido em três tipos de percepções: moral, social e legal⁶⁷⁵. Assim, moralmente o risco é sentido quando se atribui a ele um valor, quando o ser humano está disposto a se arriscar por algo que acredita, pondo-se em perigo, ou seja, um sacrifício por algo que lhe seja nobre. Na acepção social, ao risco lhe é atribuído um conteúdo material, como no caso dos contratos de seguro, em que é possível quantificar o valor monetário do risco. Nesses casos, o risco é inclusive transferido. Quanto à percepção legal, nada mais é do que sua exposição, isto é, a ameaça, o perigo, o acidente, em que operam as regras de responsabilidade civil.

⁶⁷² *Idem*, p. 14.

⁶⁷³ *Idem*, p. 9.

Risco nada mais é do que uma incerteza, que pode ser encontrada em uma expressão numérica, mediante a utilização de dados empíricos⁶⁷⁶, mas que nunca possa ser uma certeza absoluta, porém apenas uma probabilidade, que pode estar sujeita a erros de avaliação e que, por mais que o desejo humano o queira, não é inevitável.

2.6.1 O risco no Código Civil

O Código Civil contém vários artigos com a utilização do termo “risco”, mencionando-o 49 vezes em seus dispositivos. Logo no art. 15 afirma que ninguém será obrigado a se submeter a uma cirurgia, ou tratamento médico, que lhe traga risco de vida. Aqui não há qualquer dúvida de que o emprego da palavra risco diz respeito à possibilidade de vir a morrer, mas há outras posições da lei civil em que risco está empregado em outro sentido.

O termo risco irá aparecer no art. 337⁶⁷⁷, em referência ao pagamento em consignação, para posteriormente aparecer no art. 344⁶⁷⁸, ainda no mesmo capítulo, mas aparentemente não com o mesmo sentido. No primeiro caso, o risco está empregado como os encargos inerentes ao pagamento, enquanto que no segundo a probabilidade de ter de assumir um pagamento.

Do mesmo modo quando o art. 449 fala em risco da evicção, o art. 458 sobre o risco de não vir existir a coisa, que é a própria definição de contrato aleatório, avaliando-se o risco no momento da execução do contrato assumido por um dos contratantes. Ou seja, o risco representa a possibilidade da coisa deixar de existir, como mantido o sentido no art. 460 e 461, assim como na referência do art. 459, em que a coisa pode não existir na quantidade desejada.

⁶⁷⁴ *Desafio aos deuses – a fascinante história do risco*, trad. Ivo Korylowiski, 18ª reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 2.

⁶⁷⁵ *Risk in contemporary society*, Connecticut Insurance Law Journal 1999-2000.

⁶⁷⁶ GIGERENZER, Gerd. *Calcular o risco*, p. 11.

⁶⁷⁷ BRASIL. CC. Art. 337. O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.

⁶⁷⁸ BRASIL. CC. Art. 344. O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento.

A menção à possibilidade da coisa perecer ou nunca existir é a mesma nos artigos 492, 524, 583, 587, 611. Quanto ao art. 492⁶⁷⁹, trata-se da máxima *res perit domino*, já que o risco é conexo à titularidade da coisa.

Outro momento em que risco assume importância vital é quando se trata do contrato de seguro, havendo a primeira menção no art. 757⁶⁸⁰, em que risco é da essência dessa modalidade contratual. Para o seguro, o risco é um acontecimento futuro e incerto e que pode não acontecer. O contrato de seguro tem natureza aleatória, pois é incerto; bilateral, uma vez que as partes que o celebram possuem prestações recíprocas, uma deverá pagar o prêmio, a outra indenizará o dano, caso este venha a ocorrer. Não ocorrendo, o prêmio não será devolvido. Oneroso, pode ser consensual ou obrigatório. O risco é a eventualidade de perda do bem material a ser coberto.

O risco é para o contrato de seguro um dano incerto, mas que é passível de acontecer, porque se não for um evento possível, não será um risco para fins de proteção dessa modalidade contratual.

Por outro lado, o instituto da responsabilidade civil evoluiu de um conceito primitivo de vingança privada até eliminar qualquer idéia de culpa para sua caracterização, ainda que se observe a responsabilidade subjetiva, a tendência natural é eliminá-la completamente, o que se observa pela produção do trabalho legislativo recente.

O prejuízo deve ser reparado, mesmo diante de um ato lícito, ou seja, praticado por um ato permitido pela legislação, como é o caso da responsabilidade objetiva determinada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, em que a atividade causadora do dano é desenvolvida com todos os cuidados indispensáveis para evitar um acontecimento danoso. Dessa forma, o detentor da atividade a opera lícitamente, sem oposição do direito, muito embora, ainda hoje, o ato ilícito continue a ser fonte de obrigação de reparar o dano (art. 186, CC). Nesse caso, risco assume uma acepção diversa.

⁶⁷⁹ BRASIL. CC. Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§ 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

⁶⁸⁰ BRASIL. CC. Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

a. Risco como um dever jurídico

O risco assume duas conotações no Código Civil: como um dever jurídico ou probabilidade de perigo.

Como um dever jurídico é possível encontrá-lo em determinado momento quando assume a aceção de assunção de uma responsabilidade ou encargo, como a situação descrita no art. 458, ou 460, quando uma das partes assume a responsabilidade pelo prejuízo, caso a coisa vendida no contrato aleatório não venha a existir.

Esse entendimento é verificado toda vez que os dispositivos visam regular a existência de um bem, móvel ou imóvel, no cumprimento de um contrato ou de assunção de prejuízos, tipicamente descrito no art. 611.

Em suma, risco é designado como a responsabilidade assumida por quem deveria cumprir uma obrigação, o que é um dever jurídico.

b. Risco como probabilidade de perigo

Há uma diferença na aceção risco quando se trata da responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco, que representa o desenvolvimento de uma atividade perigosa.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil determina: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Típica responsabilidade objetiva, quando não há necessidade de se demonstrar culpa do agente causador do dano nas atividades em que a lei o determinar, situação fácil de ser apurada, ou aquela que for praticada coloque em risco direitos alheios. Sendo assim, há de ser reconhecido a existência de um *standard* jurídico, o do risco.

A responsabilidade objetiva teve origem em diversas teorias, mas está resumidamente baseada no fato de quem cria um risco deve responder por suas conseqüências. Fica, assim,

facilitada a reparação, uma vez que não há busca da culpa, mas tão somente a demonstração do dano e sua causalidade com a ação ou omissão.

Um dos caminhos que se seguiu para a adoção da teoria foi o de parte da doutrina na França e na Bélgica, para que o operário tivesse mais segurança no trabalho, sustentando que o contrato de trabalho continha implicitamente uma cláusula de *obrigação de segurança*, que fundamentaria a indenização, sem que houvesse a busca da culpa do empregador⁶⁸¹.

A tendência legislativa, tanto no Brasil como em outros países, foi permiti-la para as atividades perigosas, como o transporte aéreo e ferroviário e nos casos de acidente de trabalho, culminando com a edição do referido art. 927.

Muito embora as diversas teorias que originaram a doutrina objetiva, prevalece a idéia do risco criado, isto é, aquele que controla o perigo e seus riscos inerentes, em razão de uma determinada atividade, é o responsável pelos danos que vier a causar.

O perigo será apurado consoante a atividade desenvolvida, excetuando-se os riscos normais e previsíveis, entretanto levando em conta a abrangência do artigo, visto que o conceito de risco pode ser considerado em sentido muito amplo, frise-se o entendimento do jurista espanhol Diego Espín Cánovas, pelo qual deve ser limitado aos casos graves de riscos, excepcionais, além da situação da vítima e do autor do dano⁶⁸².

Com efeito, o perigo será conhecido concretamente e em relação às partes vinculadas ao ato que ensejou o dever de reparar. Nesse caso a responsabilidade pode não decorrer de um ato antijurídico, uma vez que o detentor da atividade perigosa a desenvolve licitamente, sem oposição às normas jurídicas vigentes, ou com licenças administrativas.

No desenvolvimento das atividades comerciais, outros tipos de danos mereceram proteção, assim, na contemporaneidade, com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva e a tendência de se ordenar a reparação do dano em qualquer hipótese, sem que excludentes possam ser argüidas em favor do causador ou responsável pelo dano.

Na defesa da teoria objetiva, José Aguiar Dias ensina que:

Não podemos, por qualquer motivo, permitir que o direito do indivíduo todo-poderoso atinja, não outro indivíduo, mas toda a coletividade. Na doutrina do risco nitidamente democrática, não se chega jamais à consequência de afirmar o princípio,

⁶⁸¹ GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de. *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Ed. do autor, 1932, p. 403.

⁶⁸² *Op. cit.*, v. III, p. 503.

aparentemente individualista, mas, em essência, de sentido oposto, nitidamente autocrático, de que o direito de um pode prejudicar o outro, pode ultrapassar as raias da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto⁶⁸³.

De fato, não há mais modos de isentar-se de responder pelo dano, visto que a teoria objetiva aparece como um meio de resolver a questão da melhor maneira possível, visto que a periculosidade dependerá do caso concreto e em relação às partes envolvidas ao ato que ensejou o dever de reparar, considerando a situação da vítima e o autor do dano. Por conseguinte, não deixa de ser um critério de justiça.

Para Alvinio Lima, sua fundamentação está nos mais elevados critérios de justiça e de equidade⁶⁸⁴. Partindo-se do preceito de Justiniano para justiça, a “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” (*Jus est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*)⁶⁸⁵, a vítima deve ser indenizada para se manter esta equidade da melhor maneira possível.

É por isso tudo que André Tunc afirma que, em nome da indenização da vítima, não será mais um sistema fundamentado na responsabilidade, mas sobre o dano⁶⁸⁶, mas há limites para avaliar o que seja esse perigo ou risco. A atividade médica é uma profissão que normalmente é desenvolvida, com a assunção de certo risco, principalmente quando se está falando em cirurgias, não sendo possível garantir a cura, tampouco se o paciente não irá contrair, por exemplo, uma infecção hospitalar.

Fica fácil comparar risco a um perigo, mas ele pode receber outra conotação, como a que lhe dá referência à natureza da atividade econômica desenvolvida, como, por exemplo, a bancária, em que muito embora não ofereça perigo a seus clientes, no sentido físico, pode levar a perdas financeiras quando há, como nos casos de clonagem do cartão bancário, porque o serviço bancário ao disponibilizar o cartão magnético não possui o adequado meio de segurança para evitar fraudes, ou se pelo serviço de entrega de talões de cheque são extraviados e utilizados por terceiros⁶⁸⁷.

⁶⁸³ *Da responsabilidade civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, p. 85.

⁶⁸⁴ *Culpa e risco*, p. 195.

⁶⁸⁵ *Institutas...*, p. 21.

⁶⁸⁶ *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris: Économica, 1989, p. 130.

⁶⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 774640 / SP ; Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - T4 – j. 12/12/2006 – DJ 05.02.2007 p. 247 – Ementa:

Recurso especial. Dano moral. Inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Abertura de conta corrente e fornecimento de cheques mediante fraude. Falha administrativa da instituição bancária. Risco da atividade econômica. Ilícito praticado por terceiro. Caso fortuito interno. Revisão do valor. Violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

Como um outro olhar sobre o risco, o art. 15 da Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências, considera empresa a firma social individual ou coletiva que assume o risco da atividade econômica urbana ou rural, mesmo sem fins lucrativos⁶⁸⁸. Seu art. 22 faz a distinção do grau de riscos, de leve a grave, e o valor da contribuição⁶⁸⁹, para o fim de custeio de aposentadoria especial, assim como o art. 26 do Decreto 612/92⁶⁹⁰, em que o § 3º aponta o grau de risco no anexo do decreto⁶⁹¹, em uma tentativa de tabelar o risco das atividades empresariais, dessa forma, por exemplo, comércio de brinquedos é enquadrado no grau leve, indústria do fumo grau médio, assim como fabricação de perucas e estabelecimentos

1. Inescondível a responsabilidade da instituição bancária, atrelada ao risco da própria atividade econômica que exerce, pela entrega de talão de cheques a terceiro, que mediante fraude, abriu conta bancária em nome do recorrido, dando causa, com isso e com a devolução do cheque emitido, por falta de fundos, à indevida inclusão do nome do autor em órgão de restrição ao crédito. 2. Irrelevante, na espécie, para configuração do dano, que os fatos tenham se desenrolado a partir de conduta ilícita praticada por terceiro, circunstância que não elide, por si só, a responsabilidade da instituição recorrente, tendo em vista que o panorama fático descrito no acórdão objurgado revela a ocorrência do chamado caso fortuito interno. 3. A verificação da suficiência da conduta do banco no procedimento adotado para abertura de contas, além de dispensável, na espécie, demandaria reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado no âmbito do recurso especial, à luz do enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação. 5. Recurso conhecido em parte e, no ponto, provido, para reduzir a indenização a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), no limite da pretensão recursal.

⁶⁸⁸ BRASIL. Lei 8.212/91. Art. 15. Considera-se: I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

⁶⁸⁹ BRASIL. Lei 8.212/91. Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

⁶⁹⁰ BRASIL. Decreto 612/92. Art. 26. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, corresponde à aplicação dos seguintes percentuais incidentes sobre o total da remuneração paga ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e médicos-residentes:

I - 1% (um por cento) para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

II - 2% (dois por cento) para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio;

III - 3% (três por cento) para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

⁶⁹¹ BRASIL. Decreto 612/92. § 3º As atividades econômicas preponderantes dos estabelecimentos da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco - Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), anexa a este regulamento.

bancários, casas de banho, saunas etc., enquanto como alto grau de risco, indústria de borrachas, pedreiras e indústria em geral.

Todavia, tratando-se especificamente do parágrafo único do art. 927, CC, o risco está atrelado a outras variantes, pois o legislador o referiu como uma atividade *normalmente* desenvolvida, que por sua *natureza* criar riscos. Normalidade e natureza, mais duas palavras de conteúdo aberto que intensificam a compreensão do fenômeno risco.

Normal possui várias acepções, mas as mais comuns são o significado de algo que está conforme a norma ou regra, o que é comum, sem defeitos, ou de um comportamento considerado aceitável e comum⁶⁹². O sufixo *mente* acrescido ao adjetivo normal tem a função de modificá-lo, já que funciona como um formador de advérbio, atribuindo-lhe uma outra circunstância, sendo que está ligado à forma antiga da palavra *mente*, que tem o significado de maneira, forma ou modo, o que forma um advérbio de modo.

Como orientação interpretativa, os Enunciados aprovados pelo Conselho da Justiça Federal, risco “configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”⁶⁹³.

Um único *standard* pode assumir diversas conotações, conforme a maneira que estiver inserido no ordenamento, razão pela qual se ressalta a importância da operabilidade da regra que lhe dá suporte e pela qual se torna sua essência, ou outras mais que vierem a ser criadas pela necessidade humana.

⁶⁹² NORMAL. In. Dicionário Houaiss: adjetivo de dois gêneros. 1 conforme a norma, a regra; regular; Ex.: a homologação seguirá os trâmites n. 2 que é usual, comum; natural Ex.: <tráfego n.> <reação n. a um medicamento. 3 sem defeitos ou problemas físicos ou mentais. Ex.: uma criança n. 4 cujo comportamento é considerado aceitável e comum (diz-se de pessoa).

⁶⁹³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Jornada de direito civil*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Enunciado 38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

2.6.2 Direito comparado

Dispõe o art. 499 do Código Civil de Portugal que, “são extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por fatos ilícitos”.

Note-se que o art. 503, 1, do Código Civil português dispõe:

Aquele que tiver a direção efetiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação.

Com fundamento nas aceções legais, em que risco assume a função de perigo, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal utiliza a palavra “risco”, conforme as seguintes decisões:

É certo que, como bem sabiam, os RR ofereceram à A. um curso não reconhecido pelo Ministério da Educação : não menos o é não poder escamotear-se - mostra-se, de fato, apropriado o termo utilizado pela 1ª instância - que, consoante (8) e (19), supra, a A. estava (bem) ciente disso mesmo : como ora alegado, assumiu, pois, um risco muito concreto, que era o da não homologação do ISTS e do próprio curso em que se inscreveu.⁶⁹⁴

Em outro julgamento, assim se utilizou do termo:

Temos, portanto, que, perante o vem de expor-se, impunha-se, nomeadamente perante a já referida insensibilidade de que o A era portador nos membros inferiores, a visita assídua de um auxiliar de enfermagem, no sentido de verificar a localização da aludida botija, que, atempadamente, não havia, como se referiu, sido retirada do interior da cama, já que, aquela apontada insensibilidade, sempre seria preclusiva da possibilidade do paciente, mesmo conhecendo os riscos a tal inerentes, se aperceber de que a mesma se encontrava junto dos pés, e de chamar, então, e de imediato, os vigilantes da Ré, uma vez que tal situação ocorreu durante o período noturno, e, o recurso à vigilância por parte de qualquer familiar, no sentido de acautelar a recomendação que havia sido referida pela Irmã Rosa Maria, não poderia ter lugar, uma vez que, conforme ficou provado, ninguém pernoitou no quarto, fazendo companhia ao

⁶⁹⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. 06B2015 - Relator: OLIVEIRA BARROS - Data do Acórdão: 14/09/2006 - Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA. Decisão: CONCEDIDA A REVISTA.

Sumário : I - A protecção da confiança não pode ser arvorada em princípio absoluto, pressupondo, antes de mais, uma situação conforme com o sistema jurídico e isenta de inobservância dos deveres de cuidado que caibam no caso.

II - Como assim, em termos da responsabilidade pré-negocial contemplada no art.227º C.Civ., resulta fora de questão proteger quem tiver desrespeitado normas jurídicas. (<http://www.stj.pt/?idm=43>)

AA.⁶⁹⁵

De fato, o Código Civil português apresenta o termo risco em outra acepção, relativa à natureza do contrato, não necessariamente perigo, como disposto no art. 437-1:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Do mesmo modo, quando se trata de responsabilidade civil, o Código português usa a expressão perigo, como contida em seu art. 493⁶⁹⁶.

Para o Código Civil francês, vê-se que risco é um perigo, como vislumbrado no art. 348-6, em que risco é colocar a criança em perigo físico e moral⁶⁹⁷, assim como risco é a possibilidade de perder a coisa, como previsto no art. 1.138⁶⁹⁸. Todavia, há uma diferença

⁶⁹⁵ 06A2192 - Relator: SOUSA LEITE - Nº do Documento: SJ200610170021926 - Data do Acórdão: 17/10/2006 - Votação: UNANIMIDADE - Meio Processual: REVISTA - Decisão: NEGADA A REVISTA
Sumário :

I - Tendo o Autor, quando do seu internamento no estabelecimento hospitalar da Ré, sofrido queimaduras ao nível dos calcanhares, causadas pela botija de água quente que a sua mulher lhe colocou na cama, junto aos pés, atuação que foi presenciada por uma enfermeira, a qual, não obstante a insensibilidade do Autor nos membros inferiores - decorrente do efeito da anestesia que lhe tinha sido ministrada -, se limitou a afastar a dita botija para o fundo da cama e informar que não devia colocá-la junto dos pés, não mais tendo sido vigiado o estado da dita botija, é de concluir que ocorreram falhas na prestação pela Ré dos serviços hospitalares contratados com o Autor.

II - Considerando que, devido a essas queimaduras, o Autor, então com 81 anos de idade, sofreu limitação da qualidade de vida que possuía durante cerca de 1 ano, angústia quanto à impossibilidade futura de poder locomover-se autonomamente e incômodos inerentes ao uso de canadianas durante 3 meses, mostra-se adequada a compensação de 15.500 € a título de danos morais. (<http://www.stj.pt/?idm=43>)

⁶⁹⁶ PORTUGAL. CC. Artigo 493.º - (Danos causados por coisas, animais ou actividades)

Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

⁶⁹⁷ FRANÇA. CC. Art. 348-6 : *Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité.*

Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille.

⁶⁹⁸ FRANÇA. CC. Article 1138 - *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

entre perigo (*danger e péril*) e risco (*risque*), previsto no art. 1.629⁶⁹⁹.

O Código Civil italiano parece fazer uma distinção entre risco e perigo, quando na segunda parte de seu art. 1488⁷⁰⁰, sobre a exclusão da garantia da evicção, afirma que o vendedor estará isento, se o risco e o perigo forem assumidos pelo comprador. Ou risco nesse caso não tem o mesmo significado de perigo, ou é um eufemismo para representar que o perigo é eventual.

Por outro lado, o Código italiano ao tratar do risco no contrato de seguro, o faz para representar o elemento essencial dessa avença, como se vê no art. 1.895⁷⁰¹, que considera nulo o contrato sem a existência do risco antes de sua conclusão.

Desse modo, fica claro que os ordenamentos enfrentam a questão do mesmo modo que o Código Civil brasileiro, com risco apresentado ora uma função de perigo, para em outro momento ser relativa ao dano.

2.6.3 – Conclusão

Quando se tratou do conceito e natureza do *standard* jurídico, verificou-se que este conferia uma qualidade, ação ou existência de um comportamento humano, dessa forma, risco, enquanto *standard* jurídico, deixa de ser um padrão de virtude ou modelo de comportamento humano, mas deve ser observado de acordo com o viés normativo que ora ou outra lhe atribui conceitos diversos.

Risco é a verificação de existência de uma conduta padrão, mas que deve ser evitada e na sua ocorrência conseqüências irão surgir.

⁶⁹⁹ FRANÇA. CC. art. 1.629 : « *Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.* »

⁷⁰⁰ ITÁLIA. CC. Art. 1488 ***Effetti dell'esclusione della garanzia***
Quando è esclusa la garanzia, non si applicano le disposizioni degli artt. 1479 e 1480; se si verifica l'evizione, il compratore può pretendere dal venditore soltanto la restituzione del prezzo pagato e il rimborso delle spese.

Il venditore è esente anche da quest'obbligo quando la vendita è stata convenuta a rischio e pericolo del compratore.

⁷⁰¹ ITÁLIA. CC. Art. 1895 ***Inesistenza del rischio***
Il contratto è nullo (1418 e seguenti) se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto.

Não há como se determinar que o risco seja abstraído da vida cotidiana, haja vista que este é inerente à condição humana, mas apenas que se deve ter cautela para que ele não venha a ocorrer, tomando-se todas as medidas necessárias para evitá-lo, porque sua ocorrência tem o significado de trazer prejuízo para alguém, ainda que a si próprio.

No entanto, assume uma postura virtuosa na medida em que ele agrega um comportamento de solidariedade coletiva, a fim de repartir os eventuais danos e sua compreensão foi m motivo determinante para o surgimento de importantes institutos jurídicos e sociais.

No tocante ao desenvolvimento da responsabilidade civil, na busca incessante de se garantir indenização à vítima a qualquer modo, cabe registrar que os infortúnios são inerentes à condição humana e a frustração é algo que se deve suportar, porque não há como se garantir um estado pleno de felicidade e bem-estar. Claro que a legislação procura evitar a ocorrência de danos futuros, razão pela qual com a assunção de responsabilidades o que se visa é o desenvolvimento de mecanismos que os evitem, contudo deve-se tomar o cuidado para que não se suprima condições básicas para incutir o dever de cuidado individual.

Apostando-se em um sistema jurídico, no qual o risco será suportado a todo custo e por todos os modos, independentemente de qualquer outra averiguação que ligue o causador ao evento danoso, suprime-se a responsabilidade individual que cada ser humano deve ter por seus atos, assim como se todos os danos, mesmo que sem relevância, acabem sendo indenizados, retira-se um importante fator de desenvolvimento humano que é a dor.

É por esse motivo que os meros aborrecimentos não merecem indenização, enquanto a expressão risco, contida no parágrafo único do art. 927, CC, deva ser guardada apenas para situações que importem forte relevância jurídica, inerente a uma ruptura do equilíbrio social.

2.7 - Bons costumes

Bons costumes é uma expressão que em primeiro momento demonstra que uma pessoa

tem bons hábitos, educação e se comporta de acordo com padrões adequados de moralidade, ou seja, com honradez e justiça.

Não há conceito mais vago do que o de “bons costumes”, visto que ligado a uma moralidade, pois sinônimo de hábito que tenha boa conotação na visão do grupo em que é propagado, sobretudo de acordo com a esfera jurídica na qual se observa sua conotação terá diferenças de utilidade, como para o direito penal, em que os crimes contra os costumes são interpretados de acordo com uma moralidade sexual.

Assim, a tipificação dos crimes contra os costumes, Título VI do Código Penal, estão relacionados à prática sexual indesejada, como a sedução, rapto ou estupro, o que protege um mínimo ético social de moralidade pública⁷⁰², que irá variar de acordo com a época e lugar.

Muito embora a conotação de moralidade sexual da expressão para o direito penal, para outro ramo do direito, está ligada à honestidade ou decoro social, razão pela qual o Código Civil a invoca por cinco vezes, nos artigos 13, 122, 187, 1.336, IV e 1638, III, transformando os atos que lhe são contrários como ilícitos, como bem se vê nos artigos 122 e 187.

Portanto, assim como no direito penal um ato contrário aos bons costumes é tipificado como um ilícito, o mesmo ocorre na esfera civil, com a diferença de que aqui o critério para conceituá-lo é mais abrangente, enquanto que o ilícito criminal está restrito à atividade sexual, muito embora esta também esteja incluída na aceção dos dispositivos apontados. Entretanto indicar satisfatoriamente qual esse padrão de boa conduta requer um esforço para ajustar uma correta qualidade humana, pelo menos comum à maioria.

Se o ordenamento jurídico visa padronizar uma conduta esperada, para a existência da sociedade tal qual é desejada naquele momento histórico e geográfico, o ideal de conduta está incluído nessa organização legal e no modo de ser social do grupo a qual se submete, a ponto de realizar uma ligação entre o ordenamento e a conduta. É por esse motivo que se encontra no sistema jurídico a necessidade de condutas de confiança, honestidade, porque é

⁷⁰² JESUS, Damásio E. *Direito Penal*, 3º vol., p. 91: “A lei penal, por intermédio da incriminação das condutas que estudaremos a seguir, protege o interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protege-se a moral pública sexual. Evidentemente, o intérprete e o aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem. Com a crescente liberdade sexual hoje predominante as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo.”

que se espera da atividade humana idealizada e a noção de bons costumes deve uma coerência a essa exigência.

Como categorias de bons costumes têm-se:

- a) *Os usos convencionais*. Atitudes que decorrem da tradição de determinada atividade, praticadas comumente entre as pessoas de um determinado ramo de negócio ou atividade profissional, como, por exemplo, não se pode acusar um médico de vilipendiar o corpo humano, se isso faz parte de seu trabalho.
- b) *Padrão de conduta moral*. Muito embora o direito não se confunda com a moral, são admitidas regras que exijam um modo de agir que não afronte aos padrões pré-estabelecidos.

2.7.1 Efeitos jurídicos

É possível apontar conseqüências positivas e negativas em relação ao *standard* bons costumes. Uma finalidade positiva é aquela que pretende o comportamento adequado ao sistema normativo, assim, todos devem ser portar de acordo com as regras sociais que exigem bons hábitos. Negativa, é aquela que, uma vez criado o ilícito, gera efeitos jurídicos.

A não observação de uma conduta socialmente aceita gera efeitos jurídicos de três categorias: a) cria obrigação de indenizar um dano; b) invalida o negócio jurídico e; c) possibilita a perda de direitos.

a) Indenização de um dano - Abuso de direito

O art. 187 do Código Civil estabelece as condições para considerar a prática de um ato como abuso ao que seria esperado e no que concerne à idéia de bons costumes. O início da teoria do abuso do direito, como já exposto, decorrente do conceito de boa-fé, abrange sua

evolução, quando além de se esperar uma atitude de confiança, impede o comportamento socialmente reprovável.

Com a interpretação dada ao § 226 do BGB (Código Civil Alemão), que proíbe a chicana, uma atitude processual, por exemplo, que vise causar dano a outrem, que consta de sua parte geral, possibilitava a aplicação a todo direito privado, o que levou à interpretação de uma cláusula geral de bons costumes - § 826 do BGB, caminhando-se para a interpretação extensiva do § 242, ou seja, a boa-fé⁷⁰³.

Uma conduta fora dos padrões esperados para a noção de *bons costumes*, mas desde que seja algo muito repulsivo, passível de criar um dano, na combinação do art. 187 com o art. 186 do Código Civil, implicará na obrigação de indenizar.

Saliente-se que o art. 187 menciona um comportamento que *exceda manifestamente* os padrões de conduta aceitáveis, o que denota que não será qualquer atitude reprovável, mas uma com grau de repulsividade capaz de trazer ameaça ao equilíbrio social.

b. Invalidade do negócio jurídico

Para o art. 122, CC, são ilícitas as condições que contrariem os bons costumes e nesse caso, invalidam o negócio jurídico, já que o inciso II, do art. 123 estabelece a invalidação do negócio jurídico quando houver sido pactuada condição ilícita.

O Código Civil faz uma diferença, proclamando a anulabilidade para os defeitos do negócio jurídico e invalidade para sua nulidade.

Para o art. 166 do Código Civil será nulo o negócio jurídico desde que: celebrado por pessoa com incapacidade absoluta; o objeto for ilícito, impossível ou indeterminado; o motivo determinante for ilícito; não obedecer a forma prescrita em lei; com a ausência de alguma solenidade essencial para sua validade; tem como objetivo fraudar lei imperativa ou; quando a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir-lhe a prática.

⁷⁰³ ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código civil alemán comentado*, Madrid: Marcial Pons, 1998: ALEMANHA. CC. § 226, BGB: O exercício de um direito é inadmissível se seu propósito é o de causar dano a outrem.

§ 826 (Dano doloso contrário aos bons costumes) : Quem dolosamente causa um dano a outra pessoa de uma maneira contrária aos bons costumes está obrigado a indenizá-la pelo dano. (Versão livre)

Os negócios anuláveis estão previstos nos casos declarados em lei; os celebrados por partes com incapacidade relativa; ou celebrado por vício decorrente de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra terceiros.

Não há uma disposição expressa que diga que o negócio jurídico concluído contra os bons costumes seja nulo ou anulável, mas apenas que culmina em sua invalidade no caso de ser pactuada condição contrária aos bons costumes. O Código Civil alemão é expresso ao assinalar a nulidade como consequência da prática do negócio jurídico contrário aos bons costumes, no § 138, 1⁷⁰⁴, entretanto o que invalida na codificação nacional é a condição ilícita e não o negócio celebrado contra os bons costumes.

É possível entender que um negócio celebrado contra os bons costumes possui um objeto ilícito, motivo que culmina em sua nulidade, por força do inciso II, do art. 166 do Código Civil⁷⁰⁵, desse modo, os negócios pactuados contra os bons costumes serão nulos, por serem relativos a um objeto ilícito.

c) Perda de direitos

Nos termos do inciso III do art. 1.638 do Código Civil, um dos motivos para que o genitor perca o poder familiar em relação ao filho é a prática de ato contrário à moral ou aos bons costumes.

Para entender a razão jurídica para esse dispositivo, alerte-se que personalidade é composta de diversos fatores, que se integram para manter o respeito e o bem-estar da pessoa humana, com o repúdio a situações de desprazer, que podem ser impostas por diversas formas, como a submissão ao um regime governamental totalitário, ou ao

⁷⁰⁴ ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código civil alemán comentado*:

Alemanha. BGB. § 138.1: Um negócio jurídico que estiver contra os bons costumes é nulo. (Versão livre)

⁷⁰⁵ O Código Civil espanhol é expresso nesse sentido.

ESPAÑA: CC. Art. 1271: *Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.*

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

desrespeito a uma ordem constituída, sendo da natureza humana a necessidade de uma vida em harmonia.

Para nossa integralidade psíquica o acesso ao afeto é essencial, sendo de vital importância para o bom desenvolvimento da criança, com reflexos inclusive físicos, daí todo o desenvolvimento da psicologia e psicanálise. O afeto é intrínseco à dignidade humana, mas a questão é saber se é possível exigí-lo do genitor.

Não se pode exigir afeto de qualquer um, mas apenas daqueles que de certa forma são responsáveis pelo bom desempenho psíquico de cada um. No caso das crianças, os pais.

Ao se ter filhos, cria-se um dever de sustento em todos os sentidos para o seu adequado desenvolvimento, tanto que a norma positivada regula situações que assegurem a proteção dos filhos, ainda que pelo Estado. Portanto, não é absurda a afirmação de que aos pais pode ser exigido afeto.

O afeto faz parte das relações familiares. É o motivo para união das pessoas com o fim de constituir família, seja ela de fundamentação legal, como o casamento ou união estável, ou as relações ainda não reconhecidas pelo ordenamento positivado, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo. A sua falta acarreta sua dissolução.

Dessa maneira, nada mais ponderado do que se exigir do genitor um comportamento que não interfira no bom desenvolvimento de seu filho e que este seja punido com a perda do poder familiar, para a garantia da própria criança, no entanto enquanto os dois primeiros incisos do referido dispositivo tratem especificamente da falta de afeto ou do abandono material, o inciso III trata de um comportamento imoral ou contrário aos bons costumes, não ligados exatamente à pessoa do filho, o que faz crer que se trata de qualquer comportamento exteriorizado, mesmo que sem a presença da criança.

Claro que essa regra deve ser interpretada restritivamente, haja vista que em nome de uma moral e dos bons costumes muito se pode prejudicar famílias constituídas de modo não exatamente previsto pela comum das pessoas, mas de situações que de certa forma interferiam na boa formação da personalidade infantil e a constituição de um adulto saudável.

2.8 - Eqüidade

Eqüidade tem o significado comum de julgamento justo, respeito à igualdade de direitos, ou seja, aquilo que manifesta um senso de justiça⁷⁰⁶, o que já era pronunciado no direito romano, *aequitas*, mas os estudiosos mantêm controvérsia sobre o seu significado, pois haveria uma diferença de conceito entre o período clássico e o pós-clássico. Dessa forma, para os clássicos *aequitas* é o que hoje chamamos de justiça⁷⁰⁷, enquanto para o período posterior tem o sentido de benignidade, benevolência⁷⁰⁸.

Como já exposto, a origem da palavra, *aequitas*, de *aequus*, significa plano, liso, igual, o que sugere a aplicação igualitária das decisões.

Com efeito, eqüidade é uma maneira de garantir a melhor solução do caso concreto, sem a preocupação com o critério de justiça em sentido amplo, esta sim idealizada, pois se tratava da resolução de um conflito particular. Vislumbrado em dois momentos distintos: no período clássico e no direito pós-clássico. Somente no direito clássico é o que hoje se entende como justiça, um ideal.

Para que se alcance a eqüidade não há como desvincular-se do critério de justiça, pois são situações intimamente ligadas. Não há uma sem a outra, assim como não é passível de valoração, pois há ou não um critério de justiça e eqüidade, encontradas no mundo do ser e não um ideal qualquer a ser alcançado.

Para Limongi França a eqüidade faz parte do gênero dos chamados conceitos análogos, isto é, “que apresentam vários significados semelhantes e relacionados uns com os outros”⁷⁰⁹, revelada em cinco acepções mais importantes: a) como princípio de justiça, ou seja a igualdade, o dar a cada um o que é seu; b) como uma virtude ou hábito; c) como um

⁷⁰⁶ EQÜIDADE. *Dicionário Houaiss*: 1. apreciação, julgamento justo; 1.1 respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções. Obs.: cf. justiça; 2. virtude de quem ou do que (atitude, comportamento, fato etc.) manifesta senso de justiça, imparcialidade, respeito à igualdade de direitos; 3. correção, lisura na maneira de proceder, julgar, opinar etc.; retidão, equanimidade, igualdade, imparcialidade.

⁷⁰⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 14ª ed., p. 82: “Para os juriconsultos clássicos, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina *justiça*: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo.”

⁷⁰⁸ *Idem*, p. 83: “Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanistas, benignitas, benevolentia, pietas, caritas*). Com base nela os imperadores romanos derogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais.”

⁷⁰⁹ *Formas de aplicação do direito positivo*, São Paulo: RT, 1969, p. 72.

direito de agir consoante essa virtude; d) como um ato de julgar conforme um critério de justiça e; e) a jurisprudência em geral, como a *equity* do sistema da *common law*⁷¹⁰.

O Código Civil de 1916 não utilizava essa expressão como o Código vigente, muito embora determinasse a fixação de alimentos de forma equânime, como no art. 400⁷¹¹ e, no contrato de seguro, se o segurado aumentasse o risco, a perda do direito à indenização deveria ser aplicada com equidade, nos termos do art. 1.456⁷¹².

O art. 127 do Código de Processo Civil permite ao juiz que decida por equidade, porque diz a regra, *só decidirá por equidade*, nos casos previstos em lei, e a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça deu a esse dispositivo é de que se trata de uma proibição ao juiz para não decidir conforme seu convencimento pessoal, substituindo o direito objetivo⁷¹³, ou seja, deu-se à equidade a conotação de um valor de justiça, algo como o Código Civil alemão atribui no § 829, quando utiliza a expressão “razões eqüitativas” como seu sinônimo⁷¹⁴, enquanto que o Código brasileiro vigente a utiliza como um advérbio modificador do verbo que lhe antecede, como um imperativo de comando, ordenando que se reduza, modifique, ou se fixe um valor ou obrigação.

Assim, no art. 413, CC, a punição prevista na cláusula penal pode ser reduzida eqüitativamente, do mesmo modo no caso de transporte de pessoas, a indenização pode ser

⁷¹⁰ *Idem, ibidem.*

⁷¹¹ BRASIL. CC/1916: Art. 400. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

⁷¹² BRASIL. CC/1916: Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atendendo nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

⁷¹³ BRASIL. STJ. EQUIDADE - ARTIGO 127 DO C.P.C.

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

Cláusula penal - artigo 927 do Código Civil.

Não se exigira seja demonstrado que o valor dos prejuízos guarda correspondência com o da multa, o que implicaria sua inutilidade.

E dado ao juiz reduzi-la, entretanto, ainda não se tenha iniciado a execução do contrato, quando se evidencie enorme desproporção entre um e outro, em manifesta afronta as exigências da justiça.

(REsp 48.176/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.12.1995, DJ 08.04.1996 p. 10469)

⁷¹⁴ ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código civil alemán comitado:*

ALEMANHA. BGB: § 829 (Obrigação de indenizar por razões eqüitativas)

Quem em algum dos casos especificados nos §§ 823 a 826 não seja o responsável, em virtude dos §§ 827 e 828, de nenhum dano por ele causado, indenizará, todavia, sempre que a indenização não possa obter-se de um terceiro com dever de vigilância, o dano que seja razoável segundo as circunstâncias; em particular sempre que, de acordo com as relações entre os interessados, a equidade exija a indenização e não seja privado dos meios que necessita para seu próprio sustento e para o cumprimento das obrigações a ele impostas de proporcionar alimentos a outras pessoas. (Tradução livre)

reduzida eqüitativamente, desde que a vítima tenha concorrido ao acidente – parágrafo único, art. 738, CC, enquanto que a resolução por onerosidade excessiva pode ser evitada se o réu oferecer uma modificação eqüitativa nas condições do contrato – art. 479, CC. Como fixação eqüitativa da indenização, também se o dano for causado por incapaz – parágrafo único, art. 928, CC, ou houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – parágrafo único, art. 944, CC, e nos casos de ofensa moral por injúria, difamação ou calúnia, se o ofendido não tiver como provar dano material – parágrafo único, art. 953, CC.

Sobre a fixação da indenização, note-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre os valores determinados no art. 52 da Lei de Imprensa, para o arbitramento do dano moral, entende que não foi recepcionado pela Constituição, que garante uma indenização irrestrita, contudo reconhece que é possível arbitrar-se com eqüidade⁷¹⁵, e a mesma interpretação é dada pelo Conselho da Justiça Federal, ao editar o enunciado 46 de suas Jornadas de Direito Civil⁷¹⁶ e com o enunciado 380 ampliou a hipótese inclusive para a responsabilidade objetiva⁷¹⁷.

Como se vê, a *eqüidade* recebe tratamento de um *standard* jurídico no Código Civil, limitando o conceito que a expressão encontra *lato sensu*, dando-lhe o sentido de equilíbrio, de manter as partes em situação equivalente, sem desigualdades que criam uma sensação de injustiça.

⁷¹⁵ BRASIL. STF. RE 447584 / RJ – Rel. Min. CEZAR PELUSO - j. 28/11/2006 - Segunda Turma. EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (DJ 16-03-2007 PP-00043 – EMENT. VOL-02268-04 PP-00624)

⁷¹⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Jornada de direito civil*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Enunciado 46 – Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano.

⁷¹⁷ *Idem*.

Enunciado 380 - Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva*.

2.8.1 Natureza jurídica

Há certa divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da equidade.

Quando se tratou da natureza jurídica dos *standards* jurídicos, afirmou-se que se trata de critério de aferição da conduta social média, na intencionalidade de se encontrar a justiça, mas equidade é uma expressão que tem seu conceito expandido além de um *standard*, portanto, enquanto tal, sua natureza jurídica é a mesma dos demais *standards* aqui estudados, porém considerada em sua amplitude morfológica, isto é, na sua aparência externa.

A Constituição de 1934 previa a equidade, aparentemente, como fonte de direito, ao lado da analogia e dos princípios gerais, em seu art. 37⁷¹⁸, porém a de 1937 não manteve essa previsão e analisando a situação, quando da elaboração desse artigo, Alvim Lima concluiu que a equidade é uma fonte subsidiária, estabelecendo-se “um paralelo entre a equidade judicial e o costume ‘secundum legem’. Uma e outra são fontes, com a restrição de só se exercitarem nos casos particularmente recomendados pela lei”⁷¹⁹.

Para Agostinho Alvim, em clássico artigo publicado em 1941, o conceito de equidade é uma redução do entendimento de justiça perfeita, ou aproximada. Perfeita é quando permite ao juiz individualizá-la, no momento em que conhece um caso concreto; já a aproximada, quando a lei foge da generalização e especifica o melhor modo de se chegar à justiça⁷²⁰. Para ele, o pressuposto da equidade é a flexibilização da lei⁷²¹.

Milton Paulo de Carvalho tratou a equidade como um método geral de aplicação das normas jurídicas ou de individualização do direito objetivo⁷²², nos mesmos moldes do art. 3º, 2, do Código Civil espanhol⁷²³, que expressamente trata da aplicação das normas, assim

⁷¹⁸ BRASIL. CF 1934: 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.

⁷¹⁹ *Idem*, p. 796

⁷²⁰ *Da equidade*, Revista dos Tribunais, vol. 797, São Paulo, RT, p. 767.

⁷²¹ *Idem, ibidem*.

⁷²² *Indenização por equidade o novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 57: “Como se vê, a equidade, em razão da estrutura do novo Código terá, com todas funções e em todos os seus sentidos, papel relevante e essencial no aperfeiçoamento das relações jurídicas sob a égide da nova lei, porque ela permitirá ao juiz que exerça uma atividade judicial mais criadora destinada a complementar o corpo jurídico vigente com novos princípios e normas derivadas de conceito integradores da compreensão ética, que devem obedecer aos imperativos de socialidade e concreção.”

⁷²³ ESPANHA. Código Civil. Art. 3:

como o art. 127 de nosso Código de Processo Civil.

O Código Civil português a situa em seu Capítulo I, *Das Fontes do Direito*, e destinada ao magistrado, que somente poderá aplicá-la, nos termos do art. 4º, quando uma lei o permita; haja acordo entre as partes e relação jurídica não seja indisponível e; se houver convenção de recurso nesse sentido⁷²⁴.

Por outro lado, Alípio Silveira ao estudar equidade, a compreende em sentido *lato* ou *stricto sensu*. A equidade *lato sensu*⁷²⁵ é confundida com os princípios do direito natural, os direitos supremos da justiça, enquanto a *stricto sensu*⁷²⁶ diz respeito à aplicação das normas de direito positivo, o que significa a realização da justiça no caso concreto. Desse modo, no dizer do autor, identificando-a com o Direito natural, “deverá sofrer as variações que a concepção deste tenha apresentado na evolução jurídica”⁷²⁷.

Segundo nosso sistema jurídico, Vicente Ráo entendeu equidade como “uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz”, ou seja, sua função é orientar desde a elaboração da lei até a sua aplicação no caso concreto, para um tratamento com humanidade, ou benignidade, o que significa uma correção da rigidez das normas, ou ainda seus erros ou omissões⁷²⁸, o que não quer dizer que possa ir o juiz contra a lei.

Percebe-se que não há um consenso sobre a natureza jurídica da equidade *lato sensu*, o que decorre da maneira que se observa, ao contrário do que aqui se propõe, porém não há divergência de que apresenta funções diversas, de qualquer modo, parece claro que se trata de um modo de aplicação das normas, segundo um critério de justiça, pois contida na forma fundamental que é a lei, com a completude que lhe dá o Direito natural.

Enquanto *standard* jurídico é a intencionalidade de se estabelecer um parâmetro de

1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*

2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

⁷²⁴ PORTUGAL. Código Civil. ARTIGO 4º (Valor da equidade) - Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

⁷²⁵ SILVEIRA, Alípio, *Conceito e função da equidade em face do direito positivo, especialmente no direito civil*, p. 27.

⁷²⁶ *Idem*, p. 28.

⁷²⁷ *Idem, ibidem*.

equilíbrio nas decisões judiciais, visando a realização da justiça no caso concreto.

2.8.2 Classificação

Agostinho Alvim classifica equidade como legal e judicial, sendo que a legal é aquela que se aproxima do conceito de justiça, pois decorre de uma aplicação generalizada da lei, que tende a desenvolver aquilo que considera como justo. Para a judicial é aquela aplicada no momento da decisão do magistrado, quando conhece da causa posta em juízo e conclui uma justiça para o caso real.

De outro modo, Limongi França prefere classificá-la como sendo civil, natural e cerebrina. Civil é a determinação contida na lei; natural é a que se funda no direito, em que o juiz deve distribuir a justiça equitativamente; enquanto a cerebrina é a falsa equidade, aquela que apenas é uma demonstração de sentimentalismo, portanto sem parâmetros científicos ou base legal⁷²⁹.

Enquanto *standard* jurídico a equidade tem a função de ponderar a fixação de um valor, quase sempre como uma maneira de atenuar, operando como um limitador, visto que o Código Civil sempre emprega a expressão como um redutor, modificador ou como modo de fixação de uma determinada quantidade. Enquanto modificadora, veja-se que está apenas a induzir que o que se pretende é a redução das condições do contrato, para o fim de se evitar a resolução por onerosidade excessiva.

Portanto, classifica-se a equidade como: a) redutora de uma quantidade pré-estabelecida; b) parâmetro de fixação de um valor.

Enquanto *redutora*, tem-se que há uma situação em que o valor a ser fixado já é certo, como o caso da indenização, em que será de acordo com a extensão do dano, entretanto em situações especiais é possível que ocorra uma estimação inferior, para se adequar aos critérios de equidade.

Como *parâmetro*, não há um valor previamente determinado, mas através da utilização

⁷²⁸ *O direito e a vida dos direitos*, vol. I, tomo I, p. 61.

⁷²⁹ *Formas de aplicação do direito positivo*, p. 75/78.

de critérios que busquem o equilíbrio entre as partes, determinam-se as condições em que esse será fixado.

IV

CONCLUSÕES

I PARTE

1. Esse trabalho assume posicionamento ao reconhecer um Direito natural, não fundamentado unicamente na razão, pois os homens não são meras fórmulas matemáticas ou um programa de computador, mas em sua acepção clássica, o mesmo que teve sua doutrina delineada por Aristóteles, isto é, aquele que sofre constantes mudanças ante a evolução humana, mas que possui como imutável sua referência ao ser humano. Reconhece-se, todavia a necessidade de um sistema híbrido, posto a importância das leis positivadas como critério apto a conferir legitimidade aos direitos e regular a sociedade, não sendo possível a fixação ideológica em escolas filosóficas estanques para justificar o fenômeno jurídico.

2. O Código Civil mantém a tradição do Direito brasileiro; apresenta uma *parte geral* antes de regular especificamente o instituto que está por tratar, como é o caso dos direitos das obrigações, seguindo o modelo já apresentado pelo anteprojeto de Teixeira de Freitas.

3. Para a criação do ordenamento jurídico o legislador procura ora adaptar posturas já cotidianas, logo consagradas e geradoras de direito; ora cria novas práticas jurídicas, editando novos regulamentos para situações ainda não absorvidas pelo costume. Desse modo, escolheu o civilista apresentar um modelo mais flexível.

4. O modelo flexível não representa qualquer perigo à “segurança jurídica” e é apenas uma tomada nova de consciência, no entanto se excessos de julgamento ocorrerem serão inevitáveis e naturais, para a adequada adaptação ao novo.

5. Como exemplo desse modelo, vê-se a interpretação dos atos administrativos discricionários e o juiz, como agente fiscalizador, percorre um caminho de raciocínio para revelar se o ato foi emanado dentro do critério de legalidade a que se devia submeter. É por esse motivo que se conclui que não pode ser motivo de surpresa o modelo civilista, que não é novo para o Direito, mas apenas para o ramo do direito privado brasileiro.

6. A história demonstra que em determinados momentos a moral e o direito ora se aproximam, para que em outros momentos se separem, para atribuir segurança às relações

jurídicas. Pode-se dizer que são várias as morais, individual, coletiva, religiosa etc., motivo pelo qual o direito não pode com elas se confundir, pois a todos aplicados.

7. É da natureza o desejo de melhorar e as necessidades humanas surgem nesse contexto, isto é, quando algo se cria imediatamente surge o desejo de obter o objeto criado e essa busca incessante do novo serve de base para as relações jurídicas e para o legislador, uma vez que sua fonte se encontra na observação desses anseios, que já podem estar consagrados pelos costumes ou que são positivadas situações a facilitar um desejo não corporificado até o momento.

8. Esse direito não é um efeito do pensamento racional dos homens, mas tende a constituir-se espontaneamente, porque inerente às realidades sociais e, como todas as verdades humanas, é suscetível às mudanças. É um valor que se torna obrigatório por ser essencial para a convivência humana, necessária para sua harmonia, o que não significa uma busca de felicidade como causa final, ou o alcance de conquistas individuais, mas um objetivo social para atingir bens básicos, indispensáveis ao longo da existência humana, como o respeito à dignidade humana.

PARTE II

1. Os princípios que regem a humanidade podem ser reduzidos a três: *honeste vivere, alterum non laede, suum cuique tribuere*. Com efeito, aqui se tem a síntese de todas as máximas de direito, em que todas as outras não passam de um desdobramento dessas.

2. É possível compreender o direito enquanto se observa o ser humano em um contexto territorial, temporal e cultural. Na arte de interpretar o direito, na tarefa de subsumir o fato à norma, deve o intérprete ter em mente esse sentido axiológico da cultura, no contexto temporal e espacial.

3. Uma convicção é generalizada como adequada e esta é seguida pelo grupo social, como um padrão de comportamento ideal para a manutenção da unidade da organização à qual se faz parte, esse padrão decorre de uma valoração dada pelo homem histórico, de acordo com a mudança contínua de se atribuir valor a determinadas experiências, deixando algumas para o passado por não mais interessar e usufruindo de outras que se tornam indispensáveis para a sobrevivência deste ser.

4. É necessário, para a correta interpretação dos textos jurídicos encontrar no outro o que há em nós mesmos, passível de fazer respeitar as individualidades em um contexto

adequado que permita perceber que o valor do respeito ao ser e que os diferentes não tenham que ser eliminados ou seus interesses desprezados pelo simples fundamento nessas diferenças. Esse respeito ao outro pode ser entendido como uma identificação, em que o outro não é coisificado, mas continua tão humano como se reconhece a si próprio.

5. Na tarefa de interpretação se exige a imparcialidade do intérprete, mas não se deve esquecer que toda decisão está repleta de conteúdo emocional, não sendo uma tarefa meramente racional ou mecânica. O cuidado que se deve observar é que a decisão não seja fundamentada nos conceitos particulares do julgador, exigindo-se do aplicador do direito maturidade e capacidade intelectual para decidir e discernir entre seus próprios interesses e os das partes, que confiam em uma decisão equilibrada e justa.

6. A validade das decisões jurídicas depende da reflexão acerca de até que ponto pode ser considerada devidamente fundamentada uma decisão, sem qualquer discussão e que seja eficaz, cumprindo seu dever de organizar e manter a ordem da sociedade. O magistrado não cria direito, porém mesmo em situações lacunosas deverá proferir uma decisão e seus mandamentos devem estar de acordo com as exigências vigentes, que na mutabilidade das necessidades humanas, deve-se ficar atento que somos culturalmente condicionados a erigir valores a patamares superiores, independentemente dos métodos interpretativos empregados para alcançar a legitimidade do direito.

7. Como método interpretativo, o fenomenológico do direito é suficientemente adequado para a revelação autêntica do conteúdo jurídico, pois o retorno das coisas a elas mesmas, não como se manifestam, pois manifestar-se não é apenas o que aparenta e não algo em si mesmo. Razão pela qual é necessário ter a consciência de que a justiça é a intenção da interpretação.

8. Na redução fenomenológica devem-se perceber as essências do objeto interpretado, reconhecendo suas influências externas, mas internas ao sujeito que o interpreta em uma atitude compreensiva e não explicativa. O que é essencial nesse método interpretativo é o que é essencial para o direito, isto é, a justiça e, por que não dizer, a segurança jurídica social.

9. As finalidades do direito correspondem às necessidades para a existência do ser humano e devem ser levadas em consideração para se encontrar a decisão jurídica legítima, que é o que preexiste à normatização, assumindo o intérprete sua posição de que também vivencia a condição de justiça, que nasce da vivência humana e não como um ser dado fora dessa experiência.

10. Em se tratando dos princípios gerais do direito há duas maneiras de enfocá-los: a positivista, que apenas os admite se extraído do ordenamento e a relativa ao Direito natural, em que os princípios seriam nele inspirados e, conseqüentemente, seriam revelados fora do sistema jurídico vigente, fazendo distinguir a compreensão dos princípios gerais.

11. O ordenamento confere importância aos princípios ao determinar no artigo 4º da LICC, que na ausência de lei o juiz poderá decidir a questão posta em juízo com fundamento nos princípios gerais do Direito, assim, para a corrente positivista, os princípios gerais somente são extraídos do sistema jurídico vigente, enquanto para os seguidores do Direito natural, os princípios são extraídos de algo além do que está positivado.

12. Os princípios têm por finalidade atingir um critério eleito do que é justo, porque o sistema os elevou à categoria de maior importância axiológica e nesse ponto passa a ter uma natureza interpretativa, já que indica o limite na discricionariedade do aplicador do direito, contudo está demonstrado que na ausência de regra poderão ser aplicados com força coercitiva.

13. Os princípios gerais possuem característica coercitiva, como uma regra jurídica e as demais características a elas inerentes, além de serem fundamentos de interpretação do conteúdo normativo e de inspirar o legislador que não poderá escapar de seu alcance, sob pena da norma criada ser injusta, pois contrária aos anseios da sociedade.

14. No que diz respeito à existência de lacunas no ordenamento, os princípios gerais são um modo de supri-las, sendo que o artigo 4º, LICC possibilita esse comando, mas não se trata de o juiz substituir a tarefa do legislador ao se deparar com uma lacuna, até porque é autorizado por esse a resolver as questões que lhe são postas dessa forma, conferindo-lhe a instrumentalidade adequada para esse fim. Por outro lado, o legislador contemporâneo tem estabelecido cada vez mais poder ao magistrado, com a criação de regras que possibilitem tal comportamento.

15. Em um sistema flexível, a atividade do intérprete, sobretudo do juiz, não é um poder arbitrário, mas uma ampliação das possibilidades quando é autorizado a ampliar sua atuação como intérprete, em que os limites são expandidos pela própria escolha legislativa para a subsunção da norma geral ao caso concreto, além de seu sentido literal.

16. Os princípios gerais serão utilizados como importante instrumento de adequar a norma escrita aos critérios de justiça, razão pela qual se esta é contrária ao conteúdo justo poderá e deverá ser revista pelos meios adequados, sob a égide da confiança nas relações

jurídicas, criadas por leis emanadas de um poder soberano, com a autoridade conferida pela escolha ideológica de determinado grupo humano. Nesse sentido há de se dizer que os princípios gerais do mesmo modo são escolhas políticas, visto como um conjunto de ações que estruturam o Estado.

17. Na existência de conflito entre princípios, para a aplicação de categorias hierárquicas diversas, o superior será aplicado em detrimento ao de categoria inferior; a par disso, existem os critérios cronológico e da especialidade, que dirimem qualquer incerteza sobre qual aplicar no caso concreto. Em se tratando de princípios de mesmo nível, aplicar-se-á aquele que melhor garanta os direitos que a sociedade elevou à categoria de maior importância para a existência civilizada do grupo.

18. Como técnica de aplicação dos princípios, utiliza-se o seguinte critério:

I – Só podem ser invocados à falta de lei, ou que a questão não se resolva de acordo com os costumes;

II – São aplicáveis não só os que informam o sistema positivo, mas também os princípios gerais essenciais, ou seja, aqueles estáveis, que não mudam com o passar do tempo, ainda que não desejado pelo legislador;

III – Os princípios contingentes, aqueles que informam o sistema positivo, preferem os essenciais;

IV – A ordem de aplicação é de generalização crescente, no que se refere aos princípios essenciais, todavia, quanto aos contingentes, devem ser primeiro utilizados os relativos aos costumes, para depois se chegar aos os princípios decorrentes dos Direitos dos Povos Cultos, indicados pela doutrina e pelo estudo de direito comparado;

V – Por fim, deve ser considerada a natureza das instituições.

19. Princípio da socialidade. Em dois momentos o Código Civil faz referência à função social de dois institutos jurídicos: o contrato e a propriedade. Como princípio jurídico ele constitui um preceito emanado do poder que detém a competência para legislar, sendo um mandamento com caráter de generalidade, ou seja, destina-se a todos e não apenas a uma parcela da população, e mantém a obrigatoriedade de compelir os indivíduos a cumprirem o exercício de regras de boa convivência, como meio de cumprir os fins da dignidade humana.

20. O princípio da boa-fé constitui o elemento essencial para integralizar as relações jurídicas da melhor maneira possível, a fim de que o sistema observe certo grau de unidade e condição de superveniência. A doutrina o apresenta sempre como um único princípio,

apenas denominando-o de princípio geral de boa-fé, mas este engloba o de comportar-se com boa-fé e até de que a boa-fé se presume e nada mais é do que a confiança que se deve depositar nas relações jurídicas, caso contrário não haverá direito. A boa-fé é um estado de espírito e essência do entendimento dos seres humanos, o que faz crer que boa-fé nada mais é do que confiança, sinônimo de todo o ordenamento, enquanto organização que visa assegurar um controle efetivo da sociedade, razão pela qual se desenvolvem as relações jurídicas.

21. Razoável é manter um equilíbrio e o princípio da razoabilidade é a imposição a essa manutenção equitativa das relações jurídicas, já que está ligado à razão, ou seja, à capacidade do homem para avaliar e moderar o que está sendo analisado.

22. Princípio da operabilidade. O sistema ora implantado das chamadas cláusulas abertas, ou o então chamado conceito jurídico indeterminado é uma maneira de flexibilizar as regras, tem essa função de operabilidade, todavia, muito embora queiram alguns defender que permitirá ao juiz uma atividade mais criadora do direito, é necessário realçar que não se trata de uma construção, o que não é sua função, mas de um modo de torná-lo contemporâneo, de acordo com as exigências do momento.

PARTE III

1. No que diz respeito aos *standards* jurídicos a doutrina não tem se preocupado em estudá-lo como se deve e são poucos os autores que se prendem a compreendê-lo.

2. O *standard* jurídico é o conteúdo **básico** e **essencial** de uma norma jurídica, que exige uma interpretação para sua completude, por não consistir em um conceito estático e imutável, que não está presente em todas as normas, mas somente naquelas que apresentam um contexto aberto, em razão disso costuma ser denominado como um conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral, assim como cláusula aberta, mas não pode ser entendido com o mesmo sentido que essas expressões. O que têm em comum é a necessidade de seu preenchimento como critério de integração.

3. Propõe-se a observação do fenômeno em si mesmo, sem deixar que pressupostos interfiram, o que ocorre no momento em que se tem consciência deles, de que o ser humano não toma decisões apenas baseado em dados racionais, porém ciente da intencionalidade contida na norma destinada a manter o bem viver, a ordem do comportamento humano, ou seja, aquilo que o fenômeno tem de invariável, a

intencionalidade de justiça, o que somente pode acontecer quando se despe dos pressupostos.

4. Despir-se dos pressupostos significa, para aquele que está encarregado de interpretar a situação jurídica posta, que não deve querer dominá-la, mas compreendê-la, não explicá-la, interpretá-la, sua tarefa básica, visando o fim que é a realização da justiça.

5. O *standard* jurídico é uma padronização de virtude e se apresenta como um fenômeno dual, em que há necessidade de dois sujeitos: o que emite o comportamento padronizado e o que o recebe, já que não há virtude que não se fundamente em uma interação com o outro. Com razão, pense-se nos *bons costumes*. Esse será observado como uma atitude de quem os pratica ou se abstém de uma prática que lhe é contrária e o outro sujeito que recebe a mensagem, isto é, não haverá sinceridade de um se não houver confiança do outro, sinônimo de uma virtude juridicamente relevante e se a virtude é fazer um bem, somente pode ser contemplada em face do outro, visto que não pode haver virtude do ser sozinho.

6. A intencionalidade do direito é fazer aflorar o que há de bom no ser humano, pois somente esse método será capaz de manter uma ordem necessária para a continuação da existência humana e dessa forma devem ser compreendidos os *standards* jurídicos, extraídos da estrutura normativa.

7. O conceito de *standard* jurídico no alcance da apreciação do fenômeno que Heidegger indica como o *ser-com*, em que a presunção da minha existência pressupõe a existência do outro, assim como a existência do outro para mim e a minha existência para o outro, pois pensar, dizer e ser tem o mesmo reconhecimento, ou seja não é possível dizer a justiça sem pensar em justiça, o que não significa que há subjetividade, mas porque não é possível subtraí-la da presença, que não está pressuposta como algo “fora” ou “sobre” nós, mas como projeção do ser, uma vez que não há como compreender alguma coisa sem que o sujeito faça uma interação e receba dados pré-concebidos.

8. O *standard* jurídico é um modelo de conduta média, fundamentada nas virtudes humanas que devem ser e existir para concluir a intencionalidade do direito que é a realização da justiça, que está além dos limites objetivos fixados em lei.

9. O *standard* jurídico é parte de uma norma, seja regra escrita ou um princípio geral do Direito, auferindo qualidade, ação ou existência ao que o enunciado deseja como modo de submeter um comportamento humano. Dessa forma, como parte de um princípio, por exemplo, possibilita que o juiz atribua outro sentido à regra, diferentemente se for possível

entender que se trata de um critério interpretativo.

10. Classificam-se os *standards* jurídicos, não enquanto observados isoladamente, mas quando inseridos na essência da regra jurídica, do seguinte modo:

- a) Regra em que o *standard* jurídico é explícito e regra em que ele é implícito;
- b) Regra em que o *standard* jurídico tem a função interpretativa quantificadora e regra com função interpretativa qualificadora;
- c) Regra em que o *standard* jurídico é limitativo de direitos;
- d) Regra em que o *standard* jurídico tem a função atributiva de direitos, e regra em que é atributivo de deveres.

11. No entendimento dos *standards*, justo é o que está conforme a justiça, rigoroso, preciso, ou seja, na medida certa, por fim, dar a cada um o que é devido.

12. A boa-fé é um conforto de certeza na confiança alheia. Não aparece na legislação sempre com o mesmo sentido, sendo possível classificá-la de acordo com sua operabilidade em regras que contém o *standard* boa-fé do seguinte modo: a) de proteção; b) de presunção; c) de atribuição de direitos; d) atribuição de deveres e; e) de interpretação.

13. Enquanto o princípio da socialidade é uma ordem para que todo o ordenamento seja interpretado com o escopo de se atingir o fim comum, em que não há espaço para um individualismo extremo nas relações privadas, pois mesmo essas são de interesse público, principalmente no que diz respeito aos contratos e o direito de propriedade e, porque não dizer, da posse, o *standard* jurídico função social foi aqui compreendido como um fenômeno.

14. No retorno às coisas mesmas, vê-se que a função social engloba em sua essência, a partir da observação de uma série de situações que a coloca na realização de uma finalidade, que exige a correta interpretação legal, mas que também significa compreender os fatos, não sendo possível escapar do condicionamento histórico em que esta contextualizada.

15. Enquanto *standard* jurídico, o razoável é um padrão de virtude em que a conduta humana se pautou pelo criterioso e ponderado como meio de se chegar à justiça.

16. Probidade é uma virtude, o padrão de comportamento de ser honesto, com respeito aos demais semelhantes e, porque não dizer, o agir de boa-fé, como critério de justiça e como modelo de conduta que todos devem seguir, que se presume necessário à existência da sociedade.

17. Risco nada mais é do que uma probabilidade, que pode ser encontrada em uma expressão numérica, mediante a utilização de dados empíricos, mas que nunca poderá ser uma certeza absoluta, que pode estar sujeita a erros de avaliação e que, por mais que o desejo humano o queira, não é inevitável. É a verificação de existência de uma conduta padrão, mas que deve ser evitada e na sua ocorrência conseqüências irão surgir.

18. Não há como se determinar que o risco seja abstraído da vida cotidiana, haja vista que este é inerente à condição humana, mas apenas que se deve ter cautela para que ele não venha a ocorrer, tomando-se todas as medidas necessárias para evitá-lo, porque sua ocorrência tem o significado de trazer prejuízo para alguém, ainda que a si próprio.

19. Podem-se apontar conseqüências positivas e negativas em relação ao *standard* bons costumes. Uma finalidade positiva é aquela que pretende o comportamento adequado ao sistema normativo, assim, todos devem ser portar de acordo com as regras sociais que exigem bons hábitos. Negativa, é aquela que, uma vez criado o ilícito, gera efeitos jurídicos.

20. Equidade recebe tratamento de um *standard* jurídico no Código Civil, limitando o conceito que a expressão encontra *lato sensu*, dando-lhe o sentido de equilíbrio, de manter as partes em situação equivalente, sem desigualdades que criam uma sensação de injustiça, porém não há um consenso sobre a natureza jurídica da equidade *lato sensu*, o que decorre da maneira que se observa, ao contrário do que aqui se propõe, porém não há divergência de que apresenta funções diversas, de qualquer modo, parece claro que se trata de um modo de aplicação das normas, segundo um critério de justiça, pois contida na forma fundamental que é a lei, com a completude que lhe dá o Direito natural.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor W., *Educação e emancipação*, trad. Wolfgang Leo Maar, 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- *Mínima moralia*, trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2001.
- AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona, *Confissões*, trad. Maria Luiza Jardim Amarante, 3ª ed. São Paulo: Paulos, 2004
- ALECRIM, Octacílio, *Fundamentos do standard jurídico*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1941.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2ª ed., São Paulo: Landy, 2005.
- *Teoria de los derechos fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de, *Curso de filosofia do direito*, com Eduardo C. B. Bittar, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002
- ALPA, Guido, *Elementi di diritto privato*, com Mario Bessone, Roma : GLF editori Laterza, 2001.
- ALTAVILA, Jayme de, *Origem dos direitos dos povos*, 10ª ed., São Paulo, Ícone, 2004.
- ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983 e 14ª ed. 2007.
- ALVIM, Pedro, *O contrato de seguro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- *Responsabilidade civil e seguro obrigatório*, São Paulo: RT, 1972.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, 5ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- *A condição humana*, trad. Roberto Raposo, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARISTÓTELES, *Tópicos*, in Os pensadores, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da

- versão inglesa de W.A. Pikard – Cambridge, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- *Ética a Nicômaco*, in Os pensadores, trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.A. Pikard – Cambridge, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- *A política*, trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Eqüidade*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis, *O direito nas sociedades humanas*, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, RT 775/11, São Paulo: RT
- BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Lei de introdução ao código civil*, v. I, São Paulo: Max Limonad.
- BERGEL, Jean-Louis, *Teoria geral do direito*, trad. Maria Ermantina e Almeida Prado Galvão, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BERNSTEIN, Peter L., *Desafia aos deuses – a fascinante história do risco*, trad. Ivo Korylowiski, 18ª reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.
- BESSONE, Darcy, *Do contrato – teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, São Paulo: Saraiva, 1949.
- BESSONE, Mario, *Elementi di diritto privato*, com Guido Alpa, Roma : GLF editori Laterza, 2001.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1955.
- BEVILAQUA, Clóvis, *Teoria geral do direito civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
- *Direito das coisas*, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1941-1942.

- BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de filosofia do direito*, com Guilherme Assis de Almeida, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 2ª ed, São Paulo: Edipro, 2003.
- *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª ed., Brasília: UNB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOULANGER, Jean, e Georges Ripert, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris : Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 1956.
- CALLOU, Dinah, *Como falam os brasileiros*, co-aut. Yonne Leite, 3ª ed., Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2005.
- CAMPBELL, Joseph, *O herói de mil faces*, trad. Adail Ubirajara Sobral, 10ª ed., São Paulo : Cultrix/Pensamento, 2005.
- CANARIS, Claus – Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 3ª. ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.
- CÁNOVAS, Diego Espín, *Manual de derecho civil español*, 5ª ed., Madri, Revista de Derecho Privado, 1978.
- CARVAL, Suzanne, *La construction de la responsabilité civile*, Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de, *Indenização por equidade no novo Código civil*, São Paulo: Atlas, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco, *Metodologia del derecho*, trad. Dr. Angel Ossorio, Mexico: Union Tipografica Editorial Hispano-Americano, 1940.
- *Como nasce o direito*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, 3º ed., Campinas: Russell, 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo: RT, 1979.
- COMTE-SPONVILLE, *Pequeno tratado das grandes virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- COOPER, David, *A morte da família*, São Paulo, Martins Fontes, 1994.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha E Menezes, *Da boa fé do direito civil*, Coimbra : Almedina, 1984.
- CORRÊA, Alexandre, *Manual de direito romano*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CORRÊA, Mariza, *Repensando a família patriarcal brasileira*, São Paulo, Brasiliense, 1982.
- COSSIO, Carlos, *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COULANGES, Fustel de, *A cidade antiga*, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, Hemus, 1975.
- CRETELLA, Agnes, *Institutas do imperador justiniano*, tradução, 2ª ed., São Paulo, RT, 2005.
- *Institutas do jurisconsulto Gaio*, tradução, São Paulo, RT, 2004.
- CRETELLA Jr, José, *Institutas do imperador justiniano*, tradução, 2ª ed., São Paulo, RT, 2005.
- *Institutas do jurisconsulto Gaio*, tradução, São Paulo, RT, 2004.
- *Do ato administrativo*, São Paulo : J. Bushatsky, 1972.
- *Curso de direito romano*, 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- *Equidade (dir. administrativo)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977.
- DAMÁSIO, António R., *O erro de descartes – emoção, razão e o cérebro humano*, trad. Dora Vicente e Georgina Segurado, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- DELGADO, José Augusto, *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados, in Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, São Paulo: RT, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho, *Princípios de direito*, RT 790, São Paulo: RT.
- DEL VECHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, trad. Juan Ossorio Morales, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1979.
- DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1991.
- *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: RT, 1987.
- DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- DUARTE, Ronnie Preuss, *A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro*, In: *Questões controvertidas no novo Código Civil*, São Paulo, Método, 2004.
- DUBNER, Stephen J., *Freakonomics – o lado oculto de tudo que nos afeta*, trad. Regina Lyra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2001.
- EXPILLY, Charles, *Mulheres e costumes do Brasi*, trad. Gastão Penalva, Rio de Janeiro: Cia Editora Nacional, 1935.
- FACCIOLLA, Branca Leshner. *A lei de Moisés – Torá como fonte de direito*, São Paulo: RCS, 2005.
- FERRAND, Frédérique, *Droit prive allemand*, Paris: Dalloz, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *O justo e o belo: notas sobre o direito e a arte, o senso de justiça e o gosto artístico*, Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 2, São Paulo.

- *Antinomia*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 7, São Paulo: Saraiva,

FEST, Joachim, *Hitler*, v. 1, trad. Analúcia Teixeira Ribeiro, Antônio Nogueira Machado, Antônio Pantoja e Francisco Manuel da Rocha Filho, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

FOUCAULT, Michel, *Estratégia, poder-saber*, org. Manoel Barros da Motta, trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FRANÇA, R. Limongi, *Manual de direito civil*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1980.

- *Princípios gerais de direito*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1971.

- *O direito, a lei e a jurisprudência*, São Paulo: RT, 1974.

- *Brocardos jurídicos – as regras de Justiniano*, 3ª ed., São Paulo; RT, 1977.

- *Instituições de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1988.

- *Formas de aplicação do direito positivo*, São Paulo: RT, 1969.

FREUD, Sigmund, *Totem e tabu*, trad. Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FREYRE, Gilberto, *Casa grande & senzala*, 19ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 6ª ed., Pádua: Cedam, 1990.

GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, 5ª ed., Nápoles: Ed. Scientifiche Italiane, 1994.

GENY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positiv*; prólogo de Raimundo Saleilles, Madrid : Hijos de Reus, 1902.

GHESTIN, Jacques, e Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil – introduction générale*, Paris : L.G.D.J., 1977.

GIGERENZER, Gerd, *Calcular o risco – aprender a lidar com a incerteza*, trad. Cristina Carvalho, Lisboa: Gradiva, 2005.

GILISSEN, John, *Introdução história ao direito*, trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

- GIOVANNI, Francesco di, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.
- GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- *Contratos*, 15ª ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, Sergio Alves, *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GONZAGA, João Bernardino, *A inquisição em seu mundo*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- GONZAGA, Tomás Antônio, *Tratado de direito natural*, org. e apresentação Keila Grinberg, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- GOUBEAUX, Gilles, e Jacques Ghestin, *Traité de droit civil – introduction générale*, Paris : L.G.D.J., 1977.
- GOUREVITCH, A. Y., *O tempo como problema de história cultural*, in *As culturas e o tempo*, int. de Paul Ricoeur, trad. Gentil Tittar, Orlando Rais e Ephaim Ferreira Alas, São Paulo: Vozes e EDUSP, 1975.
- GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Ed. do autor, 1932.
- GRAU, Eros, *Direito posto e o direito pressuposto*, 2.ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998.
- GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*, trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado, *Princípios gerais do Direito*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, J. M. de Carvalho Santos, vol. XXXIX, Rio de Janeiro: Borsoi.
- HAYEK, Samir, *O significado dos versículos do alcorão sagrado, com comentários*, 11ª ed., São Paulo: MarsaM, 2001.
- HEIDEGGER, Martin, *Identidade e diferença*, trad. Ernildo Stein, in, *Os pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- *Ser e tempo*, trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Univ. São Francisco, 2006.
- HIDELBRANDO, A. de André, *Gramática ilustrada*, 2ª ed., São Paulo: Moderna, 1978.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Comentários ao código civil*, v. 20, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003.
- *Responsabilidade pressuposta*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso, *Valores, processo e sentença*, São Paulo: LTR, 2003.
- INGENIEROS, José, *O homem medíocre*, trad. Douglas Dias Ferreira, São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- JÍMENEZ, Vidal Rafael, *Identidad, poder y conocimiento en la sociedad de la información. Introducción al estudio de la temporalidad como eje del análisis hermenéutico*, tese de doutorado, Universidad de Sevilla, Facultad de Comunicación: Sevilla, 2003.
- JUNG, C. G., *O desenvolvimento da personalidade*, trad. Frei Valdemar do Amaral, 8ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002.
- KANT, Emmanuel, *Crítica da razão prática*, trad. Rodolfo Schaefer, São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KASER, Max, *Direito privado romano*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmele, Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 1999.
- KELSEN, Hans, *A justiça e o direito natural*, trad. João Baptista Machado, Coimbra: Armenio Amado, 1963.
- KÜMPEL, Vitor Frederico, *A teoria da aparência no novo código civil brasileiro*, tese, São Paulo, Faculdade de Direito USP, 2004.
- KOVÁCS, Maria Júlia, *Morte e desenvolvimento humano*, 2ª ed., São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamago, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil*, trad. José Maria Navas, Madri: Revista de Derecho Privado, 1956.
- LEITE, Luciano Ferreira, *Interpretação e discricionariedade*, São Paulo: RCS, 2006.
- LEITE, Yonne, *Como falam os brasileiros*, co-aut. Dinah Callou, 3ª ed., Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2005.
- LEVITT, Steven D., *Freakonomics – o lado oculto de tudo que nos afeta*, trad. Regina Lyra,

- Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- LEWIN, Linda, *Política e parentela na Paraíba*, trad. André Villalobos, São Paulo, Record.
- LIMA, Alvino, *Culpa e risco*, 2ª ed. atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 1998.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *O direito na história*, São Paulo, Max Limonad, 2ª ed., 2002.
- LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*, Brasília: UnB, 1980.
- MACEDO, Silvio de, *Princípio*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 60, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França, *Digesto de Justiniano – liber primus*, 3ª ed., Osasco: UNIFEO e RT, 2002.
- MANNHEIM, Karl, *Sociologia e cultura*, trad. Roberto Gambini, São Paulo: Perspectiva/EDUSP, 1974.
- MAMAN, Jeannette Antonios, *Fenomenologia existencial do direito – crítica do pensamento jurídico brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MANNHEIM, Karl, *Sociologia da cultura*, trad. Roberto Gambini, São Paulo: Perspectiva e EDUSP, 1974.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, *Pluralismo jurídico e novos paradigmas teóricos*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais*, São Paulo: RT, 1992.
- MARTINS, José Maria Ramos, *Pluralismo jurídico e novos paradigmas teóricos*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.
- MARTINS, Valter, *Nem senhores, nem escravos – os pequenos agricultores em campinas (1800-1850)*, Campinas, Unicamp, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith, *Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo*, in A reconstrução do direito privado, São Paulo: RT, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- MAZEAUD, Henri Léon & MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicos-Europa-América, 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 11ª ed., São Paulo: RT, 1985.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Elementos de direito administrativo*, São Paulo: RT, 1981.
- *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 7ª tir., São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENARD, Alphonse. *Essai, d'une critique objective de la technique juridique en matiere d'obligation*, Paris, Recueil Sirey, 1926.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8ª ed., Milão, Giuffrè, 1952.
- MOREIRA, João Baptista, *Um estudo sobre a teoria dos modelos de Miguel Reale*, São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- MORIN, Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance : étude critique des fondements d'une innovation controversée*, Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002.
- MOZOS, José Luis de los, *El principio de la buena fe*, Barcelona: Bosch, 1965.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do, *Lições de história do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 15ª ed., 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson, *Código Civil Comentado e legislação extravagante*, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado e legislação extravagante*, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Além do bem e do mal*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de, *Tratado de direito das sucessões*, 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1952.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim, *A lei natural fundamento do direito*, Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1933.
- OPPO, Giorgio, *Principi e problemi del diritto privato – scritti giuridici VI*, Pádua: Cedam, 2000.

- PEREIRA, Aloysio Ferraz, *O direito como ciência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil, Direto das sucessões - vol. VI*, at. Carlos Roberto Barbosa Moreira, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- *Instituições de direito civil*, v. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- *Lesão nos contratos*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PERELMAN, Chaïm, *Ética e direito*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- *Lógica jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PINKER, Steven, *Tábula rasa – a negação contemporânea da natureza humana*, trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Cia das Letras, 2004.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 3ª. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- PLANITZ, Hans, *Derecho privado germânico*, trad. Carlos Melon Infante, Barcelona: Bosch, 1957
- PLATÃO, *Fédon*, Os Pensadores, trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- *O banquete*, Os Pensadores, trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- *Crítón*, Clássicos gregos e latinos, trad. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1954.
- PORTANOVA, Rui, *Motivações ideológicas da sentença*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida, *O juiz e a emoção - aspectos da lógica da decisão judicial*, Campinas, Millennium, 2003.
- PRIETO, Jorge Streeter, *Justo y verdadero*, Revista de Ciências Sociales, Facultad de Derecho y Ciências Sociales, v. 47, Valparaiso.
- PULQUÉRIO, Manuel de Oliveira, *Platão – apologia de Sócrates e Crítón*, tradução,

- introdução e comentários, Lisboa: Edições 70, 1997.
- RAÓ, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 2ª ed., São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- RAWLS, John, *O direito dos povos*, trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- *Justiça como equidade*, trad. Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REALE, Miguel, *História do novo código civil*, São Paulo, RT, 2005.
- *Paradigmas da cultura contemporânea*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- *Filosofia do direito*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.
- RICOEUR, Paulo, *Teoria da interpretação*, trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 2000.
- RIPERT, Georges, e Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1956.
- *A regra moral nas obrigações civis*, trad. Osório de Oliveira, Campinas : Bookseller, 2000.
- ROSENVALD, Nelson, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- ROSS, Alf, *Direito e justiça*, trad. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2000.
- RUBIO, Delia Matilde Ferreira, *La buena fe: el principio general en el derecho civil*, Madri: Montecorvo, 1983.
- ROTHMANN, Gerd Willi, *Standardas jurídicos*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, vol. 70, São Paulo: Saraiva, 1982.
- SAMARA, Eni de Mesquita, *A constituição da família na população livre (São Paulo no século XIX)*, in *Brasil: história econômica e demográfica*, org. Iraci del Nero Costa, São Paulo, InPE, 1986.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SARTRE, Jean-Paul, *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*, trad. Paulo Perdigo, 9ª ed., Petrópolis: Vozes, 2001.
- SAULLE, Maria Rita, *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili*, Napoli: Ed.

- Scientifiche Italiane, 1997.
- SAVATIER, René, *Cours de droit civil*, 12^a ed., Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1947.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Turim: g. Giappichelli Editore, 1999.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz, *As barbas do imperador – D. Pedro II, um monarca dos trópicos*, 3^a reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SCIASCIA, Gaetano, *Manual de direito romano*, 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- SICHES, Luiz Recaséns, *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1945.
- *Introducción al estudio del derecho*, México D.F.: Editorial Porrúa, 1970.
- SILLI, Paolo, *Equità (storia del diritto) – Digesto delle discipline privatistiche*, pres. Rodolfo Sacco, 4^o ed., Turim: UTET, 1998
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 25^a ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Alípio, *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo – especialmente no direito civil, S.l : S.N., 19-?*
- *Interpretação das leis em face dos vários regimes políticos: antigos e modernos*, São Paulo: Tipografia Paulista, 1939.
- *A boa fé no direito civil*, São Paulo : Typ Paulista, 1941.
- SLENES, Robert W., *Na senzala uma flor*, São Paulo, Nova Fronteira, 1999.
- STATI, Marcel O., *Les standard juridique*, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, 2^a ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Bogotá: Temos, 1999.
- STOLFI, Emanuele, *Bonae fidei interpretatio – recherche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana etradizione romanistica*, Napolis: Casa Editrice Jovene, 2004.

- SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
- TELLES JUNIOR, Goffredo, *Direito quântico*, 7ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- *Estudos*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
 - *Palavras do amigo – aos estudantes de direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- THOMPSON, John B., *A mídia e a modernidade – uma teoria social da mídia*, trad. Wagner de Oliveira Brandão, 8ª ed., Petrópolis: Vozes, 1998.
- TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004.
- TUNC, André, *La responsabilité civile*, 2ª ed., Paris: Économica, 1989.
- VELOSO, Zeno, *Comentários ao código civil*, v. 21, coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direitos reais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- VIARO, Mario. *I principî generali del diritto*, Padova: A Milani, 1969.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- *Filosofia do direito – definições e fins do direito. Os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- VIVANCO, Antonino Carlos, *Teoria de derecho agrario*, La Plata: Ediciones Librería Jurídica, 1967.
- XENOFONTE, *Apologia de Sócrates*, in *Os pensadores – Sócrates*, trad. Líbero Rangel de Andrade, da trad. Francesa de Eugène Talbot, São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- WEILL, Alex, *Droit civil – introduction générale*, 3ª ed., Paris : Précis Dalloz, 1973.
- WIEACHER, Franz, *El principio general de la buena fe*, trad. José Luis Carro, pról. Luis Díez-Picasso, Madri: Civitas, 1977.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Fundamentos de História do direito*, org., Belo Horizonte, Del Rey, 3ª ed., 2005.

ARTIGOS E PERIÓDICOS

- ALVIM, Agostinho, *Da eqüidade*, Revista dos Tribunais, vol. 797/767, São Paulo: RT,
- BITTAR, Eduardo C. B., *Directo natural: sentido natural versus sentido cultural*, Revista de Informação Legislativa, nº 152, Brasília: Senado Federal, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *Principi generali di diritto*, In: Novíssimo Digesto Italiano, v. XIII, Torino: UTET, 1975.
- BULYGIN, Eugenio, *Los jueces crean derecho?*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 18, Doxa, abril/2003.
- EPALZA, Mikel de, *Nota sobre la etimologia árabe-islâmica de “riesgo”*, Sharq Al-Andalus, n. 6, 1989. (www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=22115-14k, c. 3/05/2007)
- EWALD, François, *Risk in contemporary society*, Connecticut Insurance Law Journal, 1999-2000.
- FRANÇA, Rubens Limongi, França, *Reforma do código ou consolidação das leis civis?*, Revista Brasileira de Direito Comparado Rio de Janeiro, n. 17, p. 16-43, jul./dez. 1999.
- GARCIA, Manuel Calvo, *La voluntad del legislador: genealogia de una ficción hermenéutica*, in *Las ficciones en el Derecho*, Doxa, n. 3, 1986.
- GARCIA, Maria, *Opinião pública e a interpretação da constituição*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 54, janeiro/março 2006, IBDC, São Paulo: RT, 2006.
- GAUTIER, Pierre-Yves, *L'art et le droit naturel*, Archives de Philosophie du Droit, tome 40 – droit e esthétique, Paris : Dalloz, 1996.
- GRAU, Eros Roberto, *Eqüidade, razoabilidade e proporcionalidade*, Revista do Advogado de São Paulo, v. 24, n. 78, p. 27-30, São Paulo: set. 2004.
- RUIZ-CARLDERÓN, José Miguel Serrano, *Totalitarismo y derecho natural*, Revista de la Facultad de Derecho, Madri: Universidad Complutense, 1990.
- SANTANA, Luiz Joaquim, e Elimar Szaniawoski, *O direito natural em Roma*, Revista da Faculdade Direito – Universidade Federal do Paraná, vol.24/43, Curitiba: 1987-1988.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves, *“Standard” jurídico: aspectos cronológico-doutrinários*, Repertório de Jurisprudência IOB, caderno 3, nº 23: São Paulo, 2002.

SZANIAWOSKI, Elimar, e Luiz Joaquim Santana, *O direito natural em Roma*, Revista da Faculdade Direito – Universidade Federal do Paraná, vol.24/43, Curitiba: 1987-1988.

TUNC, André, *Standards juridiques et unification du droit*, Revue Internationale de Droit Comparé, Année 1970, volume 22, nº 2, p. 247-261. In : <http://www.sup.education.fr/bib/>.

VAREJÃO, Marcela, *Sobre o direito natural na Revolução Francesa*, Revista de Informação Legislativa, nº 109, Brasília: Senado Federal, janeiro a março 1991.

VILLEY, Michel, *Iusnaturalismo-ensayo de definición*, Revista de la Facultad de Derecho, Madri: Universidade Complutense, 1991.

ENCICLOPÉDIAS E DICIONÁRIOS

Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete, 3ª ed., Rio de Janeiro: Delta, 1978.

Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española, 22ª ed., Madrid: 2001.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, por Antônio Housaiss, Mauro Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile, 4ª. Ed., presidente da comissão científica Rodolfo Sacco, Turim, UTET, 1998.

Enciclopédia Filosofica , Instituto per la Collaborazione Culturale, Firenze, 1957

Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977.

Novíssimo Digesto Italiano, v. XIII, Torino: UTET, 1975.

Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 2ª ed., 33ª imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, coord. J. M. de Carvalho Santos Rio de Janeiro : Borsoi, [1947?-55].

ANAIS e LEGISLAÇÃO

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Organização, *Jornada de direito civil*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

ENCINAS, Emilio Eiranova, *Código civil alemán comentado*, Madrid: Marcial Pons, 1998.