

# Direito Civil brasileiro contemporâneo e as normas jurídicas transterritoriais: novas problematizações para um “código de princípios”

Luiz Edson Fachin\*

**Sumário:** 1. Registro preambular; 2. A força jurídica dos princípios no Direito Civil Contemporâneo; 2.1. Teoria Sistêmica; 2.2. Teoria dos Princípios; 2.3. Direito Civil Constitucional; 3. A desterritorialização do direito privado e a principiologia sem fronteiras; 3.1. Princípios singulares e universais; 3.2. A função nuclear da dignidade da pessoa humana; 4. A natureza dúplice dos contratos: entre o sujeito de necessidades e a “Lex Mercatoria”; 4.1. Trânsito Jurídico e hiperconsumismo; 4.2. Lucro e direitos: problematizando paradoxos; 5. A superação do conceito de Código: os princípios como elemento anti-formalista do Direito Civil; 5.1. Perspectivas de uma codificação principiológica; 5.2. A codificação como *processo*; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

## 1. Registro preambular

O presente texto é um singelo ensaio interdisciplinar de reflexão a propósito de um debate em curso. E assim o explicamos, como segue:

O Direito Civil contemporâneo – nossa instância de exame – tem a árdua tarefa de captar as transformações sociais que ocorrem ao seu entorno, evitando o encastelamento e a reprodução acrítica de definições e abstrações que não ofereçam resposta às crescentes exigências sociais. Nessa busca incessante pela adequação do Direito à sociedade, como uma das possíveis propostas, não raro vem à cena a ideia de se elaborar um *código latino-americano de princípios contratuais*.

O conceito de codificação, entretanto, de há muito, encontra-se em debate aberto no Direito Civil. Fato é, entretanto, que uma codificação internacional

---

\* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná), Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); atuou como colaborador no Senado Federal na elaboração do novo Código Civil brasileiro; membro da Associação *Andrès Bello* de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.

de princípios contratuais não pode se dar sob um prisma estritamente sistêmico de Direito, cuja forma sintetiza o conteúdo e este se reduz à fossilizada interpretação literal dos dispositivos nele cravados.

Pensar, assim, o Direito sob uma perspectiva crítica é algo essencial e necessário à operabilidade e à estruturação de um projeto de codificação principiológica privada transnacional.

## 2. A força jurídica dos princípios no Direito Civil Contemporâneo

Dada a crucial importância dos princípios à construção de uma ordem legal preocupada em oferecer respostas justas, tempestivas e adequadas às questões de fato que lhe são apresentadas, investigar-se-á a importância jurídica dos princípios no Direito Civil contemporâneo, visando não só à aeração da doutrina privatista, mas à concreção *material* dos direitos fundamentais envolvidos na relação contratual *in concreto*.

Frente ao espaço de que dispomos, impossível seria uma incursão, ainda que breve, à principiologia clássica, cuja expressão reverbera autores como Anaximandro, Platão e Aristóteles. Igualmente necessário se faz o recorte epistemológico na própria doutrina moderna, que concentra autores importantes, como Kant, Esser e Canaris. Desta forma, restringiremos nossa investigação apenas à *Teoria Sistêmica* e àquilo que se convencionou chamar de *Teoria dos Princípios*.

### 2.1. Teoria Sistêmica

Tércio Sampaio Ferraz Jr., notadamente influenciado pela teoria luhmaniana, partiu do anseio de Emil Lask de *integração* do Direito para traçar a importância da *sistematização* da Ciência Jurídica, que tem na globalidade o seu fim último. Segundo o jurista do Largo São Francisco, o *sistema jurídico* fundar-se-ia sobre (a) o repertório de elementos que o integram; (b) a estrutura que o organiza; e (c) a unidade que lhe confere coerência interna<sup>1</sup>.

Destarte, dentro desta filosofia, os princípios são pensados intra-sistemicamente, conferindo ao sistema jurídico o aporte, a unidade e a coerência necessários, de forma que todas as demais regras (elementos) estruturar-se-iam sobre eles. Os princípios, entretanto, segundo esta teoria, apesar de serem considerados sistemicamente basilares, não são passíveis de alterar a significação da norma aplicável ao caso concreto. Trata-se, estritamente, de uma relação entre normas, que têm cargas axiológicas distintas e se relacionam

1 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

apenas abstratamente; daí por que *violar um princípio seria mais grave do que violar uma norma*<sup>2</sup>.

Ademais, verifica-se que, até então, os princípios eram gênero distinto das normas, sendo dotados de *maior abstração e indeterminabilidade*, o que lhes atribuíam *caráter de fundamentalidade* dentro do sistema jurídico, sintetizando em si aquilo que Karl Larenz definiu como sendo o *ideal de direito*<sup>3</sup>.

Entretanto, com a *virada hermenêutica* do final da década de 1970<sup>4</sup>, marcada pela valorização da Filosofia do Direito, conferiu-se abertura semântica ao Direito, passando-se a valorizar a *heterogeneidade* social, a força criativa dos fatos e o pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se revelou possível pela reestruturação da concepção dos *princípios*.

## 2.2. Teoria dos Princípios

Nesse momento, essencial se faz a menção à teorização de Ronald Dworkin, tomado aqui como marco teórico inicial da *Teoria dos Princípios*. O referido autor, inicialmente preocupado em traçar uma crítica ao positivismo sistêmico (*general attack on Positivism*)<sup>5</sup>, classificou as normas como gênero do qual derivam as espécies *princípios e regras*. Segundo Dworkin, as regras seriam aplicáveis segundo o método do *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) – sendo válida, a regra seria aplicável, do contrário, não –, enquanto que os princípios necessitariam de um método de *ponderação*, segundo o qual seria necessário avaliar o *peso* dos princípios colidentes (*dimention of weight*) para aplicá-los corretamente. Neste caso, os princípios em choque seriam igualmente válidos, encontrando-se, entretanto, em estado de *concorrência*, o que ensejaria a sua *ponderação* segundo o *peso* de cada um deles dentro do ordenamento jurídico<sup>6</sup>.

Amparado em alguma medida nas teorizações de Dworkin, Robert Alexy desenvolveu importantes contribuições à *Teoria dos Princípios*. Segundo ele, os princípios seriam verdadeiros *mandados de otimização*<sup>7</sup>, os quais deveriam

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674.

4 BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 395.

5 DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*, New York: Oxford University Press, 1977, p. 43.

6 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

7 ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*. In: *Doxa* n. 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988. p. 139-151.

atuar conjunta e paralelamente às regras, de forma a concretizar, por meio delas, sempre que possível, as suas finalidades intrínsecas, podendo, assim, variar de acordo com as vicissitudes do caso concreto. Vale mencionar que, para Alexy, regras são necessárias, haja vista o modelo exclusivamente principiológico (*Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduzir à inoperabilidade prática do próprio ordenamento, que seria incapaz de concretizar *in casu* aquilo que ele próprio propõe<sup>8</sup>.

Dworkin possibilitou a abertura semântica do Direito ao aceitar que os próprios princípios que lhe dão fundamento também podem entrar em choque, devendo-se ponderá-los. Essa teoria teve evidente impacto sobre todo o constitucionalismo, não só anglo-saxão, mas mundial. Alexy, por sua vez, não apenas possibilitou que essa importância fosse absorvida pelos sistemas mais legalistas, mais pautados em regras do que em princípios, mas teve o principal mérito de aproximar os princípios das questões de fato, conferindo-lhes a devida importância na apreciação de cada caso concreto, promovendo, com isso, verdadeira “ressignificação” do modo de pensar o Direito.

Em suma, passou-se a perceber o Direito a partir de um olhar *pós-positivista*, cujo objetivo é, segundo Alberto Calsamiglia, superar o estritamente teórico em prol de um entendimento mais *afinado* com o viver contemporâneo<sup>9</sup>.

A crescente importância da filosofia e a vertiginosa valorização dos princípios, assim, não tardaram a correr a doutrina civilista e a rapidamente ganhar força e voz, cuja mais expressiva talvez seja a de Pietro Perlingieri. Dentro do Direito Civil, não seria exagero considerar essa reviravolta epistemológica verdadeira *Virada de Copérnico*.

### 2.3. Direito Civil Constitucional

Impende aqui apenas sumariar algumas idéias.

Perlingieri foi um dos precursores da intitulada *constitucionalização do direito civil*, que buscou nos princípios e valores constitucionais, democraticamente erigidos, a (re)significação dos institutos do direito civil, promovendo a chamada *repersonalização do direito privado*, que deslocou o foco jurídico do patrimônio para a pessoa em si. Nesse sentido, o autor italiano afirma que “*não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado*

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1146.

9 CALSAMIGLIA, Alberto. *Postpositivismo*. In: Doxa n. 21. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1998.

é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”<sup>10</sup>.

No Brasil, a doutrina se fortificou, com a contribuição de autores de nomeada, dentre outras aquela vertente da obra do Professor Gustavo Tepedino.

Emerge da doutrina, o sentido emancipatório e plural da principiologia axiológica de índole constitucional. Há, com efeito, que se destacar que a importância dos *princípios* está para além da mera orientação ao jurista. O operador jurídico não deve agir tal qual o navegador que mira o norte, intangível por essência, sem tê-lo como fim em si; deve, em verdade, buscar concretizar o mandamento principiológico sempre que possível. Isso porque os princípios são normas cuja compreensão transcende o mero raciocínio dogmaticamente enclausurado, devendo ser aplicados ao caso concreto visando à sua própria realização.

Assim, cientes de que os princípios passaram a “ressignificar” o Direito Privado, promovendo a sua *repersonalização*, cabe aos juristas questionar não só as regras postas no sistema jurídico, mas também os valores que este sistema eleger para figurarem em seu cerne, uma vez que isto refletirá diretamente sobre os princípios nele consubstanciados.

### 3. A desterritorialização do direito privado e a principiologia sem fronteiras

Se outrora inegável foi reconhecer a necessidade de uma profunda transformação no conceito de sujeito de direito e conferir força normativa aos princípios que fundamentam a ordem jurídica, hodiernamente igualmente inegável é o reconhecimento da necessidade de se desterritorializar não apenas o direito privado como também a principiologia que o conduz.

Entretanto, esta desterritorialização não significa imposição; pelo contrário, deve significar um debate dialógico entre as diferentes realidades e os diferentes sistemas jurídicos que compõe a sociedade contemporânea, marcada por suas contradições e suas particularidades, compondo, segundo Antonio Junqueira de Azevedo, um codificar “*interativo, participativo, democrático, pós-moderno*”<sup>11</sup>.

Não se trata, portanto, de homogeneizar, unificar, o direito contratual latino-americano, seus conceitos e regras, sintetizando-o em uma “verdade única”, mas de conferir-lhe eficácia de normas principiológicas para que estas possam melhor orientar, sob o manto dos direitos fundamentais e sob a égide das constituições locais, os contratos firmados entre os particulares, de forma a contemplar,

10 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

11 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94. São Paulo: USP, 1999, p. 11.

inclusive, as vicissitudes inerentes aos contratantes. Nesse sentido, destaca Paulo Luiz Netto Lobo que “a harmonização é mais indicada aos processos de integração que envolve convivência de variados direitos nacionais”<sup>12</sup>.

### 3.1. Princípios singulares e universais

Defende-se, assim, a existência de uma força que perpassará todos os ordenamentos, mas sem destruir-lhes a multiplicidade interpretativa, a filosofia e a história a si inerentes. Esta integração, com respeito à interculturalidade, deve se operar tendo-se em vista os problemas da realidade contemporânea, buscando-se concretizar os direitos constitucionalmente previstos em cada ordem jurídica, bem como os direitos fundamentais a elas conectados.

Paulo Luiz Netto Lobo afirma ser a harmonização do Direito, ou de determinados ramos dele, uma das etapas mais avançadas em uma comunidade de nações, haja vista os pressupostos básicos de superação de percalços e da busca por integração<sup>13</sup>.

Entretanto, embora sejam uma constante os discursos acerca da globalização e da internacionalização das relações privadas, pouco se fala da capacidade das diferentes culturas envolvidas em absorver, sem sucumbir à própria identidade, as mudanças econômicas e sociais da globalização decorrentes; está-se diante de um choque de valores, o qual não encontra, no mais das vezes, guarida no sistema jurídico posto, significando tão-somente a sobreposição de um cultura em relação à outra. Para que estes valores culturais minoritários ganhem vez e voz nas relações interprivadas, importante se faz compreender limites e possibilidades da *transterritorialização dos princípios jurídicos*.

Ao se engendrar essa *transterritorialização principiológica*, as pessoas, informações e titularidades que interagem globalmente poderão ser mais adequadamente tuteladas pelo Direito, já que este passará por uma *abertura semântica*, que transcende o direito positivo e cuja eficácia está justamente em poder oferecer respostas mais concretas aos anseios contemporâneos captados das relações de fato, aplicando-se à espécie os usos e costumes locais, bem os mandamentos últimos de uma ordem arrimada em princípios.

### 3.2. A função nuclear da dignidade da pessoa humana

Os princípios jurídicos, em especial os princípios contratuais, imersos em um mercado global, devem se pautar pela *dignidade da pessoa humana* dentro

12 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Direito Civil na Perspectiva do Mercosul*. In: Revista trimestral de direito civil, vol. 1 (janeiro/março 2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 233.

13 Idem Ibidem, p. 231.

de suas vicissitudes étnicas e culturais, viabilizando aquilo que Fabíola Moraes descreveu por *harmonização através de diretivas*<sup>14</sup> e, com isso, expondo o direito positivo à luz que emana dos valores construídos socialmente e dos princípios hábeis a dar-lhes significância jurídica.

*Transterritorializar* o Direito Privado e fixar-lhe princípios hábeis a abarcar a pluralidade cultural e axiológica existentes na sociedade contemporânea significa conferir ao Direito instrumentos técnicos para tutelar as relações privadas e orientá-las à solidariedade e à justiça, sem as quais a personalidade e a dignidade humanas jamais poderiam ser adequadamente concretizadas. Entretanto, segundo a ponderação de McKendrick acerca da aplicabilidade do princípio da *boa fé* na União Europeia, não se pode olvidar o papel do operador jurídico dentro de um sistema aberto como esses, em especial o do juiz, que terá de ajustar o princípio ao caso concreto, buscando superar eventuais percalços e, se necessário for, fazer ajustes no contrato para evitar o seu descumprimento<sup>15</sup>.

A propósito, Antonio Hernandez Gil destaca que dentre as várias concepções de *justiça* a que menos encerra o seu conceito contemporâneo é o da igualdade, especialmente a igualdade formal. Para o autor, “*la justicia, en esfera del derecho, tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor, en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos*”<sup>16</sup>.

No anseio de pensar em um movimento de integração internacional justo e solidário, importante se faz a análise do *porquê* desta integração, dos motivos e dos objetivos desta crescente internacionalização das relações subjetivas pessoais e patrimoniais, se o homem de fato está no centro da estrutura normativa que está a se projetar supranacionalmente sob o pretexto de amenizar as disparidades entre diferentes legislações e jurisdições. Em suma, impende verificar se estamos construindo um direito internacional privado voltado ao comércio, à economia de massas, ou de um direito internacional privado comum, humanista, preocupado com a construção e a com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, ainda no tear das considerações de Hernandez Gil acerca da justiça, percebe-se que o jurista sério e comprometido guarda papel análogo ao do linguista, que reconhece a importância de se estruturar a língua em uma gramática para que o mínimo de comunicação seja uniformemente difundido, reconhecendo, entretanto, as limitações da gramática frente à

14 MORAIS, Fabíola. *Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 73.

15 McKENDRICK, Ewan. *Contract Law: A View from England*. In: *Um Código Civil para a Europa*. Coimbra: BDF, 2002, p. 208.

16 HERNANDEZ GIL, Antonio. *La constitución, El Derecho, El Ordenamiento y los Valores*. In: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 426.

língua falada, que se ocupa das relações e da realidade de fato, permitindo que a comunicação outrora teorizada se materialize com riqueza infinitamente superior.

#### 4. A natureza dúplice dos contratos: entre o sujeito de necessidades e a “Lex Mercatoria”

Não se pode pretender com a elaboração de um código de princípios a unificação do direito contratual, mesmo porque isto não se restringe a uma mera questão de fronteiras. Deve-se respeitar o pluralismo social e jurídico de cada sociedade, a força criativa dos fatos e as vicissitudes locais, uma vez que *“o território não é apenas o lugar de uma ação pragmática e seu exercício comporta, também, um aporte da vida, uma parcela de emoção, que permite aos valores representar um papel”*<sup>17</sup>.

Não obstante o reconhecimento de contratos ligados às vicissitudes locais, não podemos ignorar as disparidades contratuais havidos nos negócios jurídicos em que uma parte se encontra notadamente em posição superior à outra, especialmente nas relações que tangem o consumo em massa. Junto a isso, caminham também as preocupações de uma sociedade de consumo, na qual a mercadoria é “fetichizada”, ganhando vida própria, e o consumidor é reificado, se reduzido a mero elemento de mercado<sup>18</sup>.

##### 4.1. Trânsito Jurídico e hiperconsumismo

Sob a acurada análise de Pietro Barcellona, evidencia-se a transformação da sociedade contemporânea, que já não mais experimenta uma relação de exploração escancarada, mas sim velada, reproduzida contratualmente e que se traduz no consumo desenfreado de bens que, muitas vezes, atendem necessidades criadas por eles próprios. Está-se a falar do momento de passagem do *individuo proprietário*, produtor, senhor de si, para o *individuo consumidor*<sup>19</sup>.

17 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 111.

18 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

19 *“Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible y reproducible, como principio organizativo y “razon” y “regra” del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su “ciclo vital”, nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor”*. BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 91.

Essa transformação da sociedade contemporânea passou, segundo Gilles Lipovetsky, por três etapas: a primeira, marcada pela formação inicial de uma *sociedade de consumo*, caracterizou-se pela padronização dos produtos a serem consumidos, bem como pela construção da ideia de *marca*; a segunda, assinalada pelo segundo pós-guerra, é marcada pela *massificação do consumo*, cujo ponto nodal erige-se pela *democratização de desejos*, pela ampliação das possibilidades de distribuição e de consumo, deslocando da *coerção* para a *sedução*, do *recalque* para a *libertação*, do *futuro* para o *presente* as promessas de melhoria (ao menos aparente) de vida; e, por fim, a terceira, caracterizou-se pelo consumo globalmente potencializado, no qual as pessoas consomem desenfreadamente em busca de uma satisfação pessoal que nunca será alcançada, haja vista serem as aspirações deste *consumidor emocional* recriadas a todo instante, culminando na chamada *sociedade de hiperconsumo*<sup>20</sup>.

Marca notória da sociedade de hiperconsumo, a efemeridade dos bens nela produzidos conduz à ampliação da intensidade e da velocidade das relações consumeristas. Este fato deve ser apreendido pelo jurista contemporâneo para que este possa reservar especial atenção aos contratos celebrados em um mercado cada vez mais global, cujos limites são diuturnamente quebrados e as possibilidades de troca são cada vez maiores macroeconomicamente, ensejando a tutela adequada destes sujeitos que estão à mercê de um direito internacional privado pautado quase que única e exclusivamente em uma autonomia da vontade formal, a partir da qual os interesses de grandes corporações celebram acordos com a vontade viciada destes sujeitos cuja *“única posibilidad de identificación como hombre es mediante el consumo”*<sup>21</sup>.

#### 4.2. Lucro e direitos: problematizando paradoxos

Trata-se, portanto, de questionar os objetivos e a finalidade de um código latino-americano de princípios contratuais, que tem por substrato uma demanda fática ambivalente: as empresas aludiam mais uma segurança para poder expandir o seu mercado, assumindo claramente um papel de *lex mercatoria*, em quanto os consumidores necessitam não terem seus direitos fundamentais violados.

Sabendo-se que os princípios contratuais podem se prestar a interesses contrapostos, verifica-se que estamos diante de um *fenômeno paralítico*, o qual comporta dois lados incompatíveis dentro de um mesmo nível, mas que, justamente por serem dois lados do mesmo fenômeno, nunca poderão se en-

20 LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

21 BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 134.

contrar<sup>22</sup>; daí a importância do aplicador do Direito, que terá de se valer dos princípios segundo um juízo crítico de ponderação, devendo sempre estar atento à conformação real da relação privada de base, sobre a qual incide o princípio sob análise.

Por este motivo, Paulo Luiz Netto Lobo afirma que “a *regulação da atividade econômica, para conter ou controlar os abusos dos poderes privados, é uma conquista de que as sociedades organizadas não pretendem abrir mão. Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial, principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas*”<sup>23</sup>. Esta crítica deve conduzir o pensamento de uma principiologia contratual mais extensa, protetiva e, deste modo, eficaz à realidade em que pretende se inserir.

Espera-se, assim, que este “*código de princípios*”, sem se reduzir ao sentido oitocentista de codificação, promova uma abertura semântica do direito interno tendente à concretização da *dignidade da pessoa humana*, resguardando, com isso, tanto os direitos entre os iguais que venham a firmar um contrato entre si quanto dos desiguais que venham a aceitar um contrato de adesão apresentado de modo unilateral por uma grande corporação.

## 5. A superação do conceito de Código: os princípios como elemento anti-formalista do Direito Civil

Como se pontuou no início desta análise, o formalismo jurídico se pauta na ideia de estrutura e de sistema para tentar organizar a sociedade, conformando-a em um conjunto de regras organizadas e hábeis a debelar os eventuais conflitos que nela possam surgir. Essa ideia lógica, não raras vezes, está ligada à *codificação*, cujo objetivo está em centralizar as regras aplicáveis de forma a conferir maior segurança jurídica aos particulares.

Entretanto, que segurança jurídica é essa? A quem ela tutela? Como pudemos analisar na segunda e na terceira parte deste artigo, o *ordenamento jurídico* brevemente sintetiza uma sociedade ambivalente, contraditória em si, e que reproduz suas vicissitudes e suas relações de exploração.

Por isso, necessária se faz a abertura semântica do ordenamento jurídico, de modo a absorver a concepção de justiça e de solidariedade, norteadas pela concepção de *dignidade da pessoa humana*.

22 ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 16.

23 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 42 (abril/junho 2002). São Paulo: RT, 2002. p. 195.

## 5.1. Perspectivas de uma codificação principiológica

Conceber, portanto, um código de princípios que abarquem estes valores, podendo atuar como verdadeiros *mandados de otimização* das legislações locais, quiçá implicaria o superar de uma racionalidade formalista atrelada às codificações em prol do reconhecimento dos fatos como fonte do direito e que, como tal, deve ser reconhecida e protegida juridicamente. Cumpre refletir criticamente sobre tal hipótese.

Com esta crítica acesa em mente, e arrimados no pensamento de Hernandez Gil, afirma-se que pensar o Direito segundo uma mentalidade mais flexível em relação à dogmática, senão antiformalista, obriga o jurista a repensar o tema da codificação<sup>24</sup>. “A nuestro juicio es lo cierto, sin embargo, que aun aceptado el llamamiento a la vida que mana del movimiento corrector del formalismo, no ha de llegarse necesariamente a la negación rotunda de la Codificación”<sup>25</sup>.

Percebe-se que o formalismo não se encerra na codificação, mas na mentalidade que é codificada. Assim, a elaboração dialética de princípios hábeis a concretizar a dignidade da pessoa humana no plano de suas relações privadas não se confunde com a afirmação de um Código dotado de verdade absoluta, de um dogma que deve ser seguido e não questionado. Surge, então, a *Codificação como Problema*<sup>26</sup>, cujo modo de realização é composto por critérios e fins sensíveis à utilidade daqueles que são marginalizados pelo direito posto e que não encontram vez na sociedade senão quando figuram como elementos do próprio mercado que os coloca em situação de marginalidade.

Não cabe mais pensar em codificação como busca por um direito ideal e racional, isento de transformações fáticas e “ressignificações” axiológicas, bem como não cabe mais pensar em um direito nacional, que dita as regras de forma monista e soberana. Estamos diante de um direito plural, fortemente influenciado pela filosofia, pela sociologia e, principalmente, pelas próprias ações dos sujeitos que pretensamente estão sob seu amparo.

## 5.2. A codificação como processo

Visando direcionar este repensar da Codificação, Hernandez Gil propõe alguns passos para entender a codificação<sup>27</sup>.

24 HERNANDEZ GIL, Antonio. *Formalismo, Antiformalismo y Codificación*. In: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

25 *Idem* *Ibidem*, p. 613.

26 *Idem* *Ibidem*.

27 *Idem* *Ibidem*. p. 615-617.

O primeiro seria o de não considerar a codificação uma meta imóvel, que permanece estanque no decurso do tempo.

O segundo passo seria o de não tomar a codificação como um elemento do passado, um mero marco na história do direito e que hoje não mais guarda correspondência com o mundo dos fatos.

Após, o terceiro, consubstancia-se na caracterização da *codificação como processo*, cuja dinamicidade seria tanto interna (de sua própria estrutura) quanto externa (de seus axiomas fundantes).

Por quarto estaria o de não se considerar a codificação como um sistema lógico-formal enclausurado em sua própria racionalidade.

O quinto consubstancia-se na atividade revisora daquilo que no código está disposto, atividade esta que não pode se encerrar no âmbito legislativo, devendo receber importantes contributos e “ressignificações” da doutrina e da jurisprudência.

Por fim, em sexto lugar, deve a codificação reconhecer a autonomia do direito em relação a si própria, de forma a não negar a capacidade transformadora da crítica e dos princípios jurídicos que a norteiam.

A estes seis *passos*, incluir-se-á um sétimo, consubstanciado na teorização de Antonio Junqueira de Azevedo acerca da codificação do Direito. Este passo consiste no *reconhecimento da multiplicidade de fontes do Direito*, tanto materiais (existentes nos mais diferentes grupos sociais e nas mais distintas nacionalidades) quanto formais (dispostas em um *sem-número* de normas jurídicas)<sup>28</sup>, para que, a partir desse reconhecimento, sejam conferidos aos princípios *veto-res materiais, diretrizes*, que possibilitem a sua concreção material<sup>29</sup>.

Percorrido o caminho do ensaio, impende arrematar.

## 6. Conclusão

Os passos da problematização foram traçados e lançados à reflexão.

A internacionalização do direito, com efeito, entre sístoles e diástoles, caminha paralelamente à internacionalização da economia e das relações de consumo, devendo-se pensar criticamente tanto a elaboração quanto a posterior aplicação de um código latino-americano de princípios, uma vez que estes consubstanciarão a complexidade e as contradições da sociedade hodierna,

28 AZEVEDO. Antonio Junqueira de. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94. São Paulo: USP, 1999, p. 4.

29 Idem Ibidem. p. 9.

podendo ser contrapostos *paralaticamente* em uma mesma relação jurídica.

Assim, podem tanto ser invocados como *lex mercatoria* quanto como *mandado de otimização* dos valores constitucionais consagrados nas mais diferentes ordens jurídicas, devendo traduzir-se, em última instância, na materialização da *justiça*, da *solidariedade* e da *dignidade da pessoa humana*.

## 7. Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica. In: Doxa n. 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94. São Paulo: USP, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Madrid: Trotta, 1996.
- BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CALSAMIGLIA, Alberto. *Postpositivismo*. In: Doxa n. 21. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: The Philosophy of Law, New York: Oxford University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La constitución, El Derecho, El Ordenamiento y los Valores*. In: Conceptos Jurídicos Fundamentales. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- \_\_\_\_\_. *La constitución, El Derecho, El Ordenamiento y los Valores*. In: Conceptos Jurídicos Fundamentales. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O Direito Civil na Perspectiva do Mercosul*. In: Revista trimestral de direito civil, vol. 1 (janeiro/março 2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

\_\_\_\_\_. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 42 (abril/junho 2002). São Paulo: RT, 2002. p. 195.

McKENDRICK, Ewan. *Contract Law: A View from England*. In: Um Código Civil para a Europa. Coimbra: BDF, 2002.

MORAIS, Fabíola. *Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Européia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008.