

O direito civil no paradigma da complexidade

Francisco Amaral*

Sumário: Introdução. O paradigma da complexidade. 1. Direito subjetivo e situação jurídica. 2. O interesse jurídico. 3. Sujeito *in abstracto* e pessoa *in concreto*. 4. Objeto jurídico. Ambiente e informação. 5. Valores e princípios jurídicos. 6. A interpretação jurídica conforme aos princípios.

Introdução. O paradigma da complexidade

Tema que me tem despertado vivo interesse é a evolução do direito civil brasileiro, por força da complexidade crescente da vida contemporânea.

O direito civil é um direito de formação histórica e jurisprudencial, com apurada técnica que se desenvolveu ao longo dos séculos para atender aos problemas da sociedade privada. É um direito estável, o que não impede a constante adaptação dos seus instrumentos operacionais, isto é, suas regras, institutos, conceitos, categorias, por força dos crescentes desafios da sociedade a que se destina. Um dos problemas que a vida em sociedade hoje apresenta é o seu elevado grau de complexidade, por efeito da revolução científica e tecnológica que marcou o século XX. As teorias de Albert Einstein e de Max Planck, a revolução no campo da medicina, os progressos da biologia, a configuração do código genético e os mecanismos de modificação do genoma, a ecologia etc, tudo isso levou à configuração de um novo paradigma epistemológico, o paradigma da complexidade, de capital importância nos estudos jurídicos e sociais contemporâneos.¹

A complexidade apresenta-se como um estado de incerteza, de embaraço e confusão que caracteriza o pensamento político, jurídico e filosófico,² pondo em xeque não só as categorias e os institutos tradicionais do direito privado como também o método de sua realização prática. Considerada como paradigma, no sentido que lhe dá a epistemologia contemporânea, o de matriz disciplinar, modelo ou exemplo que orienta ou condiciona a solução de problemas científicos de uma determinada comunidade.³ É uma pedra angular

* Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1 Edgar Morin, *A Religação dos saberes*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil, Ltda, 2007, p. 563. André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madri, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 206.

2 Edgar Morin, *Introdução ao Pensamento Complexo*, Lisboa, Instituto Piaget, p. 20.

3 Thomas Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, 10ª edição, São Paulo, Editora Perspectiva S.A., 2011, p. 31; André-Jean Arnaud, p. 226.

que afeta qualquer espécie de pensamento jurídico, de natureza ontológica, fenomenológica ou axiológica.

O pensamento contemporâneo apresenta, assim, um elevado grau de complexidade, que juristas e filósofos têm de enfrentar. Os juristas, elaborando estruturas jurídicas de resposta para os conflitos de interesses, os filósofos, refletindo sobre os valores que devem legitimar essas respostas. Nessa atividade comum, devem também repensar as categorias fundamentais e rever os próprios instrumentos conceituais,⁴ já que a complexidade torna difícil a permanência no interior de conceitos claros, distintos, fáceis para conceber-se a ciência, o conhecimento, o mundo em que vivemos.⁵

Em face disso, é necessário rever os conceitos e as suas categorias clássicas do direito civil, noções instrumentais que têm papel destacado na análise teórica e na realização prática de qualquer ramo do direito,⁶ de modo a permitir a qualificação das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos, e conseqüentemente, a determinação do seu regime jurídico. Isso vai ao encontro da reflexão crítica mais recente dos civilistas não comprometidos com o positivismo normativista da modernidade, que demonstra a superação dessas categorias e defende a sua adequação às necessidades atuais.

Considerar-se-ão aqui as categorias do direito subjetivo, que se substituiu ou evoluiu para a da situação jurídica; a do sujeito de direito que evoluiu para a da pessoa; as novas espécies de objeto do direito, o ambiente e a informação; os valores e os princípios correspondentes e, finalmente, mas não de menor importância, a interpretação do direito. Não como problema hermenêutico mas como processo de criação normativa.

1. Direito subjetivo e situação jurídica

A crítica atual à categoria de direito subjetivo, considerado insuficiente para atender à complexidade e à variedade dos efeitos jurídicos da atividade humana, faz com que as situações jurídicas tenham hoje especial importância na doutrina jurídica.⁷

4 “*Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*” a cura di Luisa Avitabile, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. XIII.

5 Edgar Morin, *O Problema Epistemológico da Complexidade*, 2ª edição, Lisboa, Publicações Europa-América, 1996, p. 34.

6 Francesco Macario – Michele Lobo, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Milano CEDAM, 2010, p. 422.

7 António Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, p. 99. Seja-me permitido recorrer aqui a noções por mim já estudadas em meu livro *Direito Civil. Introdução*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

A doutrina considera o direito subjetivo como o poder que a ordem jurídica confere a alguém para agir e exigir de outrem determinado comportamento. É categoria jurídica que permite atuar com economia, clareza e rapidez no processo de realização do direito,⁸ significando a situação em que alguém se acha de poder agir livremente em uma determinada esfera de ação. Os direitos subjetivos nascem, modificam-se e extinguem-se como efeito dos chamados fatos jurídicos. Estes são, portanto, a causa da criação e da transformação dos direitos.⁹ Quando esses se ligam a determinadas situações ou comportamentos, configuram-se as *situações jurídicas*, situações existenciais qualificadas ou legitimadas pelo direito.¹⁰

As situações jurídicas são, assim, conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem. Constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo e o dever jurídico, e ainda o direito potestativo, a faculdade jurídica e a pretensão. As situações jurídicas são *objetivas*, quando resultantes da própria norma que as determina, apresentando as mesmas características de generalidade e permanência, por exemplo, a situação de cônjuge, de pai, de tutor, de curador. E *subjetivas*, se resultantes da manifestação da vontade particular e, por isso mesmo, adaptadas aos interesses do agente, como a situação de comprador, de locatário etc. Distinguem-se ainda as situações *ativas*, nas quais os sujeitos têm posição de supremacia (direitos subjetivos,), e as situações *passivas*, aquelas em que os sujeitos têm posição de subordinação (deveres jurídicos, relativos aos direitos subjetivos, e sujeições, relativas aos direitos potestativos).

Essa é uma concepção positivista que se encontra hoje superada por uma perspectiva axiológica, na qual se valora, para fins de eficácia jurídica, não só as disposições normativas mas principalmente o comportamento das pessoas juridicamente relacionadas. É a chamada ética da situação.

Sob o impulso da filosofia existencialista, na qual o homem é considerado não em função das regras de direito, mas pela situação real e concreta em que se encontre, o conceito de *ética da situação* destaca a importância, ou até o caráter decisivo das circunstâncias no tocante às decisões morais do ser humano.¹¹ Expressão criada por Ernst Michel em suas publicações entre 1946

8 Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 221.

9 Pontes de Miranda, *Tratado*, I, p. 17; Angelo Falzea. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, p. 77.

10 Torquato de Castro. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*, p. 89; François Terré. *Introduction générale au droit*, p. 163.

11 Tommaso Edoardo Frosini. *Situação Jurídica*, p. 741.

e 1948,¹² tendo em vista, principalmente, os conflitos nas relações de família, matrimoniais e filiais, significa que, no direito, “a pessoa não deve ser julgada em função das regras jurídicas, mas tendo-se em vista o seu comportamento numa situação real e concreta em que esteja colocada”.¹³ Significa isso que, nas relações de direito, deve dar-se mais importância ao conteúdo existencial do que ao seu aspecto formal,¹⁴ o que demonstra, no Código Civil brasileiro, a importância do princípio da eticidade.¹⁵

2. O interesse jurídico

Figura afim ao direito subjetivo e dele verdadeiro substrato é o interesse jurídico, expressão designativa de uma posição favorável à satisfação de uma necessidade.¹⁶ É conceito indeterminado que indica uma situação de vantagem ou de utilidade, cuja realização uma pessoa pode, em abstrato, pretender.¹⁷ Ou ainda, uma disposição estável ou durável para a satisfação de um bem material ou ideal que é, ou tende a ser, protegido pelo direito.¹⁸ Por exemplo, o poder familiar exerce-se no interesse do filho (CC, art. 1.630), a tutela, no interesse dos filhos menores (CC, art.1.728), a curatela no interesse dos interditos (CC, art. 1.767).

A diferença entre as duas categorias jurídicas, direito subjetivo e interesse, sobressai no campo da proteção jurídica. No direito subjetivo a tutela é direta e imediata, no sentido de que o seu exercício pelo respectivo titular dispensa outros pressupostos. No interesse jurídico, a sua tutela não depende do titular, mas de uma outra situação mais proeminente e do comportamento discricionário de um sujeito diverso.

No direito civil temos diversas hipóteses de interesse, por exemplo, o interesse do devedor na liberação do seu vínculo obrigacional (CC, art. 304), o interesse de qualquer pessoa na decretação de nulidade de casamento (CC, art. 1.549), o

12 Ibidem.

13 Idem.

14 Miguel Reale. *O Projeto*, p. 42.

15 Cfr. Judith Martins-Costa/Gerson Luiz Carlos Branco. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, p. 131 ss.

16 Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, p.7; José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 157.

17 Alberto Trabuchi, *Istituzioni de diritto civile*, 45ª edizione, a cura de Giuseppe Trabuchi, Padova, CEDAM, 2012, p. 69.

18 Michel Bürgisser, in *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, segunda edição, Direção de André-Jean Arnaud, tradução sob a direção de Vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 420.

interesse dos filhos na nomeação de um curador especial em caso de colisão com o interesses dos pais (CC, art. 1.692), no exercício parcial da tutela (CC, art. 1.743), no exercício de curatela (CC, art. 1.774), o interesses dos avós na visita aos netos (CC, art. 1.589, par. único e CPC, art. 888, VII), agora reconhecido como direito.¹⁹ Temos, ainda, o predomínio do interesse da companhia ou sociedade anônima no exercício do direito de voto pelos acionistas;²⁰ o interesse do herdeiro ou do credor do falecido, na aceitação de uma herança. (CC, art. 1.807).

No direito processual, o interesse é também um substrato do direito subjetivo público que é o direito de ação, figurando expressamente como uma de suas condições (CPC, arts. 3º e 4º). Significa a necessidade ou utilidade de recorrer à autoridade judicial para proteção ou realização de um interesse material.²¹

O interesse pode ser material (patrimonial) ou moral (não patrimonial), individual, particular, objeto da tutela privada e razão de ser dos principais institutos de direito civil, e geral, ou coletivo, ou de grupo, se pertinentes a um grupo de pessoas. Interesses coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si (um sindicato, uma ordem profissional).²²

Categoria intermediária e inovadora é a dos interesses difusos, assim considerados os interesses, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Embora sem titular exclusivo e determinado, são objeto de tutela jurídica. Sua proteção implica, porém, prévia fixação dos critérios a observar para que seus titulares sejam considerados merecedores da tutela jurídica. São exemplo de interesses difusos os que se referem ao ambiente, à saúde, à informação, ao consumo. São dignos da proteção do poder público.²³

3. Sujeito *in abstracto* e pessoa *in concreto*

Considere-se preliminarmente que, no paradigma da modernidade, o sujeito de direito era uma figura abstrata, produto da generalidade e abstração que

19 Lei nº 12.398, de 28 de março de 2.011.

20 Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, arts. 115, 154, 156.

21 Cfr. E.D. Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 439; Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, I, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 59; Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, I, 8ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 444.

22 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81.

23 Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5ª edizione, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2005, p. 72.

caracterizou o pensamento moderno. Para este, sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres. Mais avançado ainda na concepção abstrata do sujeito de direito é a de Hans Kelsen, para quem o sujeito de direito não é uma entidade preexistente ao direito, mas é por este criada ou reconhecida como centro de imputações jurídicas. A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica, e os que a têm, pessoas.²⁴ Esse atributo resulta também de um processo de abstração, como simples unidade intelectual. Ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas, como credor, devedor, pai, cônjuge etc. É na pessoa que os direitos se localizam, por isso ela é sujeito de direitos ou centro de imputações jurídicas no sentido de que a ela se atribuem posições jurídicas.²⁵

Tem-se assim uma *concepção formal*, própria da ciência jurídica positivista. Pessoa e ser humano não coincidiriam. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente um sujeito abstrato criado pelo direito objetivo, e a personalidade como atributo ou investidura do direito

Com uma visão mais atualizada, pode-se dizer que pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado,²⁶ e no reconhecimento de que são inseparáveis as construções jurídicas da realidade social, na qual se integram e pela qual se justificam. Supera-se, assim, a noção abstrata de sujeito de direito, afirmando-se a pessoa como um valor, um ser axiológico, permeado pelo valor da dignidade humana, fundamento dos direitos básicos que a Constituição da República garante.

A pessoa é hoje considerada *in concreto*, como um valor fonte do direito,²⁷ no sentido de que dele é causa eficiente e a ele preexiste. Na linguagem comum, pessoa é o ser humano. Todo ser humano é pessoa pelo fato de nascer ou até de ser concebido. No plano filosófico, é o ser humano individualizado, concebido como tendo uma existência e uma substância própria, e caracterizado também por sua interioridade (consciência de si), sua racionalidade (faculdade de raciocínio), sua autonomia (vontade livre e

24 Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*, p. 165 ss.; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, I, p. 153, ss.; Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, I, p.153 ss.

25 Kant define a *persona* como sendo sujeito cujas ações são suscetíveis de uma imputação. *Metafísica dos costumes*, I, IV, p. 223. Cfr. Fabrizio Sciacca, *Il concetto di persona in Kant*, Milano, Guiffirè Editore, 2000, p. 2.

26 Larenz, p. 47.

27 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, 14ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 209.

faculdade de se dar normas)²⁸ e sua sociabilidade. Pessoa como indivíduo e ser social. Mercê desses atributos, principalmente a sua autonomia, não pode ser considerada um objeto ou instrumento de realização. Na linguagem jurídica, que tem vocabulário próprio, o termo pessoa designa o ser com aptidão para a titularidade de direitos e deveres, atributo que se chama personalidade jurídica. Pessoa é, assim, o ser humano e social, sujeito de direitos e deveres. In concreto. Pessoa é o ser humano ou entidade com personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres.

4. Objeto jurídico. Ambiente e informação

Também na categoria *objeto* se revelam mudanças, com a inclusão de espécies que o modelo jurídico anterior, o da modernidade desconhecia.

Do ponto de vista comum, objeto são as coisas que têm existência material. E do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, objeto da relação jurídica ou do direito subjetivo, são as ações, o comportamento humano.

A idéia clássica de objeto dos direitos identifica-o com as coisas materiais, segundo a concepção materialista dos juristas romanos, que contrapunham o direito das pessoas ao direito das coisas. A concepção mais moderna considera objeto da relação jurídica o comportamento, a atividade, a ação ou omissão dos sujeitos. Neste caso, objeto imediato da relação jurídica seria o comportamento do sujeito passivo, consistente em uma ação ou uma omissão; e objeto mediato, as coisas sobre as quais incide tal comportamento. A maioria dos juristas prefere, todavia, reservar o conceito clássico de objeto para os direitos reais e o conceito moderno para o direito das obrigações. Desse modo, objeto dos direitos reais seriam as coisas sobre as quais se exercem, de modo direto e imediato, os poderes contidos na relação, e objeto das obrigações seriam as ações ou omissões do sujeito devedor.

Em senso estrito, o objeto compreende as coisas e as ações humanas (prestações). E, em acepção mais estrita ainda, é sinônimo de coisa, objeto dos direitos reais. A doutrina moderna acrescenta ainda, como objeto de direito, as manifestações do espírito humano.

Objeto da relação jurídica é, assim, tudo o que se pode submeter ao poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades jurídicas.

Na teoria dos bens, o conceito de objeto alarga-se para conter hoje novas figuras. A revolução científica e tecnológica e as mudanças sociais levaram à

28 Marie- Thérèse Melders-Klein, in *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, direção de André-Jean Arnaud, 2ª ed., tradução brasileira sob a direção de Vicente de Paulo Barretto, Rio Janeiro, Renovar, 1999, p. 582.

criação de outras espécies, ou deram relevo às já existentes. O meio ambiente, os bens de valor artístico, cultural e histórico, o programa dos computadores, a personalidade humana nos seus diversos aspectos, o *know-how*, o *software*, enfim, a informação, passaram a ter renovada importância, como bens jurídicos e conseqüente proteção jurídica.

O ambiente, que o direito brasileiro denomina de meio ambiente, pode ser natural, ou físico, e cultural.

O meio ambiente físico é o conjunto de elementos naturais e artificiais em que se desenvolve a vida humana. Pode definir-se como um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas normas”.²⁹ Compreende, assim, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.³⁰ Para o direito, o meio ambiente físico é um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade da vida”, uma propriedade pública de uso coletivo que o Poder Público e a sociedade têm o dever de defender e preservar para as presentes e as futuras gerações,³¹ por isso mesmo “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo a que se destina”.³²

Diretamente ligado ao meio ambiente físico está o meio ambiente cultural, categoria que compreende todos os objetos de “interesse relevante para a permanência da cultura de um povo”, formando uma universalidade de bens materiais e imateriais, “formas de expressão, modos específicos de criar e fazer; as construções referenciais e exemplares da tradição brasileira, incluindo bens imóveis e bens móveis as criações imateriais como a literatura e a música; as expressões e os modos de viver, como a linguagem e os costumes; os locais dotados de expressivo valor para a história, a arqueologia, a paleontologia e a ciência em geral, assim como as paisagens e as áreas de proteção ecológica da fauna e da flora”.³³

Outro bem de atual importância na sociedade contemporânea é a informação, que pode definir-se como sendo um *dado representativo da realidade suscetível de ser comunicado*³⁴, ou ainda *qualquer mensagem comunicável a outrem por qualquer meio*.³⁵

29 Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 3º, I.

30 Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, art. 2º, IV.

31 Constituição da República, art. 225.

32 Lei nº 6.938/81, art. 2º, I.

33 Constituição da República, art. 216.

34 Vincenzo Zeno-Zencovich. *Informazioni (profili civilistici)*, p. 421.

35 Pierre Catala. *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, p. 15.

Sua importância está no fato de que a atividade de informação por meios eletrônicos constitui-se hoje em setor de grande importância econômica. Ao lado dos três setores tradicionais da economia — a agricultura, a indústria e os serviços — reconhece-se hoje a existência de um quarto setor, que é o da informação. A esse pertencem as técnicas de produção da informação de massa, como os jornais, o cinema, o rádio, a televisão e, por fim, a informática³⁶. A informação deixa de ser apenas um bem econômico para ser também um bem jurídico e, como tal, objeto das relações de direito.

5. Valores e princípios jurídicos

Os valores são ideias básicas que se apresentam como qualidades ideais dos bens e que, por isso mesmo, determinam os modos de comportamento individual e social³⁷ “subordinando-os a um sistema de normas cujo cumprimento permite ou destina-se à realização de tais valores”. Embora sejam matéria de reflexão jurídico-filosófica, interessam ao direito civil como fundamento e justificativa da razão de ser dos principais institutos de direito privado e da prática jurídica diária.

Os valores jurídicos classificam-se em fundamentais, consecutivos e instrumentais.³⁸ Valores jurídicos fundamentais são aqueles de que depende todo o sistema jurídico. Compreendem a pessoa humana, a justiça, a segurança jurídica e o bem comum. Valores jurídicos consecutivos são os que se configuram como efeito imediato da realização dos valores fundamentais. Os mais importantes são a liberdade, a igualdade e a paz social, de especial importância para o direito civil. Valores jurídicos instrumentais são os que se traduzem em meios ou processos de realização dos anteriores. Seu objetivo é possibilitar que se concretizem os valores fundamentais e os consecutivos. Consistem nas chamadas garantias constitucionais e nos procedimentos judiciais à disposição dos cidadãos.

Os princípios exprimem os valores supremos do sistema jurídico.³⁹ Valores e princípios tornaram-se, por isso, objeto de crescente interesse da doutrina jurídica,⁴⁰ diversamente do pensamento jurídico da modernidade que, sob

36 Vittorio Frosini. *Il diritto nella società tecnologica*, p. 233; Pietro Perlingieri. *L'informazione come bene giuridico*, p. 326.

37 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, p. 195 ss.

38 Maynez, p. 439. A Constituição da República Federativa do Brasil enuncia, no seu preâmbulo, os valores que presidiram à sua elaboração: “(...) a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça (...)”

39 Constituição da República, art. 1º, e Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 4º.

40 Cfr. Miguel Reale. *Fundamentos do Direito*, obra com que, na sua primeira edição em 1940,

a influência do positivismo normativista, considerava o direito apenas como um sistema de normas e estas como o seu elemento fundamental.

No quadro das fontes de direito, os princípios jurídicos são fontes extraleais, no sentido de que não se tornam explícitos em enunciados jurídicos.

De modo geral, podem considerar-se os princípios como diretivas básicas e gerais que orientam o intérprete na criação da norma legal adequada. Constituem-se, portanto, em critérios de conduta de observância variável que se impõem por sua própria importância, sem referência a pressupostos concretos de aplicação. Eles orientam o intérprete no processo de criação da norma jurídica. Servem, assim, de garantia e certeza a um conjunto de juízos.⁴¹ Servem também para fundamentar e dar unidade a um sistema ou a uma instituição. Sob o ponto de vista formal, apresentam-se esses como pautas abertas, só plenamente compreensíveis nas suas concretizações,⁴² como se verifica, por exemplo, nos princípios contratuais, que melhor se compreendem na solução de problemas concretos dos negócios jurídicos. Situam-se na zona de confim entre o direito positivo e o mundo ético-social.⁴³

Os princípios diferem dos valores pelo fato destes apresentarem maior grau de generalidade, enquanto aqueles, “por conterem um pensamento jurídico diretor ou condutor”, já indicam a direção em que se situará a regra que se há de determinar. Em uma perspectiva normativista, isto é, o direito como norma, poderiam considerar-se normas para a produção ou determinação de outras normas.⁴⁴ Por exemplo, a Constituição da República, no seu art. 227, § 6º, estabelece o princípio da igualdade dos filhos, o que já se constitui no primeiro passo para a gênese da norma adequada a “eventual questão envolvendo pretensões de filhos havidos dentro e fora do matrimônio”.

Os princípios diferem também das normas jurídicas porque não têm os elementos que formam a estrutura característica dessas, isto é, a hipótese de fato e o dispositivo ou consequência jurídica. Não podem, assim, constituir-se em premissa maior de um silogismo de subsunção. Adquirem, porém,

já demonstrava a importância dos valores para a compreensão da validade do Direito, e lançava as raízes da sua obra consagrada, *Teoria Tridimensional do Direito*, de 1968. Por sua vez, Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd, Londres, sustenta que o Direito e a Moral não se separam, e que os ordenamentos jurídicos não podem reduzir-se a meras estruturas normativas, havendo, ao lado das regras, princípios, *standards* que devem ser observados como exigência de justiça”, p. 72 ss.

41 Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1996, p. 54 ss.

42 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 235.

43 Viola, p. 375.

44 Francesco Viola-Giuseppe Zaccaria. *Diritto e interpretazione*, p. 386.

natureza normativa, quando expressos em texto legal ou reconhecidos pela jurisprudência. Os princípios jurídicos estão presentes em todos os setores do direito, mas é principalmente nos campos da teoria geral, do direito civil e do direito constitucional que o seu estudo mais se desenvolveu, particularmente no que diz respeito à realização metodológica do direito.

Os princípios têm uma função *metodológica* quando se usam para orientar o conhecimento, interpretação e realização das normas; uma função *ontológica*, quando se constituem em fonte de direito (LINDB, art. 4º), e uma função *axiológica*, quando exprimem valores fundamentais que inspiram e legitimam o direito positivo (justiça, segurança, bem comum etc.).

Os princípios flexibilizam a ordem jurídica do Código e favorecem o processo de jurisdicização que vem marcando o direito da sociedade pós-industrial, e que se traduz na crescente importância e responsabilidade do juiz e dos juristas, dos quais se esperam extraordinárias faculdades de conhecimento e de juízo⁴⁵ para formular novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta aos problemas da sociedade contemporânea.

6. A interpretação jurídica conforme aos princípios

Considere-se a interpretação jurídica como sendo a atividade, o raciocínio prático com o qual o jurista elabora a norma adequada à solução do problema concreto. Esta definição foge ao pensamento tradicional, positivista, da modernidade, segundo o qual a interpretação jurídica seria simples exegese legal com o objetivo de descobrir o sentido e alcance das disposições normativas.

Esse modelo separava o processo de interpretação do processo de aplicação do direito. Fazia-se uma primeira e distinta interpretação teórica ou doutrinal, para chegar-se a uma segunda, a interpretação prática ou operativa, no sentido de implicar já uma decisão jurídica.⁴⁶

Considerando-se, porém, que o problema da interpretação “reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o contexto cultural em que o direito se situa”, sendo condicionada pela perspectiva epistemológica do pensamento jurídico e orientada pelos objetivos práticos da realização do direito,⁴⁷ uma nova concepção se impõe, no pensamento jurídico contemporâneo em face da atual mudança de paradigma que, entre

45 Ronald Dworkin, *Talking rights seriously*, Londres, 1977, Gerald Duckworth & Co.Ltd., p. 105 ss.

46 Manuel Segura Ortega, *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidade de Santiago de Compostela, 2003, p. 16.

47 Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

outros aspectos, assinala a presença e a importância dos princípios jurídicos no quadro das fontes do direito.

É de reconhecer-se, então, que o primado dos princípios jurídicos altera o processo tradicional da interpretação jurídica, consistente na exegese do texto legal e sua aplicação lógico-dedutiva, em favor de um novo modelo jurisprudencial, o da *razão prática*, no qual o intérprete parte não da lei, mas do caso concreto, para, sob a orientação de princípios ou regras, criar, por meio de um raciocínio dialético, a norma jurídica adequada ao caso concreto que se apresenta ao intérprete. O reconhecimento dos princípios como fundamentos constitutivos e normativos do direito conduz então à possibilidade de um novo modelo interpretativo, a interpretação conforme os princípios.

Qualquer que seja o entendimento adotado, acerca do conceito e natureza da interpretação jurídica, o fato é que, nela, tem grande importância os princípios jurídicos como critérios orientadores, cuja influência permite reconhecer uma principalização do direito civil, com suas consequências para o novo modelo de interpretação jurídica.

Assinale-se, ainda, que os princípios não são normas, dentro da concepção normativista do direito. Não comportam, por isso, aplicação imediata. Sua finalidade é orientar o intérprete na sua tarefa de construir a norma adequada ao caso concreto. Sua presença, como elementos não-lógicos, como são também os valores, deve impedir que se continue aceitando a silogística dedutiva no processo de interpretação e realização do direito,⁴⁸ e justifica um novo modelo de interpretação para o direito civil brasileiro, diverso da tradicional interpretação exegético-analítica que acompanhou o Código de Beviláqua no curso do século XX. Vive-se em outra época, outras são as exigências sociais e culturais. Por isso também, outro modelo de interpretação jurídica.

Quero com isso dizer que o quadro jurídico brasileiro atual, com o advento do Código Civil, abre-se para uma interpretação conforme aos princípios, em uma substituição da *ratio legis* pela *ratio iuris*, isto é, uma decisão jurídica conforme não à lei mas sim ao próprio direito. Obtem-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo-legalista da modernidade, cujas principais coordenadas, já mencionadas, eram a norma jurídica como o ponto de partida, a concepção do direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas, com o objetivo de sua aplicação tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema,⁴⁹ para uma perspectiva capaz

48 L.Lombardi Vallauri. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, p. 278-301, apud Pedro Serna, p. 4.

49 Castanheira Neves, *Curso de Metodologia jurídica*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994, p. 94.

de recuperar o sentido próprio do direito, o direito como *iuris-prudentia*, por isso mesmo chamado jurisprudencialismo, cujas coordenadas seriam o caso, o problema, como ponto de partida, os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.⁵⁰

50 *Idem.*, *ibidem.*