

Objeto e método no direito civil brasileiro

Francisco Amaral*

Resumo: Com a inserção de princípios jurídicos e cláusulas gerais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código Civil de 2002 enriqueceu-se o quadro das fontes do direito e contribuiu-se para uma nova teoria jurídica, na medida em que se alterou o objeto e, conseqüentemente, o método de realização do direito, principalmente em matéria civil. Surgem, assim, condições para que se configure uma nova matriz científica e, conseqüentemente, um novo raciocínio jurídico, diverso do praticado na ciência jurídica tradicional, de índole normativista, no sentido de considerar o direito como norma ou conjunto de normas, e estas o ponto de partida do raciocínio jurídico para solução dos casos concretos. Com as novas fontes (princípios, cláusulas gerais), supera-se a interpretação meramente exegética do texto legal e o raciocínio lógico-dedutivo como processo de aplicação do direito, próprio do positivismo jurídico e típico do paradigma da modernidade, em prol de um novo modelo de raciocínio que tenha como ponto de partida, não a norma mas o problema, e que se desenvolva dialeticamente e orientada por princípios, de modo a configurar a substituição do pensamento sistemático dos últimos séculos por um novo modelo, o pensamento problemático.

Palavras-Chaves: Teoria do direito civil. Metodologia do direito civil. Princípios jurídicos. Pós-modernidade. Interpretação jurídica. Raciocínio jurídico.

Sumário: Introdução. O problema do objeto e do método no direito civil brasileiro. 1. A regra de direito. 2. O normativismo jurídico. 3. Os princípios jurídicos. 4. O método de realização do direito. O raciocínio jurídico.

Introdução. O problema do objeto e do método no direito civil brasileiro.

O direito é uma ciência prática. Dirige a atividade humana e soluciona os conflitos de interesses que surgem na vida social, realizando os valores fundamentais da justiça, da segurança e do bem comum. Para tal mister, orienta-se o jurista pelos elementos que formam o sistema jurídico, a saber, os princípios, as normas, a doutrina e a jurisprudência, que fornecem os critérios normativos para a solução apropriada.

Dentre os seus principais ramos destaca-se o direito civil, um saber e uma prática que se vêm desenvolvendo ao longo dos séculos, desde a invenção romana, reunindo as soluções criadas pelos juristas para resolver problemas

* Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor *honoris causa* das Universidades de Coimbra e Católica Portuguesa. Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

concretos pertinentes às pessoas, às famílias, aos bens, ao contrato e à sucessão patrimonial. É, assim, um direito de formação histórica e jurisprudencial, altamente desenvolvido em sua técnica e, por isso mesmo, o campo por excelência da formação jurídica.¹

O caráter científico do direito começou a configurar-se nos séculos XII e XIII com a obra dos glosadores² e dos pós-glosadores ou comentadores³, não obstante reconhecer-se que, a partir de Quinto Mucio Scevola (140 a.C. – 82 a.C), já se poderia falar, em Roma, de uma verdadeira e própria ciência do direito. Com o surgimento da universidade e a redescoberta do direito romano na Itália, desenvolve-se a ciência jurídica medieval, dedicada principalmente à atividade hermenêutica, isto é, à interpretação do *Corpus iuris*, o que teria dado ao direito o caráter de uma ciência apegada aos textos romanos e medievais. Ressalte-se, porém, a diferença entre glosadores e comentadores. Os primeiros faziam uma simples exegese do *Corpus*, enquanto que os segundos interpretavam-no de modo especulativo, introduzido na ciência jurídica a dialética aristotélica-tomista e a construção conceitual. De qualquer modo, essa atividade científica foi puramente hermenêutica, marcada pela fidelidade ao texto, levando ao reconhecimento da exegese como método jurídico interpretativo, que se mantém até hoje. Isso explica porque a ciência jurídica, à semelhança do seu modelo, a teologia, é considerada uma ciência dogmática.⁴ A partir do sec. XVI desenvolve-se o direito natural racionalista que, rompendo com a dogmática medieval, visava a simplificação do direito. Tomando por base o método dedutivo da geometria, defendia a redução do grande número de glosas e de comentários da jurisprudência medieval a uns poucos princípios ou postulados básicos, a partir dos quais, mediante o raciocínio lógico-dedutivo, se chegaria à solução dos casos jurídicos. A ciência jurídica passava a ser, assim, uma dogmática racionalista, que tem sido dominante desde o século XVII até agora, vinculando o seu paradigma dogmático ao método lógico-dedutivo ainda imperante no raciocínio jurídico contemporâneo.

Outra nota marcante desse espírito e desse tempo é o surgimento da idéia de sistema no direito, o que permitiria simplificar e reduzir o conteúdo do direito a pequeno número de princípios básicos, realizando-os por meio de

1 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio Carvalho. Lisboa, Editora Meridiano, Lda, 1972, p. 96.

2 Bulgarus, Martinus, Hugus e Jacobus.

3 Cino di Pistóia, Bártolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis.

4 GARCIA, Manuel Calvo. *Teoría del Derecho*. segunda edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p. 18.

um raciocínio lógico-dedutivo,⁵ e contribuindo ainda para a caracterização de uma época e de uma correlata matriz científica, o paradigma da modernidade ou da legalidade, assim chamado pelo predomínio da regra de direito. Surgida no âmbito da filosofia, e seguindo o modelo do raciocínio matemático, a idéia de sistema frutifica no campo do direito, levando ao movimento da codificação nos séculos XVIII e XIX, do que resultaram os códigos e as constituições. A codificação é também o ponto ou a fase culminante do processo de estatização do direito, no sentido de que, ao consolidar-se o Estado moderno, o direito passa a ser produto e instrumento do poder político.

Admitindo-se que seja uma ciência, “no sentido de um conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios”, o direito tem um objeto e um método.

Objeto da ciência do direito tem sido, tradicionalmente, a regra jurídica, sendo que atualmente novos protagonistas surgem nesse campo, os princípios e o próprio comportamento humano. Com o filósofo Emanuel Kant, na esteira de Christian Thomasius, firmou-se a ideia de que o objeto seria o fenômeno jurídico, mais precisamente a regra jurídica, tese dominante desde então e consagrada no século XX por Hans Kelsen.⁶ Essa tese fundamentava o paradigma da legalidade, pois baseada na concepção de que o direito é a lei. E o modelo de pensamento correspondente era o normativismo, expressão de uma racionalidade teórica, comum ao jusnaturalismo, ao positivismo e ao realismo jurídico, concepções filosóficas do direito hoje superadas.

Quanto ao método, podem-se distinguir três espécies, conforme a sua finalidade. Temos o método de elaboração das leis, a que se recorre no processo legislativo, o método da ciência do direito, que diz respeito à elaboração e exposição da dogmática jurídica, e o método de criação ou realização do direito nos casos concretos, este objeto imediato do nosso interesse.

O método de realização do Direito dominante nos últimos três séculos caracteriza-se pelo caráter exegético da interpretação jurídica, pelo recurso à subsunção como processo de aplicação do direito e pela crença da segurança jurídica como valor fundamental. Era, assim, expressão do pensamento sistemático, lógico-dedutivo e exegético, que tinha a norma como ponto de partida, o direito como sistema de normas e o pensamento jurídico referido a normas, com o objetivo de sua aplicação.⁷

5 Idem, p. 21.

6 Hans Kelsen. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

7 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 287.

Ocorre que, na segunda metade do século XX, significativas transformações na sociedade ocidental, por força da revolução científica e tecnológica,⁸ e também da globalização da economia, da rapidez da informação, implicaram novos problemas e novas concepções teóricas, abrindo o pensamento jurídico “ao mundo dos valores éticos e à própria realidade dos fatos” e pondo em crise os endereços teóricos consolidados, acima referidos. Tudo isso pôs em xeque não só os conceitos, noções e fundamentos da ciência jurídica, isto é, a dogmática vigente, como também, o conceito e a natureza da regra de direito e o método de sua realização, caracterizando a chamada crise da pós-modernidade. A tão propalada crise do direito nada mais é do que a crise dessa dogmática e a sua superação por uma nova concepção do direito, no seu objeto e na metodologia de sua realização.

A mais explícita conseqüência das transformações ocorridas no campo do direito positivo brasileiro são os dois diplomas legais que enriqueceram o ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas do século XX e na primeira do século XXI. Refiro-me à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “o estatuto jurídico da sociedade política” e ao Código Civil de 2002, “o estatuto jurídico da sociedade civil”. Ambos apresentam-se como sistemas, o que por si só indicaria a fidelidade do legislador ao pensamento sistemático, típico do paradigma da modernidade, a matriz científica que tem orientado o pensamento jurídico ocidental desde o século XVIII. A idéia de sistema é, aliás, a chave epistemológica para compreender-se não só o surgimento dos códigos e das constituições no direito ocidental, com exceção do direito anglo-saxônico, que não a seguiu, como também as modificações que neles se introduziram no curso do tempo. Embora fiéis à idéia de sistema, Constituição e Código apresentam-se, porém, de modo inovador, dotados de princípios gerais, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, o que os torna um sistema aberto e flexível e, portanto, aptos a enfrentar os desafios da sociedade brasileira contemporânea, tanto no plano político, como é o caso da Constituição, como no campo das relações jurídicas de natureza civil, matéria do Código Civil.

Efeito imediato dessa mudança legislativa, que podemos considerar paradigmática, é a possibilidade de configurar-se uma nova matriz teórico-científica no pensamento jurídico brasileiro, a merecer especial atenção da parte dos juristas nacionais, particularmente no que diz respeito ao problema filosófico-jurídico da realização prática do direito, principalmente o civil. Suas normas são muito mais preceptivas que as de natureza constitucional e

8 Cfr. LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não Sofrer Discriminação Genética: Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.

por isso mesmo suscetíveis de mais problemas no processo de sua realização prática. Convém, por isso, que os juristas brasileiros se apercebam da existência de um novo pensamento jurídico, diverso do normativismo imperante em nosso meio por força da influência sedutora do positivismo jurídico e do jusnaturalismo dominantes desde a primeira codificação civil. Como já registrado, a existência de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados tornam a Constituição e o Código um sistema flexível, a exigir uma nova metodologia da realização do direito, diversa da que caracterizava o pensamento da modernidade. O ponto de partida não seria a norma jurídica, mas o próprio problema, deixando a interpretação de ser a tradicional atividade de exegese, anterior à aplicação da regra, para transformar-se em uma atividade criadora da norma de direito adequada. O raciocínio lógico-dedutivo, tão caro ao pensamento sistemático da época das primeiras codificações, “*more geometrico*” e matemático, deve sim, substituir-se por um raciocínio dialético, argumentativo, que busque convencer na realização do valor da justiça, e não mais da simples segurança.

Justifica-se, portanto, que nas justas efemérides dos oitenta anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, a par das celebrações da capacidade e do mérito de seus fundadores, docentes, discentes e servidores administrativos, que criaram o curso e o consolidaram, se publique este livro, “Temas atuais do direito”, testemunho e registro da justa reflexão de seus professores e de colegas especialmente convidados, sobre o pensamento jurídico brasileiro contemporâneo, seu objeto e seu método.

É precisamente com esse espírito que se desenvolve esta modesta reflexão, em singela homenagem aos que contribuíram para o sucesso do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

1. A regra de direito.

As regras de direito são enunciados que contêm instruções ou prescrições, orientando o comportamento da pessoa na vida social. Mais especificamente, podemos considerar as regras, ou normas jurídicas, como normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou por ele têm sua realização garantida.⁹ Sua existência deve-se à necessidade de uma ordem que garanta a vida em sociedade, orientando o comportamento humano e evitando ou resolvendo, conflitos de interesses. Seu objeto é, portanto, o comportamento das pessoas e dos grupos. Sob o ponto de vista formal, as normas jurídicas apresentam-se como proposições, conjuntos de palavras com significado pró-

9 Cfr. AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 7ª edição. Rio de Janeiro, Renovar. 2008, p. 95 e seguintes.

prio e específico que prescrevem um determinado tipo de comportamento ou de organização social, reconhecendo direitos e deveres e orientando o comportamento dos indivíduos ou dos grupos. Sua finalidade é, assim, diretiva e preceptiva, e seu conteúdo são ordens, diretrizes, autorizações, definições, conforme seja uma proposição imperativa, permissiva, atributiva ou meramente auxiliadora.

Sobre a essência da norma jurídica, para uns é comando ou imperativo, de acordo com a concepção de que o direito é produto exclusivo do Estado, ou de quem detém o poder soberano. Temos aqui um monismo jurídico, pois só se considera direito positivo o que for criado pelo Estado, o que se liga a determinada fase da história político-jurídica, a dos séculos XVII e XVIII, quando surgiu a idéia de Estado Nacional. Para outros, que rejeitam a idéia da norma como comando ou imperativo, a norma seria expressão de um juízo hipotético. A norma não seria comando, mas juízo objetivo de natureza hipotética, que estabelece um nexó de causalidade entre uma condição de aplicação, ou hipótese de um fato, e uma conseqüência (a sanção). Para terceira concepção, a norma jurídica tem, simultaneamente, caráter hipotético e categórico. Hipotético porque a realização do preceito jurídico depende de verificar-se uma determinada hipótese de fato nele prevista. Categórico, no sentido de que prescreve um determinado comportamento de modo incondicional. Concepção mais recente ainda vê a norma jurídica como proposição lingüística, de função prescritiva ou normativa, o que ressalta a importância da linguagem no direito. A norma jurídica seria uma proposição prescritiva que, aconselhando, comandando ou advertindo, influi no comportamento das pessoas.

Qualquer que seja o entendimento acerca da natureza da regra jurídica, certo é que ela traduz uma prescrição, um modelo de comportamento ou de organização que, por sua vez, representa valores ou fins a atingir, podendo ser considerada uma regra de motivação social.

Quanto à sua estrutura, a norma jurídica forma-se de dois elementos relacionados entre si, um sendo a condição do outro: a *condição de aplicação*, ou hipótese de fato, significando previsão de ocorrência de fato hipoteticamente previsto, e o *dispositivo* ou *preceito*, que é a *conseqüência jurídica* estabelecida para o caso de verificar-se a hipótese. Se ocorre *A*, verifica-se *B*. A hipótese de fato é marcada por grande abstração e generalidade. Abstração, no sentido de compreender um grande número de acontecimentos, e generalidade, um grande número de pessoas que podem participar desses eventos. A conseqüência jurídica é a resposta do direito à ocorrência de determinado fato, previsto na hipótese normativa, e traduz a valoração que o grupo social dá a esse fato.

Significativa inovação do Código Civil de 2002 é o enriquecimento de seu sistema normativo com a inserção de variados princípios e regras jurídicas de genérica atuação, as chamadas cláusulas gerais. Significativa porque exprime um novo pensamento jurídico, pós-positivista, diverso do que orientou a codificação de 1916, contribuindo assim para a reabilitação do direito como ciência prática e realçando a importância da doutrina e a responsabilidade do intérprete na realização do direito. Cláusulas gerais são proposições normativas cuja hipótese de fato, em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora. Diferem das regras jurídicas pelo fato de estas contarem com uma estrutura mais precisa, menos vaga. Apresentam certa indeterminação na hipótese de fato, e por isso elas só se compreendem em cotejo com outras realidades normativas. Seriam, assim, regras incompletas, que se concretizam no âmbito dos programas normativos de outras disposições. A função das cláusulas gerais seria a de “permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico”, estando presentes nas Constituições, nos Códigos, nas leis especiais, na doutrina, na jurisprudência. No Código Civil brasileiro, são exemplo de cláusulas gerais os dispositivos que se referem à boa-fé, aos bons costumes ao exercício abusivo de direito subjetivo, aos usos do lugar, à equidade, à função social do contrato, à reparação de danos decorrentes de culpa ou risco. A valorização das cláusulas gerais leva a maior contribuição pessoal do intérprete, conseqüentemente, ao reconhecimento de maior poder ao juiz. Isso explica que o interesse doutrinário nesta matéria se tenha desenvolvido somente a partir dos anos sessenta do século XX, quando a crise do positivismo legalista, com a superação dos seus mitos (a divisão dos poderes, a natureza exegética da interpretação jurídica, a limitação do intérprete ao mecanismo de subsunção, a crença na completude da lei e conseqüente ausência de lacunas, a proibição de hetero-integração do sistema com o recurso a fontes extralegais, e ainda a adoração da lei como fonte suprema do direito), permitiu reconhecer a importância das cláusulas gerais e o alargamento da teoria das fontes com a sua inclusão, juntamente com os princípios, no sistema normativo.

A par das normas jurídicas configuram-se os princípios, os valores, e o próprio comportamento social (relações jurídicas) como objeto do direito, em um movimento de crítica às concepções filosóficas tradicionais, o que implica, também, no campo da realização prática do direito, uma nova metodologia, que supere o método jurídico tradicional, típico do pensamento normativista e sistemático, por um novo método que desenvolva por meio de um raciocínio problemático, axiológico e dialético (retórico-argumentativo). Uma verdadeira revolução copernicana.

2. O normativismo jurídico.

Dá-se o nome de normativismo ao pensamento jurídico baseado na concepção de que o direito compõe-se essencialmente de normas,¹⁰ e o conceito de norma é o conceito central do direito. Essa ideia tem sido dominante nos últimos três séculos no universo jurídico ocidental, e corresponde às exigências do pensamento jurídico-científico da modernidade, historicamente marcado pela racionalização da vida jurídica e pelo desenvolvimento do pensamento sistemático. Para os juristas normativistas, pensar juridicamente é raciocinar por meio de normas, pelo que a representação mental do direito se torna rigorosamente normativista. O direito consistiria essencialmente em um conjunto de regras, que se apresenta sob a forma de sistema, do que resulta a sua unidade, coerência e plenitude (ausência de lacunas), o que lhe permitiria responder a todas as questões jurídicas. Sob o ponto de vista metodológico, as decisões judiciais obtêm-se, assim, de modo lógico-dedutivo, isto é, segundo o esquema do silogismo. Disso resulta considerar-se a atividade judicial como essencialmente lógico-dedutiva, limitado o juiz a atuar de modo meramente declarativo, e a ciência do direito, a uma dogmática ou uma simples exegese, na qual a interpretação consistiria em descobrir o significado de um texto ou a vontade subjetiva de seu autor, não havendo espaço para qualquer discricionariedade do intérprete.

O normativismo defende também que o Estado tenha o monopólio da criação jurídica. Só os legisladores, não os tribunais, podem criar direito, como consequência da divisão dos poderes própria do Estado liberal, o poder legislativo, o poder judiciário e o poder executivo, responsáveis, respectivamente, pela gênese, aplicação e execução das regras de direito. Ao legislador compete criar o direito, e ao juiz a sua aplicação. Considera-se ainda que o verdadeiro direito consiste em regras gerais, não sendo de admitir-se concepções valorativas do fenômeno jurídico nem o recurso a fontes supra-positivas, como princípios, costumes, equidade. Sob o ponto de vista axiológico, a segurança jurídica, que leva à certeza e à previsibilidade, é o principal valor, em detrimento da justiça e do bem comum.

Qualquer que seja o entendimento adotado, certo é que o normativismo representa a concepção jurídico-doutrinária mais difundida no século XX e a mais desenvolvida sob o ponto de vista teórico.¹¹

10 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O jurisprudencialismo-proposta de uma reconstrução crítica do sentido do direito*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, Coimbra Editora, maio-junho de 2009, p. 239. AMARAL, Francisco. *Normativismo*. Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2006, p. 608.

11 ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2001, p. 286.

Acontece, porém, que o advento da sociedade contemporânea, complexa, pluralista, dominada pela ciência e a tecnologia, traz consigo problemas diversos, para os quais o direito da sociedade moderna, que o recebemos pré-constituído, não tem as necessárias respostas. Isso implica nova postura metodológica no que diz respeito ao processo de realização do direito, não mais se admitindo o tradicional processo de interpretação exegético da lei nem a aplicação da lei pelo silogismo de subsunção, como era próprio do pensamento legalista da modernidade. Impõe-se, portanto, a crítica e o reconhecimento da superação do normativismo, na sua perspectiva geral.

O normativismo enfrenta hoje crescentes críticas que apontam para a sua superação, não obstante sua histórica importância no campo das concepções do direito, pois tem sido a perspectiva dominante no pensamento jurídico dos últimos séculos. Essa contestação deve-se, principalmente, ao fato de seus defensores considerarem o direito como uma realidade pré-constituída e objetivada, externa ao sujeito, cujo comportamento é chamado a regular, descurando da dimensão prática do direito, pois prescinde da intervenção criativa do intérprete. A crítica condena ainda a sua desvinculação da realidade histórico-social, e a sua “inadequação metodológica” no que diz respeito ao problema da realização do direito, pelo raciocínio lógico-dedutivo.

Contribuíram também para essa oposição, outras correntes do pensamento jurídico, tais como os movimentos da livre investigação científica, de François Géný, da “escola do direito livre”, da “jurisprudência dos interesses”, da “jurisprudência sociológica”, da “jurisprudência dos valores”, do culturalismo jurídico e da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale etc, que consideram a norma como elemento importante, porém não fundamental da ordem jurídica.

No que diz respeito à metodologia da realização do direito, a crítica dirige-se à sua teoria da interpretação da lei, basicamente exegética, e ao seu processo típico de aplicação do direito por meio do silogismo de subsunção.

Nesse processo de crítica e revisão, duas idéias se destacam: a primeira é a de que o direito existe para realizar-se, e só na sua realização adquire sua própria existência. A segunda é a de que o direito não se encontra todo nas regras previamente estabelecidas ou positivadas, nem sua realização se esgota na simples aplicação dessas regras, como defendia o pensamento sistemático do normativismo. A realização do direito pressupõe uma criativa atuação do intérprete que tem, como ponto de partida, o caso, o problema, e como resultante, uma concreta decisão jurídica, fundamentada em normas ou em princípios.

3. Os princípios jurídicos.

A necessidade de reconstrução da ordem jurídica e econômica européia, logo após o término da segunda guerra mundial, fez com que os juristas das principais nações derrotadas, a Itália e a Alemanha, recorressem a princípios jurídicos para a edificação da sua nova ordem jurídica, incorporando-os aos seus respectivos textos constitucionais. Esses princípios traduziam a abertura do direito para os valores ético-políticos e para a nova realidade dos fatos, representando um pensamento jurídico axiológico e antipositivista.

Nessa matéria, inovadora e até revolucionária nas alterações que provoca no raciocínio jurídico, um de seus principais corifeus foi o jurista Ronald Dworkin, professor da Universidade de Oxford e um dos principais representantes da filosofia anglo-saxônica. Suas afirmações têm causado grande impacto na filosofia jurídica atual.

Dworkin defende uma teoria do direito que não exclua a contribuição da moral e da filosofia. Constitui-se, assim, em ponto de partida para a crítica do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista. Ele começa por estabelecer uma distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios. As normas se aplicam ou não se aplicam. As diretrizes referem-se a objetivos sociais, que devem ser alcançados por serem benéficos e, por isso mesmo, de interesse geral. Os princípios dizem respeito à justiça e à equidade. E na realização do direito, reconhecendo “que a teoria e a filosofia jurídica européia tem-se caracterizado por seu academicismo e por seu método da abstração generalizante, esse pensador, seguindo antiga tradição americana, parte de problemas concretos” para os quais os princípios dão razões para decidir, fundamentando a norma que o jurista criar para o caso.¹²

Em nosso país, podemos considerar que foi com o advento da Constituição da República e o Código Civil que os princípios jurídicos passaram a ter o merecido destaque, como objeto da ciência jurídica, sendo hoje crescente o interesse da doutrina, que os vê como novos protagonistas do quadro das fontes de direito e do raciocínio jurídico, a justificar uma revisão dos temas tradicionais da ciência do direito.¹³ Sua presença no sistema normativo contribuiu para modificar uma das tradicionais convicções jurídicas, segundo a qual as regras jurídicas estão já completamente estabelecidas antes do processo interpretativo, limitando-se o juiz a descobrir a que for regra apropriada para

12 CASALMIGLIA, A. “*Ensayo sobre Dworkin*”. Prólogo a “Los derechos em serio”, de Ronald Dworkin. Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 9.

13 VIOLA, Francesco / ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*. Roma-Bari, Editori Laterza, 2000, p. 366.

o caso concreto. Para esse pensamento, sob a influência, ainda, do positivismo-normativista, o direito é, somente, um sistema de normas, e estas, o seu elemento fundamental.

Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica.¹⁴

São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios.

Dado o seu caráter indeterminado, os princípios são de difícil conceituação, donde a necessária referência às suas concretizações, como, por exemplo, o princípio da autonomia privada, o da boa fé, o da confiança, o do consensualismo, o da força obrigatória do contrato etc. Ocupam um posto intermediário entre o valor e o conceito, aquele mais genérico e abstrato, este já uma definição.

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 encontrar. Por exemplo, a Constituição Federal, no seu art. 227, p. 6^o, ao estabelecer a igualdade dos filhos, já se constitui no “primeiro passo para a criação da norma jurídica adequada a eventual questão envolvendo pretensões de filhos havidos dentro e fora do matrimônio”. Diferem também das normas jurídicas porque não têm a estrutura típica delas, a hipótese de fato e o dispositivo ou consequência jurídica. Não podem, assim, constituir-se em premissa maior de um silogismo de subsunção. Podem, todavia, adquirir natureza normativa, se expressos em texto legal ou reconhecidos pela jurisprudência.

Esses princípios podem distinguir-se em princípios constitucionais e princípios institucionais, conforme integrem a ordem jurídica superior da Constituição da República ou, em plano inferior, 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. Podem classificar-se, também, em princípios explícitos e princípios implícitos, os primeiros formulados claramente no ordenamento jurídico, os segundos, extraídos de um ou mais preceitos do ordenamento. No Código Civil, por exemplo, são explícitos os princípios da *boa-fé*, da *responsabilidade patrimonial*, da *função social do contrato* e da *propriedade*, da *igualdade*

14 FLOREZ-VALDÉS, op. cit. p. 119.

de dos cônjuges e o da igualdade dos filhos. São implícitos os princípios da socialidade, da eticidade e o da operabilidade ou concretude,¹⁵ segundo os quais, na realização do direito devem prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana;¹⁶ deve o titular de direitos subjetivos observar, no seu exercício, os respectivos limites intrínsecos, deve-se dar maior importância aos critérios éticos-jurídicos do que aos critérios lógico-formais; no processo de realização do direito, a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance das regras, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto, e apresentando-se as regras de direito como proposições lingüísticas de carácter geral, é a partir do seu texto que o intérprete deve construir uma norma-decisão concreta e específica para o caso em tela.¹⁷ De igual modo, deve o legislador ter em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.

Esses princípios têm, além da função normal e tradicionalmente reconhecida, de orientar a interpretação e a integração das regras jurídicas em caso de lacunas da lei, a função de dirigir o trabalho do legislador na sua atividade de formalizar, juridicamente, os preceitos legais e ainda, a função de orientar o intérprete na tarefa de construir as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que porventura se apresentem, e que não tenham, no quadro sistemático e regulamentar, uma *fatispecie* determinada. Os princípios jurídicos têm, assim, uma função *metodológica*, quando se usam para orientar o conhecimento e interpretação criativa das normas; uma função *ontológica* quando se constituem em fonte de direito (LICC, art 4º), e uma função *axiológica* quando exprimem valores fundamentais que inspiram e legitimam o direito positivo (justiça, segurança, bem comum etc).

A incidência desses princípios e a profusão de inúmeras cláusulas gerais flexibilizam a ordem jurídica do Código e favorecem o processo de jurisdicização que vem marcando a sociedade pós-industrial, e que se traduz na crescente importância e responsabilidade do juiz e dos juristas que, à semelhança de Hércules, devem reunir extraordinárias faculdades de conhecimento e de juízo¹⁸ para formular novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta aos problemas da sociedade contemporânea.

15 REALE, Miguel. *O Projeto de novo Código Civil*. cit, 7 ss.

16 REALE, Miguel. op. cit. p. 7.

17 MULLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Tradução francesa de Juristisches Methodik. Berib:1993, por Olivier Jouanjan. Paris, P.U.F., 1996, p. 223.

18 DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Londres, Gerald Duckworth & Co.Ltd., 1977, p. 105 ss.

Os princípios de que estamos tratando diferem dos princípios gerais de direito, princípios extra-sistemáticos, de natureza moral e política, de grande relevância, porém destituídos da validade jurídica, pois destituídos de mecanismos que tornem possível sua identificação como dever jurídico.¹⁹ São valores não-expressos em lei, nem sob a forma de costumes, que se utilizam para o preenchimento de lacunas, e dos quais nos servimos para realizar a tarefa de interpretar o direito.

4. O método de realização do direito. O raciocínio jurídico.

Como já referido acima, os princípios têm, entre outras, uma função metodológica. Orientam na realização do direito, contribuindo para a criação da norma apropriada à solução do caso concreto que se oferece ao jurista. Normas e princípios são, assim, elementos determinantes no processo de criação jurídica, aqui entendido como um processo técnico de elaboração da norma adequada à solução de um problema concreto, processo esse que se desenvolve por meio de um raciocínio típico do direito. Entra-se, assim, no campo da metodologia do direito, considera-se aqui o *pensamento jurídico* como um *pensamento prático*, pois seu objeto é a *decisão concreta*, por meio de diretivas ou modelos jurídicos (normas e princípios) que proporcionem e justifiquem a resolução correta de problemas.²⁰

A metodologia jurídica tem por objetivo estudar a produção de regras e textos jurídicos (*metodologia da arte de legislar*), ou a gênese científica do direito, compreendendo princípios, conceitos e sistemas (*metodologia da ciência do direito*) e a *realização do direito*, criando a norma apropriada ao caso concreto. Esta distingue-se da *aplicação*, mero procedimento de conexão silogística dos fatos com as regras jurídicas. A metodologia da realização ou determinação do direito estudaria, portanto, os procedimentos com que se decidem os casos jurídicos, questões jurídicas concretas,²¹ determinando-se o que é justo.

O problema metodológico da realização do direito assume, portanto, dimensão relevante no pensamento jurídico, porque este pensamento está em crise, superado que foi o modelo sistemático, conceitual e positivista da época moderna (séc. XIX), ainda hoje dominante, em alguns setores.

O método jurídico tradicional tem sido o lógico-dedutivo, por influência de três parâmetros fundamentais: o caráter exegético da atividade técnica

19 GARCIA, Manuel Calvo. p.115.

20 CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, vol. 2, p. 260.

21 Idem. *Metodologia do Direito. Problemas Fundamentais*. p. 18 e 26.

dos juristas, a concepção da aplicação do direito como um procedimento de subsunção e a consideração da segurança jurídica como valor fundamento desse processo de aplicação.²² Os juristas não criavam direito, seu trabalho limitava-se a interpretar o direito positivo vigente. Concebia-se a aplicação do direito como um procedimento destinado a especificar o significado abstrato e geral de uma norma jurídica em face do caso concreto a resolver, segundo o esquema da subsunção do fato na hipótese ou condição da regra a aplicar. Esse método lógico-dedutivo da concepção tradicional contempla também o ideal de certeza que caracteriza o paradigma dogmático da ciência do direito na modernidade.²³

Constata-se desse modo que, para a perspectiva normativista do direito, o raciocínio jurídico é uma atividade lógico-dedutiva (a subsunção do caso concreto da vida à lei), que se desenvolve por meio de um silogismo em que a premissa maior é a regra de direito, a menor é o fato concreto da vida, e a conclusão, a sentença do juiz. Nessa perspectiva confrontam-se ainda duas concepções, cuja referência se impõe, para melhor entendimento da mudança ocorrida na realização do direito. Na primeira, clássica, própria do paradigma da modernidade ou da legalidade, distingue-se a *criação do direito*, que competiria ao poder Legislativo, da *aplicação do direito*, atribuída ao poder Judiciário. Esta realizar-se-ia por meio de um silogismo, no qual a premissa maior seria a regra legal; a premissa menor, o fato fixado pelo juiz; e a sentença, uma conclusão automática. O juiz seria apenas a boca a pronunciar as palavras da lei. Para outra concepção, mais atual, inexistente oposição entre *criação* e *aplicação* do direito. Esta seria uma determinação jurídica, de acordo com os textos legais. No caso de “aplicação” do direito, o raciocínio dedutivo desenvolver-se-ia, portanto, por meio do silogismo jurídico, pelo qual se passa da norma geral e abstrata ao caso concreto.²⁴ ²⁵ Para a concepção tradicional, portanto, o trabalho do intérprete consistiria em transportar para o caso particular a decisão que o dispositivo contém em abstrato, o que depende de se verificar a circunstância para a qual o legislador criou a norma. Aplicar o direito seria, assim, encaixar o caso da vida real na hipótese legal (*Tatbestand, fattispecie*), a previsão que a norma contém, do que logicamente decorre a consequência jurídica. Ocorre que a concepção silogística do raciocínio jurídico serve apenas para as exposições mais elementares. É raro que o raciocínio jurídico possa conduzir-se, assim, de modo tão simples, como nas de-

22 GARCIA, Manuel Calvo. p. 147.

23 Idem, p. 148.

24 CORNU, Gérard. *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*. 11e. Édition. Paris, Editions Montchrestien, 2003, p. 85.

25 LARENZ. p. 126.

monstrações matemáticas. A vida real é muito mais complexa do que o direito pode prever, exigindo outra lógica específica, a chamada lógica dialética ou lógica da argumentação, que opõe ao pensamento baseado na idéia de sistema, o pensamento problemático, ou tópica, que é uma técnica de pensamento por problemas. Contesta-se, assim, que a sentença seja um mero silogismo.²⁶

O raciocínio dedutivo da lógica jurídica tradicional nasceu com o positivismo, que acentuou o aspecto sistemático e o pensamento axiomático-dedutivo do direito no raciocínio judicial. “As regras de direito seriam deduzidas dos princípios gerais dos sistemas jurídicos e as decisões judiciais seriam deduzidas das regras jurídicas por uma série de silogismos sucessivos.” Os abusos e os limites da lógica formal, denunciados, porém, desde o começo do século XX por François Geny,²⁷ levaram à tendência, hoje crescente, de ver no raciocínio jurídico um processo da lógica dialética ou da argumentação, em que a lógica é utilizada, não para demonstrar, mas para convencer. A lógica desempenha, assim, importante papel na decisão judiciária, que surge como efeito de um raciocínio dialético, que leva a conhecer como o juiz chega à sua decisão. Contesta-se, assim, a concepção tradicional segundo a qual “existe a nosso dispor uma ordem jurídica pronta e acabada, e que o juiz não teria mais do que aplicá-la ao caso concreto, para dela deduzir, por subsunção, a decisão concreta”. O intérprete, o juiz, o advogado, orientado por princípios e regras, é quem determina a norma jurídica adequada à solução do problema. A norma não a encontra já estabelecida, é preciso determiná-la. Nisto consiste o processo criador do jurista intérprete. Nesse processo têm hoje destacado papel os princípios jurídicos. Sua inserção na Constituição da República e no Código Civil como elementos fundamentais do sistema, ao lado das normas jurídicas, fez crescer a sua importância no raciocínio jurídico, que caracteriza-se hoje como *problemático*, no sentido de que se desenvolve em função de um caso concreto, um problema, que deve ser solucionado pelo intérprete, *prático*, no sentido de que se desenvolve em função de uma atividade humana; *axiológico*, por fundamentar-se em princípios; e ser essencialmente *dialético* (retórico), no sentido de que se desenvolve a partir de “opiniões geralmente admitidas”, sendo o trabalho do intérprete muito mais de invenção do que de demonstração.^{28 29} Para concluir, deve assinalar-se que a tendência atual, embora reconheça a importância da lógica formal no raciocínio jurídico, é para

26 DIEZ-PICAZO. p. 215

27 GÉNY, François. *Methodo d'interpretation et sources en droit privé positif*. I. Paris, 1954.

28 PERELMAN, Chaim. *La logica juridica y la nueva retorica*. Trad. de Luis Diez-Picazo. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1979, p. 114.

29 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p. 90.

combater “a concepção mecânica do silogismo”, aceitando a contribuição da lógica dialética ou lógica de argumentação, que contesta uma aplicação rígida e inflexível das leis, respeitando a dupla exigência do direito: uma de ordem sistemática, que é a criação de uma ordem coerente e unitária; e outra de ordem pragmática, que é a busca de soluções ideologicamente aceitáveis e socialmente justas. Do paradigma da aplicação, próprio do pensamento jurídico da modernidade, que tinha como coordenadas a norma como *prius*, e o direito como sistema de normas dedutivamente aplicáveis, passa-se ao paradigma jurisprudencial, da pós-modernidade, no qual o ponto de partida do raciocínio jurídico é o caso, o problema concreto; os princípios e as normas, o fundamento; e a decisão concreta, uma autônoma constituição normativa, tudo isso a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática.