

O Código Civil brasileiro e o Problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório.

Francisco Amaral

Sumário: Introdução. 1. O Código Civil e o problema metodológico da interpretação jurídica. 2. O ponto de partida: o Código Civil de 1916. 3. A doutrina jurídica da interpretação. 4. A contribuição de Miguel Reale. 5. O Código Civil Brasileiro de 2002 e o novo modelo de interpretação jurídica. 6. A “principalização” do Direito Civil brasileiro. 7. O novo Código Civil e o problema metodológico de sua realização. Do normativismo ao jurisprudencialismo, ou do “paradigma da aplicação” ao “paradigma judicativo-decisório”.

Introdução

A entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro¹ vem suscitando, como é natural, uma grande, se bem que irregular,² produção científica, representada por estudos monográficos³ e comentários exegéticos.

¹ A Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no dia 11 do mesmo mês, instituiu no Brasil o novo Código Civil, com *vacatio legis* de um ano, após a sua publicação. O novo Código resulta de um processo de trabalho iniciado em 1969, quando o Governo Federal criou uma comissão integrada pelos Profs. Miguel Reale, presidente, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato de Castro, para elaborar anteprojeto de Código Civil, de pois transformado em projeto de lei que veio a ser aprovado em 2002 pelo Congresso Nacional. O pensamento que presidiu à reforma do código orientou-se, dentre outras, pelas seguintes diretrizes: a) compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do direito privado, conservando em seu âmbito o Direito da Obrigações unificado, sem distinção, portanto, entre obrigações civis e mercantis, nele incluindo as resultantes das atividades empresariais, salvo as matérias que exijam disciplina especial autônoma; b) manter, no possível, a estrutura do Código Civil de 1916, com a permanência da Parte Geral e da Parte Especial, esta dividida em cinco livros, de acordo com a sistemática dos Códigos Civis alemão e português, sendo o primeiro o livro das Obrigações, e não mais o de Direito de Família, como era o do Código

Repete-se, assim, o processo de floração doutrinária que se seguiu à publicação do Código Civil de 1916 e resultou em grande desenvolvimento da civilística brasileira na primeira metade do século XX.

Justifica-se o interesse que o novo Código desperta no mundo jurídico e social, já que ele representa não só a uma nova sistematização do conhecimento no campo do direito civil, como também se constitui na lei básica, embora não global, do direito privado,⁴ a própria constituição do homem comum.⁵

Os referidos estudos têm-se direcionado, principalmente, para os aspectos estruturais e funcionais do novo Código, nomeadamente as suas inovações no campo dogmático, os seus novos institutos jurídicos, a sua função social, a unidade das obrigações, as novas figuras contratuais, as mudanças no direito de família etc. No campo doutrinário, os Comentários ao Código realizam,

Beviláqua; c) aproveitar, no processo de revisão do Código, as contribuições anteriores em matéria legislativa, respectivamente os anteprojetos de Código das Obrigações de 1941, de Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, o de Código Civil de 1963, de Orlando Gomes, e o de Código das Obrigações de 1965, de Caio Mário da Silva Pereira; d) recepcionar no novo Código, além da matéria do Código de 1916, preservada sempre que possível, os institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação especial e aditiva a disciplina de matérias novas ainda em discussão, tais como as decorrentes das recentes conquistas das ciências biotecnológicas; e) inserir na sistemática do Código a matéria das leis especiais promulgadas após o advento do código de 1916, e f) dar ao novo Código um carácter mais operacional do que conceitual e dogmático, procurando configurar os novos modelos jurídicos à luz do princípio da razoabilidade. Miguel Reale. *O Projeto do Novo Código Civil*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 48.

² J.M. Othon Sidou. *Sobre o novo Código Civil*, 2ª edição, Revista e Ampliada, Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2004; Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

³ Cf. *Comentários ao Código Civil*, 22 volumes, Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

aquilo que se poderia chamar, *sub censura*, de interpretação teórica ou doutrinária, mais preocupada com o sentido e o alcance das regras, visando contribuir para uma posterior interpretação prática, que implica, necessariamente, um decidir, isto é, um processo de criação da norma específica para o caso concreto.

Existe, porém, outro aspecto a considerar, que é o da contribuição do Código para o fortalecimento de uma nova tendência que surge no pensamento jurídico contemporâneo, o da formulação de um novo modelo de *interpretação jurídica*. A principalização do Código, termo com que me refiro ao fato dele ter-se enriquecido com vários princípios jurídicos o que, além de ser importante inovação, relativamente ao Código anterior, com significativa mudança, do individual para o social,⁶ representa a superação do positivismo dominante, e contribui para significativa viragem metodológica no campo da interpretação jurídica, passando-se do “paradigma da aplicação” para o “paradigma da construção jurisprudencial”.

Creio, por isso, seja apropriado refletir, ainda que de modo singelo e sem a profundidade devida, sobre a inevitável mudança no modelo de interpretação jurídica vigente no direito civil brasileiro. É tema importante e atual, pois contribui para o desenvolvimento dos estudos sobre a realização do direito, considerando-se superado o modelo sistemático que o Código Civil de 1916 representava, dominante até hoje, no pensamento jurídico brasileiro.

⁴ Miguel Reale, p. 24.

⁵ Idem, p. 3.

⁶ Miguel Reale, p. 46.

1. O Código Civil e o problema metodológico da interpretação jurídica

O Código Beviláqua foi a sistematização do direito civil brasileiro no curso do século XX., período em que o legado jurídico da modernidade se submeteu a severa reflexão crítica. No que diz respeito ao processo de realização do direito, predominava no raciocínio jurídico o paradigma da aplicação, entendendo-se como tal o procedimento lógico-dedutivo que, a partir da norma geral e abstrata, e por meio do silogismo jurídico chegava automaticamente à decisão do caso individual e concreto.

Os limites da lógica formal, criticados por juristas de nomeada⁷ todos eles reconhecendo as dimensões não lógicas e valorativas da realização do direito,⁸ fizeram com que o raciocínio jurídico nascido da codificação (sec. XIX), fosse perdendo vigor. Defendiam eles um modelo de interpretação que levasse em conta a textura aberta dos textos legais, a importância crescente dos valores e dos princípios jurídicos, e a atividade criadora do juiz, a caracterizar uma crescente e efetiva jurisdição do direito. Com esse espírito e já na segunda metade do século XX, a interpretação jurídica passa a considerar-se o maior problema, o mais vivo da atual problemática filosófico-jurídica⁹, sugerindo-se a passagem do modelo tradicional normativista, ou da exegese, para um novo modelo hermenêutico de tipo axiológico,¹⁰ ou jurisprudencialista.¹¹

⁷ Citam-se aqui, dentre outros, Rudolf Von Jhering. *Geist des römischen Rechts*, 1864; Philipp Heck. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912; Eugen Ehrlich. *Die juristische Logik*, 1918; François Géný. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Chaim Perelman. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, Paris, 1976; Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, trad. de Tércio Sampaio Ferraz, DIN, 1979; Emilio Betti. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2ª edição, 1971; Josef Esser. *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, Studium Generale, 1959; Karl Engisch. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de Batista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 7ª ed., 1996; Miguel Reale. *Fontes e Modelos do Direito. Para um Novo Paradigma Hermenêutico*, São Paulo,

Superando a crença tradicional de que o juiz, por meio de procedimentos conceituais exclusivamente lógicos, deve limitar-se à aplicação mecânica da lei, sem qualquer ponderação de natureza valorativa, a interpretação é hoje um processo criativo de direito, contrário às pretensões do positivismo e do formalismo de darem conta da totalidade do fenômeno jurídico, mais favorável ao reconhecimento do juiz como fonte de produção normativa, autônoma e concorrente com o direito legal. Coloca, também, em tela, o vínculo entre lei e direito, entre criação e aplicação da norma.¹² A interpretação jurídica, hoje orientada pelo objetivo prático da realização do direito, é, assim, um problema em aberto¹³ já que, a seu respeito, "deixou de haver uma teoria estabilizada e dominante que tranqüilamente se pudesse expor nas suas linhas características, como ainda acontecia há duas ou três décadas".¹⁴

Para melhor desenvolvimento da hipótese de que o novo Código contribui para o processo de mudança na teoria da interpretação, toma-se o primeiro Código Civil brasileiro como ponto de partida, e a partir dele, as principais e subsequentes manifestações da lei e

Editora Saraiva, 1994; A. Castanheira Neves. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica-1*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; Ronald Dworkin. *Talking Rights Seriously*, London, 1977, trad. de Marta Guastarino, 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1989; Robert Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, Shurkamp, 1978, reimpressão em 1983.

⁸ Pedro Serna. (Director). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Editorial Colmares, S.L., 2003, p. 2.

⁹ Giuseppe Zaccaria. *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p.1.

¹⁰ Miguel Reale, p. 113.

¹¹ Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 292.

¹² Giuseppe Zaccaria, ps. 2 e 3.

¹³ Castanheira Neves. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica-1*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

¹⁴ Idem, ibidem.

da evolução doutrinária para, a final, chegar-se à conclusão de que existe imperiosa tendência no direito civil brasileiro para um novo modelo interpretativo, com especial deferência aos princípios jurídicos. O ponto de partida e de confronto é, portanto, o Código Civil de 1916, relativamente ao que o novo modelo implica mudanças de natureza axiológica e metodológica, no que diz respeito aos valores estruturais e estruturantes do novo Código, e ao processo de concretização de suas normas.

Recorde-se que a grande maioria dos trabalhos sobre o Código Civil de 2002 é de natureza analítico-semântica, conforme ao modelo positivista ainda vigente no direito brasileiro, modelo esse que reduz a interpretação jurídica a simples exegese do texto legal. Em face, porém, da “principialização” referida, cremos seja mais adequada uma perspectiva que leve em conta os valores e os princípios que servem como critérios de interpretação, integração e correção, orientadores do intérprete no seu trabalho de construção jurídica. E considerando-se que a interpretação depende da concepção filosófica do direito vigente em determinada época e em determinada sociedade,¹⁵ impõe-se, também como questão preliminar, levar em conta o contexto histórico e cultural dos dois Códigos, na sua gênese e evolução.

2. O ponto de partida: o Código Civil de 1916.

Se a interpretação jurídica depende do ambiente político-cultural em que o próprio direito se desenvolve, qual o contexto em que se criaram os Códigos de 1916 e de 2002?

O Código de 1916 seguiu, como não podia deixar de ser, o paradigma da modernidade, marcado pela racionalização do

¹⁵ Castanheira Neves, p. 9.

pensamento e da cultura e, principalmente, pela influência dos postulados do Estado de Direito, ou Estado liberal, que se caracterizavam pela crença no primado da lei, no sentido de ser esta a fonte suprema do direito; no monismo jurídico, que credenciava o Estado como a fonte única de produção jurídica; na divisão dos poderes em legislativo, judiciário e executivo, conforme as distintas funções de criação, aplicação e execução das leis; na clara separação entre as esferas do público e do privado, ou seja, entre o Estado e a sociedade civil. E ainda, a crença na abstração e na generalidade das regras jurídicas; na figura abstrata do sujeito de direito; na segurança jurídica como valor fundamental, de que eram naturais consectários a ordem, a estabilidade e a certeza na realização do direito; no formalismo jurídico, que identificava o direito com a justiça; na adoção da idéia de sistema, com a sua conseqüente unidade e completude, o que contribuiu para a elaboração dos Códigos e das Constituições; na centralidade do Código Civil no quadro das fontes normativas e, principalmente, tendo em vista o objetivo deste trabalho, na redução do processo interpretativo à mera exegese das textos legais. É nesse contexto ideológico que se desenvolveu o processo da codificação civil brasileira, iniciado por Teixeira de Freitas e terminado por Clóvis Beviláqua.¹⁶

Sob o ponto de vista técnico, o Código Civil de 1916 era um dos mais perfeitos do seu tempo, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, esmerada, segura, precisa. Tinha formação eclética, com predomínio de concepções do direito francês e da técnica do Código Civil alemão. Quanto ao conteúdo, sua matéria era predominantemente o direito português, a ponto de se ter já afirmado que esse Código foi mais fiel às fontes lusitanas e ao

¹⁶ Sobre o processo de codificação brasileira, cf. Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, 5ª ed., revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.208 e ss.

direito comum do que o Código Civil português de 1867,¹⁷ o que é também significativo para a compreensão do modelo de interpretação vigente nessa época.

Sob o ponto de vista filosófico, o Código de Beviláqua era produto, como não podia deixar de ser, das idéias de seu tempo. Filho do positivismo dominante na intelectualidade do sul do país (Rio de Janeiro e São Paulo)¹⁸ e herdeiro, também da Escola do Recife, de inclinação evolucionista,¹⁹ consagrava os princípios do liberalismo e do individualismo, principalmente em matéria contratual e de propriedade.²⁰ Clóvis Beviláqua era positivista, inclinado para o empirismo evolucionista e, no campo do direito, profundo admirador de Rudolf Von Jhering, Joseph Kohler e Hermann Post.²¹

Sobre a interpretação jurídica, não dispunha o Código de regras gerais. Tinha, porém, a precedê-lo, uma Lei de Introdução, assim chamada por similitude com o Código Civil alemão, publicada juntamente com ele para preparar e facilitar-lhe a execução. Era a Lei nº 3071, de janeiro de 1916, com disposições sobre a vigência e eficácia das normas em geral, sua aplicação, interpretação e integração, seus conflitos no tempo e no espaço. Era essa lei verdadeira preliminar de todo o sistema do direito brasileiro, pois destinava-se a todos os códigos e demais diplomas legais, de natureza pública ou privada. No seu artigo 5º dispunha

¹⁷ Guilherme Braga da Cruz. *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Obras Esparsas*, vol. I, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1981, p. 67.

¹⁸ Aquiles Côrtes Guimarães. *Pequenos Estudos de Filosofia Brasileira*, 2ª edição, revista, corrigida e aumentada, Rio de Janeiro, Nau Editora, 1997, p. 99.

¹⁹ Vamireh Chacon. *Da Escola do Recife ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Organização Simões Editora, 1969, p. 122, e Antonio Carlos Wolkmer, *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, p. 128.

²⁰ Sobre a Escola do Recife, cfr. Antonio Paim. *História das Idéias Filosóficas no Brasil*, 3ª edição, revista e ampliada, São Paulo, Editora Convívio, 1984, p. 407 e segs.

²¹ Silvio Meira. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, p. 245.

que *Ninguém se escusa, allegando ignorar a lei; nem com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão della se exime o juiz de sentenciar o despachar.* Clóvis Beviláqua, comentando esse dispositivo, acrescentava: *Se a lei é a expressão por excelência do direito, o juiz é o órgão superior de sua aplicação, dirimindo as contendas entre os particulares, declarando o direito, homologando atos jurídicos, interpondo a sua autoridade nas ocasiões em que tal se faz necessário.*²² O Código e seu autor, reproduziam assim, algumas das notas típicas do pensamento jurídico da modernidade, isto é, a supremacia da lei, o poder judiciário como seu simples aplicador, e a nítida separação entre a esfera pública e a privada.

Essa Lei de Introdução revogou-se em de 4 de setembro de 1942, pelo Decreto-Lei nº 4657, vigente ainda hoje, que no seu artigo 4º, dispõe: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.* E no artigo 5º: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* É evidente que também nessas disposições se reafirma o primado da lei como fonte de direito e como ponto de partida para o processo de aplicação de suas normas, guardada a tradicional distinção entre os procedimentos de legislar e o aplicar a lei.

Consagrou-se, assim, no Código de 1916, à toda evidência, o postulado normativista, do que decorre aceitar-se a norma jurídica como *prius*, o direito como sistema de normas, e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas e com o objetivo de aplicação de normas, isto é, o paradigma da aplicação. Esse paradigma considera-se hoje em vias de superação pelo seu “alheamento dos problemas histórico-sociais e pela

²² Clóvis Beviláqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, p. 108.

sua inadequação metodológica relativamente ao problema concretamente específico da realização do direito”.²³

3. A doutrina jurídica da interpretação.

Na contribuição da doutrina, à época da elaboração do Código Civil de 1916, distinguiram-se dois juristas, autores de obras hoje clássicas, Paula Baptista e Joaquim Ignácio Ramalho.

Francisco de Paula Baptista, Professor Catedrático da Faculdade de Direito do Recife, foi autor do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, um breve e conciso opúsculo de 45 parágrafos, de orientação clássica e tradicional,²⁴ publicado em 1860, e com uma terceira edição, em 1872.

Paula Baptista distinguia a hermenêutica jurídica da interpretação. A primeira seria, o *sistema de regras para a interpretação das leis* (§1º) e a segunda, a *exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa* (§ 3º), acrescentando *não ter ela lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa*. Considerava absoluta e vaga a opinião de Savigny, crítico dos que limitavam a interpretação aos casos acidentais de obscuridade, e revelava-se partidário da Escola da Exegese.²⁵ Quanto aos elementos de interpretação, compreendiam-se três categorias, o gramatical, o lógico e o científico, correspondente este ao que Savigny

²³ Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, p. 288.

²⁴ Alfredo Buzaid, *Apresentação in*, *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 1984, § 5.

²⁵ J.M. Othon Sidou. *O Direito Legal. História, Interpretação, Retroatividade e Elaboração das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 244. Christiano José de Andrade. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 73.

chamava de sistemático e de histórico,²⁶ reconhecendo, porém, que *é no conhecimento do espírito das leis que consiste a verdadeira ciência do jurisconsulto* (§ 14).

Joaquim Ignácio Ramalho, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo escreveu “Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica”, que se considera um complemento natural do Compêndio de Paula Baptista.

Foram esses dois professores os maiores processualistas brasileiros do Império, igualados por pouquíssimos na República,²⁷ e também os autores dos únicos trabalhos sobre interpretação jurídica.²⁸ Diversamente de Paula Baptista, o Barão de Ramalho tinha uma noção mais ampla do Direito do que aquela que identifica o direito positivo com a lei. Contrariava, assim, o espírito da Escola da Exegese, e defendia uma hermenêutica jurídica pátria e não geral, ou filosófica, censurando a que lhe dava Paula Baptista. Inclina-se para uma hermenêutica jurídica mais concreta e mais aderente à realidade social.

Paula Batista restringia a interpretação à lei obscura, silenciosa ou duvidosa, enquanto Ramalho, considerando antiquada esta idéia, advertia que não é só a obscuridade que pede interpretação. Invocando Savigny, que considerava a interpretação necessária para conhecer o pensamento do legislador não só quando a sua expressão fosse obscura e defeituosa mas mesmo ainda quando ele dissesse o bastante para dar a conhecer o seu pensamento,²⁹ Ramalho ressaltava que “devemos procurar deduzir o pensamento do legislador das suas palavras, não

²⁶ Francisco de Paula Baptista. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, in *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p.10.

²⁷ Moacir Lobo da Costa. in *Apresentação a Cinco Lições de Hermenêutica Jurídica de Joaquim Ignácio Ramalho*, in *Hermenêutica Jurídica*, Editora Saraiva, 1990, p.87.

²⁸ Christiano José de Andrade, p. 79.

²⁹ Christiano José de Andrade, p. 80.

tomadas isoladamente, mas segundo o contexto e a ordem que se acham escritas”.

Outro jurista, já na plena vigência do Código de 1916, dedicado aos problemas de interpretação foi Carlos Maximiliano, autor de obra hoje clássica, “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, na qual distingue a hermenêutica da interpretação, considerando esta aplicação daquela; “A primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda”. A hermenêutica jurídica seria a teoria científica da arte de interpretação e esta seria a aplicação daquela.³⁰ A primeira seria especulativa, e a Segunda, pragmática.³¹ Para Carlos Maximiliano a hermenêutica é um pressuposto da aplicação, que é o momento da atividade do aplicador do direito. Seu objetivo é a lei e a aplicação desta, o direito e o fato.³² Interpretar seria “determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”. Carlos Maximiliano insurge-se contra o sistema tradicional de hermenêutica, denominado escolástico ou simplesmente “Escola da Exegese”, que procura ligar o direito aos textos rígidos e é aplicado de acordo com a vontade, verificado ou presumida, de um legislador há muito sepultado. Esse processo levou ao predomínio da análise exegética, consistente na exposição da matéria dos Códigos, artigo por artigo, em contraposição à sistemática. Para esse jurista, ainda, ainda a doutrina moderna, em matéria de hermenêutica, era o evolucionismo teleológico, de feição moderada, que englobava os métodos teleológico e o histórico evolutivo, de conotação sociológica, em cuja orientação se enquadraria o art. 5º da Lei

³⁰ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 1.

³¹ Rubens Limongi França. *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p.81, apud Christiano José de Andrade, p. 83.

³² Christiano José de Andrade, p. 83.

de Introdução ao Código Civil brasileiro, de acordo com as mais profundas raízes em nossa tradição jurídica.³³

Outros juristas contribuíram ainda, para o debate sobre a interpretação jurídica, sendo de salientar-se o pensamento de Alípio da Silveira. Tinha este autor uma visão integradora da interpretação jurídica, considerando-a “uma síntese de vários processos afins, sendo por isso inteiramente infundada a contraposição entre os vários elementos ou processos de interpretação”.³⁴ Segundo ele, citando Luis Recaséns Siches, “a produção do direito deve inspirar-se no *logos* do razoável”, que está impregnado de valorações, isto é, critérios estimativos ou axiológicos, sendo que a interpretação razoável opera segundo princípios axiológicos implícitos, não podendo uma ordem jurídica positiva funcionar atendo-se exclusivamente “à sua formulação literal, sendo indispensável recorrer a critérios axiológicos não formulados explicitamente”.³⁵ Já numa concepção mais recente, crítica do modelo vigente da interpretação jurídica, Luís Fernando Coelho defende que “o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos mais condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social”, e ainda, que “não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte do direito”.³⁶

³³ Rubens Limongi França. *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 1984, p.44, apud Christiano José de Andrade, p. 89.

³⁴ Alípio Silveira. *Hermenêutica Jurídica. Seus Princípios Fundamentais, 1*, São Paulo. Editora Brasiliense, 1985, p. 209.

³⁵ Christiano José de Andrade, p.134.

³⁶ Luiz Fernando Coelho. *Lógica Jurídica e Interpretação da Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pgs. 324 e 182.

4. A contribuição de Migueu Reale

Radicalmente oposta, e progressista, é a contribuição de Miguel Reale, Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo.

Introdutor do tridimensionalismo e do culturalismo jurídico no Brasil, considerado o grande renovador do pensamento filosófico brasileiro, Miguel Reale teve grande e salutar influência na elaboração do novo Código Civil brasileiro, como Supervisor da respectiva Comissão Elaboradora e Revisora. Sua obra é um contraponto ao positivismo dominante, ao qual opõe, numa visão culturalista do fenômeno jurídico, o seu tridimensionalismo concreto, que leva a uma “visão integral do Direito entendido como experiência, e permite uma compreensão mais viva do homem situado em situações concretas, conforme a chamada ética da situação e do mundo por ele constituído”.³⁷

Para o eminente jurista, “a interpretação jurídica é marcada por um notável sentido de concreção, o que corresponde à compreensão concreta de toda a experiência do direito, a começar pelo conceito mesmo de norma jurídica”. Seu pensamento sintetiza-se nas seguintes diretrizes:³⁸ a) existe uma unidade no processo hermenêutico ou interpretativo. A interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão; b) o ato interpretativo é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas; c) o ato interpretativo é de natureza integrada. Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da

³⁷ Christiano José de Andrade, p. 97.

³⁸ Miguel Reale, *Estudos do Filosofia e Ciência do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 1978, p. 81.

estrutura global do ordenamento; d) o processo interpretativo tem limites objetivos. Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos; e) o ato interpretativo é naturalmente histórico-concreto. Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva; f) o ato interpretativo é de natureza racional. A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas e axiológicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos; g) o processo hermenêutico é problemático ou conjectural. A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da Lógica formal, nem se reduzir a uma análise linguística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica, entendida como razão problemática ou conjectural; h) o processo interpretativo é econômico. Sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento, deve preservar-se a existência do modelo jurídico; i) o processo interpretativo tem uma destinação ética. Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde aos valores éticos da pessoa e da convivência social; j) o processo hermenêutico tem um sentido global. Deve compreender-se a interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto da exegese.

A influência de Miguel Reale, culturalista e anti-positivista crítico, foi decisiva no processo de elaboração do novo Código Civil brasileiro. Nesta obra está a marca da concepção axiológico-experiencial desse jurista-filósofo, com a sua idéia de modelo jurídico, *in casu*, modelos hermenêuticos que se ligam, direta ou indiretamente, à existência de determinados valores, como o da pessoa

humana, o da liberdade, o da igualdade, o da solidariedade, valores esses considerados “invariantes axiológicas”,³⁹ que fundamentam as diretrizes básicas do Código Civil (a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*) e influenciam o processo metodológico de sua interpretação.

5. O Código Civil brasileiro de 2002 e o novo modelo da interpretação jurídica.

Se é verdade que o Código Civil de 1916 é um Código do positivismo, fiel ao modelo jurídico da modernidade, e com as características desse modelo, não é menos verdade que o Código Civil de 2002, embora mantendo, em suas linhas básicas, a estrutura do Código de Beviláqua, à qual se incorporou a experiência jurídica brasileira das últimas décadas, a ele se contrapõe em aspectos fundamentais, não só na sua forma como no seu espírito e, conseqüentemente, na sua interpretação. Isso porque o contexto político e cultural em que o novo Código se gestou, é completamente diverso do existente à época do debate e aprovação do projeto Beviláqua.

O atual Código é a lei básica, mas não global, do direito privado,⁴⁰ podendo dizer-se, à semelhança do que afirmou sobre o Código Civil italiano de 1942, que hoje todo o direito privado é direito civil, na medida em que o Código unifica o direito patrimonial, qualquer que seja a natureza da atividade econômica desenvolvida.⁴¹

A sociedade atual, diversamente da que existia à época da aprovação do Código Beviláqua, é uma sociedade complexa,

³⁹ Miguel Reale. *Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 115.

⁴⁰ Miguel Reale. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil*, in O Projeto do Novo Código Civil, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 48.

⁴¹ Francesco Santoro-Passarelli. *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione, Napoli, Eugenio Jovene, 1971, p. 19.

pluralista e de risco, fragmentada, dominada pelo conhecimento e pela informação. Nela não mais se aceita irrestritamente o monismo jurídico, no sentido de monopólio estatal da produção jurídica. Substituiu-o, embora não totalmente, a crença no pluralismo das fontes do direito, nas quais têm importância crescente os princípios jurídicos. À crença na abstração e na generalidade das regras jurídicas, típicas do direito moderno, contrapõe-se a admissibilidade de normas concretas e individuais, como as que emergem, por exemplo, de uma sentença judicial, de um contrato, de um ato administrativo específico. À figura abstrata do sujeito de direito opõe-se a figura concreta da pessoa humana, no sentido de que o novo Código visa situações jurídicas concretas, o “indivíduo situado”.⁴² A segurança, valor fundamental da ordem burguesa, com a conseqüente certeza na realização do direito, cede a vez, na escala de prioridades axiológicas, à justiça e ao bem comum. Cresce a insegurança e desenvolve-se a incerteza no direito, incapaz este de responder às questões fundamentais que o mundo hoje apresenta, chegando-se a vislumbrar um certo retorno ao irracionalismo pelo desencanto da racionalidade moderna. A separação entre os poderes, executivo, legislativo e judiciário, perde a nitidez de origem. O Estado de Direito passa a intervencionista, preocupado com o bem estar social, e depois transforma-se em Estado Democrático de Direito. As esferas do público e do privado aumentam as suas áreas de intersecção, relativizando-se a dicotomia Estado-Sociedade Civil e surgindo o Terceiro Setor, assim denominado o conjunto de atividades das pessoas jurídicas de natureza privada, organizações da sociedade civil, mas com finalidades ou objetivos de interesse público. O Código Civil perde a sua histórica posição central no sistema jurídico em favor do texto

⁴² Miguel Reale. *O Projeto do Novo Código Civil*, p.12.

constitucional, que passa a coroar a ordem jurídica do país. O desenvolvimento científico e tecnológico e a conseqüente sociedade do conhecimento e da informação, cada vez mais complexa, levam à proliferação das leis especiais, necessárias à disciplina e organização de matérias que, por sua especificidade, não cabem no texto do Código Civil. Desenvolve-se a tendência de superação do formalismo jurídico, não se vendo mais o direito como um sistema completo e coerente, capaz de dar resposta a todas as questões jurídicas. Resgata-se o pensamento problemático e o direito deixa de ser visto apenas como um sistema de normas para ser considerado um sistema de procedimentos.⁴³

Tudo isso nos revela que “vivemos uma época de profundas mudanças, de crise e de mudança paradigmática, em que os esquemas jurídicos do paradigma racional sistemático da modernidade resultam insuficientes para responder a muitos dos problemas que atualmente se apresentam”.⁴⁴ No que se refere à interpretação jurídica, que deve corresponder ao contexto em que se realiza, desenvolve-se um novo modelo, segundo o qual interpretar não é apenas compreender um direito pressuposto como objeto, mas sim elaborar soluções decisórias para casos jurídicos concretos, com eventual suporte em princípios jurídicos, cujo primado aumenta a importância do raciocínio jurídico e da sua revisão,⁴⁵ não mais se admitindo o processo de aplicação dirigido pela lógica deôntica.⁴⁶

6. A “principalização” do Direito Civil brasileiro.

Inovações significativas do novo Código, com especial relevo na sua estrutura, e significativa importância no problema

⁴³ Manuel Atienza. *As Razões do Direito. Teoria da Argumentação*, tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2000, p. 332.

⁴⁴ Maria José Farinas Dulce. *Sociologia de los derechos humanos*, in *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 697.

⁴⁵ Francesco Viola/Giuseppe Zaccaria. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, segunda edição, 2000, p. 405.

⁴⁶ Pedro Serna. *De la argumentación jurídica a la hermenêutica, Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Editorial Colmares, 2003, p. 5.

metodológico da interpretação, são os princípios jurídicos e as cláusulas gerais a que o legislador recorreu.

Princípios são os fundamentos que servem de alicerce ou de garantia e certeza a um conjunto de juízos.⁴⁷ São pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e institutos jurídicos, a que se recorre quando em face de situações *a priori* indeterminadas.⁴⁸ O princípio, graças à sua coerência com o complexo do ordenamento e com as suas próprias finalidades, ou com os sucessivos pronunciamentos judiciais, pode garantir a generalidade ulterior da norma”.⁴⁹ “Mas o princípio não é imediatamente prescritivo. Para tornar-se operante no direito positivo, precisa de uma formulação específica, exige ser forjado pelo intérprete”.⁵⁰ É, assim, necessário, que os princípios se concretizem com a ajuda de ulteriores enunciados normativos.⁵¹ Os princípios são proposições normativas dotadas de tal grado de generalidade que, em geral, não podem aplicar-se sem a adição de ulteriores premissas normativas,⁵² isto é, verifica-se uma concretização dos princípios com a ajuda de ulteriores enunciados normativos.⁵³

As cláusulas gerais, por sua vez, como disposições normativas abertas, preceitos jurídicos vazios ou incompletos, podem compreender, por sua generalidade e abstração, grande número de casos, permitindo ao intérprete criar, com mais liberdade, as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que enfrentem. Cláusulas gerais no novo Código Civil são, por exemplo, as que

⁴⁷ Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, São Paulo, 17ª ed., Editora Saraiva, 1996, p. 60 ss.

⁴⁸ Gustavo Zagrebelsky. *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 147.

⁴⁹ Giuseppe Zaccaria. *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 82.

⁵⁰ Idem, p. 90.

⁵¹ Robert Alexy, p. 192.

⁵² Robert Alexy. *Theorie der Grundrecht*, 1986, p. 205.

⁵³ Idem, 193.

dizem respeito à boa-fé, aos bons costumes, à ordem pública, à correção, à diligência do bom pai de família, ao abuso de direito, aos usos do comércio, à equidade. Princípios e cláusulas gerais fazem com que o Código Civil de 2002 se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira “princípioalização” do modelo interpretativo.

Os princípios contribuem para a unidade e permanência do sistema, como fonte normativa ou como critérios de interpretação ou de integração, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais,⁵⁴ o que se reflete, também, na interpretação do novo código. Exigem do intérprete não mais um trabalho de simples exegese, mas um trabalho de permanente construção jurídica.

Podem distinguir-se em princípios positivos, transpositivos e suprapositivos,⁵⁵ . Ou ainda em princípios constitucionais e princípios institucionais, conforme pertençam à ordem jurídica superior da Constituição Federal ou à da legislação ordinária, servindo, neste caso, de orientação e fundamento aos principais institutos de direito privado, especificamente, a personalidade, a família, a propriedade, a obrigação e o contrato. Ou ainda em princípios normativos verdadeiros elementos de direito positivo, e informativos.⁵⁶

No direito brasileiro, são princípios constitucionais, superiores, que se projetam no direito privado, os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.⁵⁷ Já no campo das obrigações, são princípios institucionais, ou

⁵⁴ Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, Fundação Calouste Gulbenkian, p.280 ss.

⁵⁵ Castanheira Neves. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica-1*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9. p. 219 e 23.

⁵⁶ Giuseppe Zacaria, p. 80.

⁵⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, art.1º.

legislativos, os princípios da autonomia privada,⁵⁸ o da boa-fé⁵⁹ e o da responsabilidade patrimonial.⁶⁰ Em matéria contratual, destacam-se ainda os princípios da liberdade de associação⁶¹ e o da função social do contrato.⁶² Nos direitos reais, o princípio da função social da propriedade.⁶³ No direito de família, o princípio da igualdade dos cônjuges⁶⁴ e o princípio da igualdade dos filhos.⁶⁵

Os princípios informativos, não se incorporando aos institutos jurídicos, não valem como direito positivo material, não representam direito efetivo⁶⁶ são para o legislador, e mais ainda para o juiz, apenas critérios guias, úteis para o desenvolvimento do direito. São princípios jurídicos informativos do Código Civil, os princípios⁶⁷ da socialidade, da eticidade e o da operabilidade ou concretude.

⁵⁸ O princípio da autonomia privada articula-se, no direito brasileiro, com o princípio da livre iniciativa, (Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 1º e 170) valor básico da ordem econômica. Sua principal referência está no artigo 421 do Código Civil, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato, que é, por sua vez, uma das manifestações da socialidade do direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos.

⁵⁹ O princípio da boa fé boa-fé objetiva, primeiro, como norma interpretativa-integrativa, no artigo 113, que recomenda sejam os negócios jurídicos interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, depois, como regra de comportamento no artigo 422, que dispõe serem os contratantes obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé, valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual.

⁶⁰ O princípio da responsabilidade patrimonial significa que o devedor responde, para o cumprimento das suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei, (Código de Processo Civil, art. 591) assegurando, assim, o cumprimento da obrigação de indenizar nascida de atos ilícitos. (Código Civil, art. 927) CPC. art. 591.

⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, XVII.

⁶² Código Civil, art. 421.

⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil, art.170, III.

⁶⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, art.226, § 5º.

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, art.227, § 6º.

⁶⁶ Giuseppe Zacaria, p.83.

⁶⁷ Miguel Reale. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 7 ss.

Com o princípio da socialidade quer o legislador fazer com que prevaleçam os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.⁶⁸ Manifesta-se, por exemplo, no novo conceito de posse, a posse-trabalho, que reduz o prazo de usucapião de um imóvel de 15 para 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de carácter produtivo,⁶⁹ e também nas limitações ao direito de propriedade, que deve ser exercido de acordo com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados o ambiente, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico.⁷⁰ O proprietário pode ainda ser privado da coisa, se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 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.⁷¹

O princípio da eticidade dá preferência aos critérios éticos-jurídicos em detrimento aos critérios lógico-formais, no processo de concreção jurídica. O juiz é chamado não a aplicar o direito, mas a criar a norma para o caso concreto, pela mediação de princípios regras do sistema, de conformidade com valores dominantes. Representa esse princípio, também, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional⁷² o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo. Os arts. 156 e 157 do Código Civil, que introduzem, respectivamente, o estado de perigo e a lesão no elenco dos defeitos do negócio jurídico, tornando-o anulável, e o art. 478 que, de modo coerente com tal princípio,

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ Código Civil, art.1238, parágrafo único.

⁷⁰ Código Civil, art. 1.228, par.1º.

⁷¹ Código Civil, art.1.228, par.4º.

⁷² Miguel Reale, p. 9.

no sentido de um equilíbrio econômico contratual, permite a resolução contratual por onerosidade excessiva, podem considerar-se também aplicações do princípio da eticidade. Ainda em matéria contratual, outro limite que o mesmo princípio estabelece, é a função social do contrato, assim como as disposições pertinentes ao contrato de adesão, segundo as quais deve adotar-se interpretação mais favorável à parte aderente, no caso de cláusula ambígua ou contraditória, e também que são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio.⁷³

O princípio da operabilidade ou, se quisermos, o princípio da concretude ou concretude,⁷⁴ que é essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica, constitui-se em critério metodológico que o legislador sugere ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. Apresentando-se as regras jurídicas como proposições lingüísticas de carácter geral, deve o intérprete, a partir do seu texto, construir a norma-decisão específica para o caso em tela,⁷⁵ tendo em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.

De imprescindível referência ainda, no campo das relações obrigatórias é, o princípio da equidade, um critério interpretativo que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa.⁷⁶

⁷³ Código Civil, arts. 421, 423 e 424.

⁷⁴ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, 2001, Editora Objetiva, p. 789.

⁷⁵ Friedrich Muller. *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de *Juristisches Methodik*, por Olivier Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, p. 223.

⁷⁶ No Código Civil brasileiro registram-se diversas manifestações desse princípio, quase

A equidade é um princípio ético que visa realizar a perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico a que recorre o magistrado, quando em face de um conflito específico. Não é uma instância menor, ao contrário, constitui-se em modelo ideal de justiça que orienta a realização do direito, de modo a evitar injustiça ou desigualdade resultante da rigidez da fórmula legal. Como critério de decisão de casos singulares,⁷⁷ a equidade apresenta-se sob a forma de cláusula geral.

Além de sua função básica, de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, por meio da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto,⁷⁸ tem ainda uma função *corretiva*, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função *quantificadora*, nos casos de indenização. E tem ainda uma função *supletiva*, quando eleita pelas partes para a solução de litígio, como se verifica nos casos de compromisso arbitral.

A incidência desses princípios e a profusão das cláusulas gerais flexibilizam o sistema do Código e favorecem o processo de jurisdicização que vem marcando o direito contemporâneo, o que

todas no campo das obrigações. O art. 413, referente à cláusula penal, o art. 479 em matéria de resolução contratual por onerosidade excessiva, o art. 944, o parágrafo único do art. 953, o art. 954 e o parágrafo único do art. 928, no campo da responsabilidade civil. Também no parágrafo único do art. 156, pertinente ao estado de perigo, ao dispor o código que tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias, (o que configura uma cláusula geral, pela vagueza e imprecisão do termo) é de considerar-se implícita a necessidade de recurso à equidade pois, decidir segundo as circunstâncias é solucionar o caso concreto com equilíbrio e proporcionalidade. A equidade tem aqui uma função supletiva, pela insuficiência do texto legal. Idêntica afirmação se pode fazer quanto ao art. 1.638, III, em que se dispõe que o pai ou a mãe perderá, por ato judicial, o poder familiar, se praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes. Configura-se aqui outra cláusula geral, o que leva o intérprete a valer-se da equidade.

⁷⁷ José de Oliveira Ascensão. Equidade, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v.2 32, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, p.394 ss.

⁷⁸ Miguel Reale. Equidade, in Enciclopédia Saraiva do Direito, 32, São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 403 ss.

se traduz na crescente importância da função jurisdicional e do trabalho dos juristas. Estes, tomando Hércules como sugestão dworkiniana devem ter extraordinárias faculdades de conhecimento e de juízo,⁷⁹ que os habilitem a formular as estruturas jurídicas de resposta aos desafios da sociedade contemporânea.

O Código Civil de 2002 é, assim, como acima referido, um sistema aberto, uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.⁸⁰

7. O novo Código Civil e o problema metodológico de sua realização. Do normativismo ao jurisprudencialismo, ou do “paradigma da aplicação” ao “paradigma judicativo-decisório”.

Não é demais repetir que a interpretação é hoje tema fundamental do pensamento jurídico, apresentando-se não mais como a investigação semântica das disposições normativas, visando à sua “aplicação”, mas como um problemático processo de realização do direito,⁸¹ “não sendo exagero afirmar que “no pensamento jurídico dos últimos decênios pode observar-se uma preocupação especial por todos os assuntos relativos à interpretação das normas jurídicas”,⁸² centrando-se, ultimamente, quase todos os debates no processo de obtenção de decisões”.⁸³ Verifica-se, assim, verdadeira mudança da perspectiva tradicional, que partia do sistema jurídico, por meio do raciocínio de subsunção, para o problema a resolver ou a própria decisão⁸⁴ a construir. Dada a

⁷⁹ Ronald Dworkin, *Talking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977, 105 ss.

⁸⁰ Claus-Wilhelm Canaris, p. 280.

⁸¹ Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 9.

⁸² Manuel Segura Ortega. *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidade de Santiago de Compostela, 2003, p. 7.

⁸³ Idem, *ibidem*.

⁸⁴ Idem, *ibidem*.

existência, no novo Código Civil brasileiro, de princípios e cláusulas gerais que, por sua própria natureza, não dispõem da estrutura típica das regras jurídicas, (hipótese de aplicação e dispositivo), torna-se necessário outro raciocínio jurídico que não o tradicional lógico dedutivo, próprio de formalismo positivista da racionalidade moderna. Significa dizer, outro modelo de interpretação jurídica.

O modelo tradicional, seguido pelos intérpretes do Código Civil de 1916 mantinha-se fiel ao modelo da modernidade. Separava o processo de criação do processo de aplicação do direito, e considerava objetivo do intérprete a compreensão do sentido e do alcance da norma, para depois construir a regra específica. 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.⁸⁵ Hoje considera-se a interpretação jurídica como operação intelectual única e integral. Não mais⁸⁶ a interpretação da lei, mas sim um ato de realização do direito,⁸⁷ reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema.

Qualquer que seja o entendimento adotado, acerca do conceito e natureza da interpretação jurídica, o fato é que, nela, têm grande importância os princípios jurídicos, critérios orientadores, formativos ou informativos, cuja presença e influência permitem reconhecer uma principialização do direito civil, com suas conseqüências para o novo modelo de interpretação jurídica, como também já se disse a respeito da principialização da jurisprudência constitucional, “no sentido da mediaçãojudicativo-decisória dos princípios jurídicos

⁸⁵ Idem, p. 16.

⁸⁶ Castanheira Neves. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 11.

⁸⁷ Idem, p. 28.

relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos a decisão jurisdicional”.⁸⁸

Contra a identificação positivístico-analítica do tradicional direito civil brasileiro, sistematizado no Código Civil de 1916, justifica-se então um argumento dos princípios⁸⁹ a que se recorre ou invoca para defender um novo modelo de interpretação jurídica.

Assinale-se, ainda, que os princípios, ao contrário dos valores, indicam sempre a direção de uma consequência jurídica,⁹⁰ precisando, para realizar-se, de concretização por meio de subprincípios e de valorações singulares com contudo material próprio.⁹¹ Eles não são normas. Não têm, por isso, aplicação imediata. Mas orientam o intérprete na sua tarefa de construir a norma adequada ao caso concreto. Fato inconteste é que a presença de elementos não-lógicos, como são os princípios e os valores do Código Civil, deve impedir que se continue aceitando a silogística dedutiva no processo de interpretação e realização do direito,⁹² e justifica um novo modelo de interpretação jurídica 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. Por isso também, outro modelo de interpretação jurídica devem seguir os intérpretes do Código, sob pena dele não realizar o seu espírito de inovação, permanecendo como um sistema formalmente vazio e materialmente insuficiente para a tarefa de construir o direito da sociedade contemporânea, pós-industrial ou pós-moderna.

⁸⁸ José Joaquim Gomes Canotilho. *A “principalização” da jurisprudência através da Constituição*, Revista de Processo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 98, p. 83.

⁸⁹ Castanheira Neves, p. 217.

⁹⁰ Claus-Wilhelm Canaris, p. 86

⁹¹ Idem, p. 91

⁹² L. Lombardi Vallauri. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè Editore, p. 278 ss.

Reafirma-se, portanto, que a inserção de princípios jurídicos e de cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro, e sua inovação nos tribunais superiores,⁹³ permite vislumbrar um novo endereço metodológico para a 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 ao próprio direito. Obtem-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo-legalista da modernidade, cujas principais coordenadas 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 (paradigma da aplicação), tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema,⁹⁴ para uma perspectiva capaz 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 e os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.⁹⁵ O novo Código Civil brasileiro pode vir a ser, se os juristas brasileiros compreenderem o sentido e o fundamento axiológico de suas disposições, o *iter* de passagem para a pós-modernidade no campo do direito civil, do que será prova a vigência do pensamento jurídico como razão prática, dotado de uma intenção axiológico-normativa, e o sentido de afirmação específica em concreto no processo decisório.

Em 1804 publicou-se o Código Civil francês, o primeiro das codificações modernas e um dos seus paradigmas, com grande

⁹³ Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, pgs.259, 265, 267, 271.

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

⁹⁵ Idem, *ibidem*.

influência nos subseqüentes Códigos da América Latina, inclusive o brasileiro de 1916. Era a mais sistematizada representação jurídica do individualismo liberal, institucionalizando as conquistas da Revolução Francesa. Seu modelo interpretativo era o da Escola da Exegese, caracterizada pela plenitude da lei escrita, a crença de que o direito nela se contém inteiramente, a idéia de que o jurista devia procurar extrair a vontade do legislador, e o método a adotar devia ser o lógico-dedutivo, tanto na aplicação concreta da lei quanto na própria interpretação. O Código Civil brasileiro de 1916 e o pensamento jurídico que se lhe seguiu, adotaram essa mesma escola, ainda que reveladas, no campo doutrinário, manifestações evolutivas, como acima já referido.

Decorridos duzentos anos, o Código Civil brasileiro de 2002 adota perspectivas diversas. Orienta-se não mais pelo individualismo liberal da sociedade industrial, mas pelo princípio, dentre outros, da socialidade, “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais”.⁹⁶ No que diz respeito à interpretação jurídica, o novo Código, seguindo o princípio da concretude, surge como elemento catalizador de radical mudança, passando do paradigma da aplicação, próprio do normativismo-positivista sempre cultivado, para uma outra perspectiva, a do paradigma jurisprudencialista, cujas principais coordenadas são o caso, como *prius* problemático, e os princípios jurídicos como *prius* fundamentante, a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática e como pensamento judicativo-decisório,⁹⁷ tudo isso a convocar os juristas, advogados e magistrados, para a tarefa, hercúlea sem dúvida, como requer Dworkin,⁹⁸ mas irrecusável para um direito civil que se quer vivente.

⁹⁶ Miguel Reale. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 7.

⁹⁷ Castanheira Neves, p. 94.

⁹⁸ Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 105.