

Direito, uma ciência

Albertino Daniel de Melo*

Sumário: I – Elementos básicos de Teoria Jurídica e traços de sua história. A – Norma, conceito normativo e princípio (nºs 1 a 4). B – A caminho da valoração (nºs 5 a 10). II – A certeza do direito e como encontrá-la (nºs 7 A 27). III – Epílogo (nº 28).

I. Elementos básicos de Teoria Jurídica e traços de sua história.

A. Norma, conceito normativo e princípio

1 – Em seu tratado notável de metodologia jus-científica, Larenz¹, afirma o Direito como ciência – uma ciência do espírito, afim com outras ciências do espírito, porém com objeto específico e métodos próprios de conhecimento.

Daí que algumas ciências afins são vistas como auxiliares do Direito; ciências que se ocupam da conduta humana em sociedade. Mas, nenhuma ciência do espírito absorve o Direito impedindo a sua identidade própria em razão da especificidade do objeto e dos métodos de conhecimento.

Nesta linha, aquele autor alemão analisa a orientação metodológica dominante e orientações divergentes ou opostas, a partir de Savigny, com destaque ao normativismo de Kelsen, à jurisprudência dos conceitos, de Puchta (baseado em interpretação pessoal das ideias de Savigny), à jurisprudência dos interesses de Philipp Heck (desenvolvendo a doutrina de Jhering) e à jurisprudência dos valores, esta sendo considerada o melhor caminho para a ciência do Direito: a que a “metodologia...” oferece importante contributo para sua consolidação, mas também para seu desenvolvimento.

2 – Mas, pensar-Direito, mesmo que não se pretenda mais do que um pensamento adstrito aos casos jurídicos, isso envolve (ou desen-

* Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais.

1 Larenz, Karl, “Metodologia da Ciência do Direito”, tradução do original alemão “Methodenlehre der Rechtswissenschaft” de José Lamego, 2ª ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

volve) uma trilogia da norma do conceito, do princípio: três objetos a pensar e que, entre si são relacionados. Uma complexidade própria de cada um desses objetos pode-se ver em qualquer tratado e reflete a grande complexidade do objeto – Direito. Pretende-se, neste espaço, apresentar sínteses de um pensamento já definido, tentando, porém, acrescentar informações, reflexões, análises comparações (pertinentes).

Nada impõe prioridade ao tratamento de um ou de outro desses elementos, todos indispensáveis à ciência jurídica. Ademais, o pleno entendimento de cada um só se alcança na conexão e correlação de todos (entre si).

A norma é uma realidade aparentemente de percepção mais fácil, anterior à consideração dos conceitos e dos princípios. Todavia já que desde o início se mencionou uma jurisprudência de valores (ou de valoração), é preciso, em preliminar, esclarecer que “princípio é afirmação explícita de um valor” como base a outras afirmações, (posições, proposições, juízos em geral).

3 – Norma implica (sem explicitar) uma valoração: é um juízo de opção (escolha) por um determinado caminho a seguir de preferência a outros caminhos possíveis. Ao ser criada uma norma, é ela, já reconhecida (qualificada, valorizada) como apta a realizar o seu fim de regular um determinado aspecto da vida em comunidade. Por isto, a norma jurídica traz consigo uma pretensão de vier a ser aplicada nos casos por ela abrangidos; e, seja ela costumeira ou nascida de atividade própria do Estado, implica imposição a este último, no sentido de aplicá-la.²

Por outro lado mas, na mesma razão de aplicação, a norma implica conceitos determinandos o que (da realidade) e por ela abrangido e conceitos definindo o “quid” jurídico para a realidade fática assim delimitados.

2 Sobretudo a norma criada pelo órgão estatal legislativo leva o nome de “lei” – no sentido que a esta palavra dá o sistema jurídico romano-germânico –, ora empregando-se este nome, ora aqueloutro; mas também, de preferência, “Lei” designa um conjunto orgânico de normas para finalidade comum de regular um determinado problema, conjunto de problemas, ou situações de direito.

Então se diz que a norma obriga ou vincula os sujeitos e, em especial, vincula o órgão estatal encarregado da aplicação.³

4 – Seria ilusão achar que a forma de linguagem de uma norma oferece sempre, por si só e de pronto, o seu conteúdo. Em Direito Civil, poucas são as normas, em cuja estrutura, a previsão hipotética determinadora da abrangência, ou o “quid” jurídico como solução da hipótese é de fácil percepção e insuscetível de variação. Exemplos: - “A partir da idade “x”, a pessoa só se pode casar em regime de separação de bens”; e “Antes da idade “y”, nenhuma pessoa é plenamente capaz”.

Em geral, as normas necessitam de interpretação e, mais, necessitam de uma “compreensão” essa atividade de “apreender com”, ou seja, entender a norma, não só pelo seu fim regulatório e pelos conceitos que ela implica, mas ainda no contexto das normas em que aquela se encerra e pelos fins de todo o conjunto normativo. “Ordenamento”, esta palavra carrega a ideia de ordem constituída com normas entre si coerentes e conexas, com os conceitos e princípios sem os quais o entendimento do Direito fica deficiente; fruto de atividade racional.

B. A Caminho da valoração

5 – A trajetória do pensamento que culminou com a jurisprudência de valores foi longa, desde um despertar para as deficiências do sistema fechado em conceitos abstratos em relação a problemas não abarcáveis numa pretensa plenitude delimitada apenas por princípios positivados até a afirmação de um sistema aberto – e em certa medida móvel – compreendendo, segundo Larenz, além de conceitos abstratos e classificatórios, alguns chamados “conceitos funcionais” (algo assemelhado ao “conceito concreto” de filosofia de Hegel) e, também, compreendendo um pensamento tipológico (modo de pensar por tipos).

Na postura legislativa já se viam alguns conceitos abertos, a mais que os tradicionais conceitos de boa-fé, ordem pública...; passou-se a

3 Bem a propósito, recorde-se uma crônica sócio-jurídica do Prof. Villela “Reflexões sobre a obrigatoriedade das Leis” – VILLELA, João Baptista – separata da Revista dos Tribunais, vol. 463, maio/1974, págs. 287 a 289, tomando posição decidida e clara, pela jurisprudência de valoração. Aliás, várias publicações do autor seguem essa linha dos valores.

ênfatisar certos princípios como afirmação de bens individuais – dignidade, liberdade da pessoa humana...–, embora ponderáveis com outros bens da vida em sociedade. Por fim, passou-se a adotar pautas amplas para decisões mediante preenchimento de vagos e complementação por princípios.

6 – Na doutrina, Savigny havia caracterizado o Direito como ciência plenamente histórica e plenamente filosófica; e equiparou o elemento filosófico ao elemento sistêmico, por uma suposição – “voraussetzung” – de que reina, no Direito positivo uma racionalidade intrínseca, a dar-lhe unidade e conexão. Daí, todavia, partiu Puchta para a concepção dos conceitos jurídicos em pirâmide: apresentando a unidade no topo com axiomas de máxima abstração (o que quer dizer ausência total de notas representativas da realidade fática) e insuscetíveis de contradição entre si; mantendo a unidade pela pura lógica dedutiva que subordina o menor (conceito menos geral) ao maior (conceito mais geral), bem como a realidade fática às normas abstratas.

Acreditava-se, assim, que toda a realidade concreta da vida encontrasse nos conceitos e princípios positivos, soluções adequadas aos casos concretos. Como resultado, ter-se-ia a desejada segurança nas relações e o igual tratamento dos iguais.

Tudo racional, no puro positivismo. Mas, a história – e lembre-se com Savigny, o Direito é plenamente histórico – a história mostrou que muitas normas, para poderem ser aplicadas, necessitam de uma complementação, além da interpretação e da compreensão sistêmica. À parte essa complementação com apoio em elementos do sistema positivo (permitindo analogia e redução teleológica), tiveram os tribunais de passar a uma “ponderação” de valores e de bens, com aditamento de princípios particulares autônomos (que extrapolam as normas e o sistema). Aqui, já não se vê o Direito tão só nos dados positivos. Para tanto, requer-se um controle racional rígido que possa conduzir à certeza do Direito (o que, ademais, impõe-se para qualquer ciência do espírito).

7 – Intenso debate se seguiu. Até mesmo a ideia de sistema veio a ser contraditada como inútil ou impossível, por uma teoria dos tópicos e, mais, não faltou doutrina a rejeitar a própria racionalidade do Direito. Contudo os hábitos de pensar ao modo das ciências naturais (e ciências

matemáticas) passaram a conviver com um certo desencanto dos juristas pelo conceito restritivista de ciência, do qual não havia se libertado Jhering que, ao lado das normas, chamou ao debate jurídico os interesses a elas subjacentes, sem todavia, atentar para a natural indicação que o interesse faz ao valor e à necessidade de valoração. Nem mesmo Philipp Heck, que desenvolveu a doutrina de Jhering a ponto de tornar-se o fundador da jurisprudência dos interesses, pôde perceber que “interesse aponta para valor”. Ambos autores seguiram, então, o conceito restritivista de ciência.

Ora, a valoração não exclui a consideração das ideias de Direito e de Justiça e da sua representação por princípios gerais não normatizados.

8 – Ao final do séc. XX, a concepção valorativa do Direito era, já consolidada. Permitiu a J. Carbonnier, dentre muitos civilistas, desenvolver o Direito Civil em perspectiva científica. O autor francês, na verdade, operou a superação da doutrina do Direito irracional, afirmando desde a Introdução ao Direito Civil, a autonomia científica do Direito, em razão do seu objeto específico e da sua metodologia racional, rigorosa; e distinguindo a ciência propriamente jurídica e as ciências auxiliares do Direito, inclusive a sociologia jurídica, antes considerada, esta última, como única ciência jurídica possível segundo o conceito restritivista de ciência.

9 – Na superação da pura teoria dos tópicos e de suas derivações, deve-se muito a Canaris e a Engisch, dentre outros. Engisch demonstrou que não é possível na ciência jurídica, um sistema rigorosamente lógico ou de tipo matemático⁴. Mas, entendeu que a ordem jurídica (qualquer que seja) tem a sua unidade resultante da atividade sistematizadora, a partir de princípios nela imanentes relacionados entre si de modo coerente: um sistema que se completa com determinados conceitos e classificações funcionais (sem plenitude e sem uma validade geral); entendeu também que aquela unidade é pré-determinada pelas relações normativas e teleológicas (pré-existentes). Tudo produto do espírito humano cumprindo tarefa de explicitar e desenvolver a sintonia existente entre as ideias de base e as decisões valorativas determinantes da ordem jurídica e retirando daí as consequências. Em síntese, segundo Engisch,

4 Para Kelsen, a ordem jurídica seria como um sistema geométrico de normas.

a ciência do Direito deve continuamente desenvolver o sistema de princípios: um sistema aberto (não fechado na abstração conceitual).

10 – Canaris começou por distinguir as espécies de sistemas, tendo todos em comum a unidade (referente a um ou a vários pontos centrais) e a ordem (no sentido de uma conexão sem hiatos). Entendeu que não é apropriado para a ciência do Direito o sistema de dedução lógica a partir de axiomas (sistema axiomático-dedutivo), fechado nos conceitos abstratos, isento de contradição, pretensamente dotado de plenitude e adequação para todos os problemas jurídicos. A ausência de contradição e a pretensão de plenitude, diz o autor, não são suscetíveis de se comporem com os princípios de valoração que estão por detrás das normas. Considera também que a unidade intrínseca é deduzida da ideia de justiça, não pela lógica, mas por um modo axiológico – valorativo. Por fim, aponta como não científicos os sistemas que visam exclusivamente a exposição, a facilitação ou a visão de conjunto; os sistemas de decisões de conflitos, de conceitos básicos formais, de conexões de problemas e o sistema das relações da vida real.

Para Canaris, a ordem jurídica é um sistema axiológico ou teleológico de conceitos gerais e de princípios gerais⁵, vendo o princípio, ao contrário do conceito, como uma pauta aberta, necessitando de concretização e só apreensível nas suas concretizações. Por outro lado, ao invés do conceito (que encerra valoração só de modo indireto), o princípio é visto (e já foi dito mais acima) explicitando um valor, sendo, por isto, mais adequado para refletir a unidade de valoração do Direito.

II. A certeza do direito e como encontrá-la

11- A construção teórica atende a uma necessidade de certeza do Direito. Desenvolve a explicação e a fundamentação do Direito, com a consciência de que “certeza supõe igual tratamento para os iguais, por meio das normas”.

A certeza lógica, baseada na abstração não é suficiente para a historicidade plena do Direito, este destinado a aplicar-se na vida real que pode apresentar casos imprevistos e, aparentemente ou comprovadamente, não enquadráveis nas normas.

5 Note-se a linha idêntica do pensamento de Canaris, de Larenz e de Engisch.

Daí falar-se, a propósito do debate judicial, em “norma de decisão” que é ou deve ser, uma expressão concreta da norma abstrata tomada como base de julgamento. Aliás, o debate judicial em busca da adequação do Direito ao caso concreto há de partir de norma positiva, que passa, então a presidir o discurso, até encontrar-se a norma de decisão. Concretizado, assim, o Direito, pode-se dizer que a sua aplicação realiza uma subsunção do caso à “norma concreta”.

Também o princípio (que, segundo Canaris não é norma) precisa de ser concretizado na perspectiva de aplicação. Mas, enquanto a norma destina-se a aplicação direta, por subsunção à sua formulação concreta, o princípio influi valorativamente na configuração do Direito; influi em todo o discurso de adequação.

Ademais, os princípios entre si se integram e se restringem. Os princípios gerais, para poderem se efetivar, devem concretizar-se por valores e princípios menos gerais.

De qualquer princípio, geral ou particular, pode-se dizer que tem, já, uma concretização nas normas positivas por ele inspiradas.⁶

A teoria que não vislumbre a aplicabilidade prática (e lembre-se o exemplo da “geometria normativa” de Kelsen) pode ainda tornar-se um passo importante do pensamento jurídico na busca de melhores caminhos. Isto se vê em toda a história da metodologia jus-científica.

12 – O debate, teórico ou prático (judicial) é mais ou menos complexo, pelas questões jurídicas que suscita. É certo que, para encontrar-se a norma a dar partida ao discurso, a organização racional classificatória das normas (como nos códigos modernos) oferece facilidade. Se se trata de declaração com aparência de um tipo jurídico negocial, as normas para o tipo são mais facilmente achadas; e as normas reguladoras do negócio como gênero têm, também, aplicação. Se se trata de pretensão indenizatória por dano apontado como causado por fato imputável a um sujeito (que não aquele que o sofreu), a regulação adequada há de ser procurada em bloco normativo pertinente. No debate judicial, a diversa caracterização dos fatos pelas partes envolvidas figura, muitas

6 O uso que se tem feito, aqui, das ideias de “concretização” e “aplicação” não permite confundir estas palavras, ou suas derivações, vista a distinção daquelas ideias, ou da ideia que cada palavra exprime.

vezes, como causa dos conflitos; e exige, do julgador, uma qualificação a prevalecer para a aplicação do Direito. Na qualificação dos fatos, eventualmente é necessário constatar, por exemplo, se a conduta “x” pode ser considerada como culposa, na perspectiva de responsabilidades por dano; ou como gravemente culposa, na contemplação de descumprimento de certos tipos contratuais. Da correta caracterização dos fatos depende o encontrar a normatização adequada.

13 – A necessidade de orientar-se o debate (judicial) por norma adequada é um aspecto da vinculação dos sujeitos e, em especial do julgador, ao Direito posto pelo Estado. Pois – e sobretudo –, é o Estado de Direito o organismo personificado que dirige a sociedade com organização no mais alto grau historicamente possível para a Justiça e o bem comum a que tendem, pela própria natureza, todos os sujeitos, sendo o próprio Estado sujeito das normas por ele criadas (ou por ele reconhecidas costumeiramente).

14 – Na perspectiva de aplicação assume relevância a distinção de princípio e norma: – o princípio, ao contrário da norma, não faz previsão definidora de uma área para incidência, e nem mesmo define consequência para o caso de não ser observado na prática. Pode receber definição por norma. Grande debate surgiu a respeito do princípio de igualdade dos cônjuges, (no Brasil): uma doutrina sustentava dever-se-lhe dar aplicação antes mesmo de receber definição por norma legislativa, ao passo que alguns propunham aguardar, do legislador, o provimento normativo. Por óbvio, a área de incidência não deve ser igual para o geral para o especial. Veja-se: a igualdade das pessoas humanas é um princípio geral, ao passo que a igualdade dos cônjuges, um princípio especial. Posta a igualdade geral das pessoas humanas, sem previsão de um prazo para normatização do princípio, não era possível deixar indefinidamente sem aplicação a igualdade dos cônjuges.

Assim como o quadro normativo pode ser completado judicialmente (para permitir uma redução teleológica ou uma ampliação analógica) na hipótese de deficiência constatada em face de um caso concreto, também o princípio positivado por norma podia o ser pela “norma de decisão”.

A constatação de que o Direito se mostra deficiente, seja no caso da norma a ser completada ou no caso do princípio a ser definido, é uma

avaliação do Direito – qualificação, valoração – e requer o desenvolvimento judicial (arestos históricos, no Brasil e noutros países, mostram um tal desenvolvimento judicial do Direito).

15 – Cabe, também, comparar norma e princípio no ângulo da vinculação. A norma vincula na razão direta da sua destinação regulatória; e a sua vinculação se exprime como uma suscetibilidade de vir a ser aplicada compulsoriamente pelo Estado, ao passo que o princípio não admite a subsunção direta do caso (concreto) ao valor que ele encerra. O princípio vincula por uma injunção do valor na atividade interpretativa, compreensiva e de adequação das normas.

Vale acrescentar, que, se a norma é conceituada pelo critério da aptidão a aplicação direta, muitas das genericamente chamadas “normas constitucionais” são antes princípios do que propriamente normas; e que algumas normas recebem complementação por outras normas: disto resultando que a norma complementada e aquela que a complementa hão de ser conectadas na fixação da base normativa para o caso concreto.

16 – É importante, ainda, distinguir norma e princípio no campo da cognição. O primeiro entendimento da norma liga-se aos conceitos que ela implica (na sua previsão e na sua solução jurídica); o princípio é conhecido como um valor necessário na composição e na compreensão do Direito, bem como na fixação de seus limites. Surge na consciência jurídica como uma luz inspiradora e, daí, recebe uma formulação em linguagem, podendo vir a ser positivado nas fontes do Direito ou permanecer na cultura jurídica.

Sendo a estrutura do princípio assim, tão simples, não oferece determinação suficiente para solução de conflitos, deixando em aberto uma área mais ou menos ampla de incidência (relações de família, relações de contrato, com referência aos princípios particulares da igualdade conjugal e da boa-fé contratual).

17 – Bem se disse que o princípio não traz definição suficiente, pois o valor que ele encerra é, já, algo certo em sua afirmação. Sem esta certeza não poderia nem mesmo exercer as funções próprias de todo princípio: – a função de configurar o Direito operando a conexão dos elementos do sistema e a de fixar os limites do sistema.

Por essas funções é fácil ver, aliás, que os princípios entram em destaque nos chamados “casos-limite” (ou “casos limítrofes”), como quando é preciso decidir se deve prevalecer o direito individual de informar (ou de ser informado) ou o direito da pessoa humana à própria intimidade. Ademais, a “sedes” onde é posto o princípio indica ser ele geral, ou particular; e esta qualificação implica, já, alguma determinação da área de influência do princípio (um instituto, uma área mais ou menos vasta como o Direito Civil, Direito Comercial, ou todo o Ordenamento...).

18 – A ausência de determinação é própria dos valores e permite distinguir conceitualmente valor e princípio. Esta questão provoca discussão a saber se pode ser acolhida na ciência jurídica a consideração de valores não normatizados: – pretendem alguns que tal valoração seria sempre, necessariamente subjetiva. Mas, não é possível rejeitar que a marca nacional rigorosa do método de conhecimento do objeto-Direito dá-lhe cientificidade própria das ciências do espírito, em contraposição às ciências exatas (ciências dos puros fatos ou das formas matemáticas). Pelo debate, chega-se à certeza como “retidão plausível”, historicamente aceitável, no estágio em que se encontra, então, a ciência do Direito.

19 – Dada a relativa indeterminação dos princípios, podem entrar em conflito entre si, em face dos casos concretos, ao passo que os conceitos não comportam conflito.

Resolve-se o conflito de princípios mediante ponderação: – atividade de atribuir peso (“pondus”) maior a um princípio em detrimento de outro, sempre à vista do caso a julgar; deixando em vigor o princípio preterido, porquanto compõe o ordenamento.

Ponderação é, então, uma atividade propriamente judicial, da autoridade instigada pela necessidade de dar solução ao caso. Mas, deve ser objeto de avaliação doutrinária podendo a doutrina apresentar, melhor conformidade com a consciência jurídica do momento.

20 – Sendo missão do conceito definir, cabe completar esta ideia com duas considerações. Primeiro, se se trata de conceito aberto, sua definição é provisoriamente parcial, só se completando no procedimento compreensivo, com vistas a aplicação das normas. Depois, em boa

técnica legislativa, evita-se o fechamento das normas em conceitos plenamente definidos; antes, possibilita-se à doutrina e aos juízes proceder ao preenchimento de vagos conceituais. É tarefa de interpretação. Neste aspecto se aproximam entre si princípio e o conceito mais ou menos aberto.

Ademais, como já dito, para aplicação o princípio precisa de ser concretizado; agora, paralelamente seja dito que, em geral, os conceitos normativos precisam de ser “preenchidos”.

Finalmente (também foi dito), em geral, a primeira concretização dos princípios são as normas abstratas por eles inspiradas. A concretização perfeita dos princípios coincide com as “normas de decisão”⁷.

21 – Em cada momento histórico, a consciência jurídica geral inclui os princípios gerais (positivados ou não positivados) como representações das ideias de Direito e de justiça. Essa consciência se aperfeiçoa e se perfaz com os resultados dos debates teóricos e judiciais.

22 - Considere-se, ainda, que o primeiro entendimento das normas, pelos conceitos que elas implicam (como já dito) liga-se à forma de linguagem das normas. Sendo a forma correta gramaticalmente, além de adequada como expressão inequívoca e invariável do conteúdo – o que raramente se tem no Direito Civil, como já observado – encerra-se aí o debate (para decisão).

Na interpretação, há que considerar que as normas são reunidas em determinados blocos, fato conhecido (e já nominado de “sedes materiae”). A sede, ou lugar onde as normas são posicionadas em ordem racional, já se sabe ser um dos fatores de determinação da abrangência das normas.

Essa integração em blocos coesos implica incidência de princípios próprios de cada conjunto, além de princípios maiores inspiradores de vários conjuntos normativos (incluindo aquele no qual se situa a norma examinada).

No aspecto teleológico pode, eventualmente, ser necessária uma redução da amplitude, para que a norma realize seu fim regulatório de

7 O sentido de que se dá aqui, e, em todo este estudo, a “concretização” não é o mesmo de “aplicação”.

modo adequado ao caso concreto; e, inversamente, pode ser necessária uma ampliação da abrangência hipotética mediante analogia para atendimento a um outro caso.

O resultado desses procedimentos, assim como toda a interpretação, deve sintonizar-se com o sistema normativo comandado por princípios gerais e com as ideias, que eles representam, de Direito e de Justiça.

A cada passo, se se verificar desnecessidade de prosseguir, tendo-se, já, encontrado a certeza (histórica, do momento), cabe parar e decidir, pondo fim ao debate.

23 – A questão da sede das normas sugere considerar que elas realizam importantes funções do Direito, cada função orientada por princípios próprios que influem na interpretação.

Umhas normas realizam função de planificação da vida em sociedade; outras, o desenvolvimento do Direito, num propósito de adequação às novas conjunturas produzidas pelas mutações sociais (científicas, tecnológicas, culturais); outras, enfim, realizam a função de sancionar e garantir os interesses em sociedade, tanto interesses públicos quanto privados.

Das normas propriamente de planificação, umas são de competência (criando competência para as funções dos organismos e órgãos), outras limitativas do poder de atuar, outras reguladoras da atividade administrativa, outras constituidoras de tribunais e órgãos de atuação; outras enfim, estabelecem status e capacidades para os indivíduos como sujeitos de atuação jurídica.

Mas, essas funções devem ser vistas conectadas entre si: todo o ordenamento é um plano, certamente não como complexo de necessidades jurídicas (tão próprias do Direito Público), mas como realidade composta com um princípio de autonomia que, em Direito Privado é básico⁸.

8 No Direito Público, alguma autonomia é necessária, sem o que o agente público não poderia sequer atuar; sobre a autoridade judicial, a própria lei cuida de reservar-lhe um poder de decisão segundo o convencimento pessoal, para certos casos (sobre isto, será dada nova atenção, ao final).

24 – As normas de desenvolvimento e adaptação do Direito suscitam um importante aspecto da coerência normativa. Com efeito, a certeza do Direito, em situações de conflito, ainda supõe superação dos conflitos. Aqui se propõe focalizar uma conhecida possibilidade (teórica) de conflitos normativos na sucessão temporal, já que os conflitos de normas coexistentes ao tempo em que têm origem as relações de direito se resolvem, geralmente, por critérios tradicionais como, por exemplo, o da distinção de “lex generalis” e “lex speciales” de “lex superior” e “lex inferior”.

Posta em vigor uma nova lei, ela passa a regular as relações e situações de interesses alcançadas pela abrangência de suas normas. Se preexistiam, à lei nova, situações ou relações já consolidadas, de conformidade às normas que vigoravam, não serão, em regra, atingidas pela nova regulação; no caso de preexistirem fatos idênticos a esses da lei nova, porém, não sendo ainda consolidados ou perfeitos, pode ocorrer necessidade de “tratamentos diferenciados para os iguais”.

Essa espécie de diferentes tratamentos de iguais justifica-se e não fere uma exigência de “tratamento igual mediante determinação do que deve ser tratado igualmente e do que deve o ser distintamente” (antiquíssimo princípio inspirado na filosofia grega e que, simplesmente, pré-condiciona a abrangência das normas). Mas, note-se: a hipótese é de relevantes mutações nas próprias relações da vida (resultantes do desenvolvimento social, cultural, científico, tecnológico): – se não ocorresse a alteração regulatória (por lei nova), certamente os tribunais iriam, em face das novas realidades, ter que proceder ao (já mencionado) desenvolvimento judicial do Direito.

Apurado conflito da lei nova com algum princípio, há que, pelo menos em regra, modificar (reorganizar) o sistema de princípios e não abolir a lei nova. Isso em regra, repita-se, pois toda regulação que venha a conflitar com princípios constitucionais básicos ao sistema há de ser reconhecida como inconstitucional, até que seja abolida.

Ademais, a interpretação da Constituição segundo critérios diversos dos que são apropriados às leis comuns (“leis ordinárias”, leis “de grau inferior”) pode chegar à afirmação de um peso igual para certos

princípios constitucionais que, todavia, podem colidir ente si em face da realidade dos casos⁹.

25 – Especial atenção cabe às normas sancionadoras para se destacar, aqui, o Direito Penal como constituidor de sanções, específicas a fatos humanos antijurídicos bem definidos. As normas penais para reparação do Direito Público são Direito Público. No Direito Privado a “penalidade” forma uma ordem pública excepcional, ao passo que o Direito Público, ao criar necessidade jurídica, é a sede natural da ordem pública.

Em todo caso, no aspecto de sancionamento, aproximam-se, entre si, Direito Público e Direito Privado, já que o sancionamento realiza aquela (mencionada supra) suscetibilidade de efetivação das normas de interesses, mesmo compulsoriamente. Mas mesmo assim, é preciso distinguir: o sancionamento do Direito privado envolvendo interesses apenas privados, depende da iniciativa do interessado, seja com base num ato jurídico ou num dano injustamente causado por fato humano de outro sujeito; ou, em certos casos, simplesmente como exercício de um direito criado por norma (como se vê pouco adiante).

26 – Chega-se, então, ao centro nervoso da cientificidade do Direito (ocupando este item e o imediato seguinte). No sistema destacam-se os axiomas, princípios fundantes do Direito e da Justiça; e com eles devem harmonizar-se, todos os juízos, proposições, normas, critérios, teorias, toda a realidade e atividade de interesse jurídico.

Nem todos os princípios são axiomáticos; mas, também, há princípios axiomáticos que nem precisam de ser explicitados em provimento normativo: não é necessária uma lei para só dizer que as atividades jurídicas e as práticas contrárias ao Direito ficam submetidas a consequências jurídicas. Mas, são cabíveis normas criando modelos de atuação para opção dos sujeitos (normas “permissivas”), ou criando soluções, com

9 No Direito brasileiro, surgiu debate sobre a ordem econômica (constitucional) colidindo com o princípio (constitucional) da dignidade humana, em casos de “alienação fiduciária” em garantia de dívidas, tendo-se tornado impossível o cumprimento dos débitos: não faltou entendimento de que essa garantia fosse efetiva sem ter-se de cogitar se a impossibilidade superveniente é devida a culpa do devedor; isto é, pelo puro fato de não-cumprimento, o devedor poderia ser preso (caso de prisão por dívida, a bem da segurança da economia social).

meios (adequados) de aplicação para certos casos ou situações de direitos, ou simplesmente atribuindo direitos (ou vantagens) por certos fatos da natureza ou fatos humanos (“normas atributivas”)¹⁰.

27 – Sistema é fruto de teorização e realiza a unidade no campo do conhecimento. A visão sistêmica é indispensável, segundo entendimento comum, à ciência do Direito.

Como fruto de teorização e sendo a teoria compreensiva de objeto mais ou menos amplo, pode o sistema ser maior ou menor em razão do objeto (todo um ordenamento, um único instituto, um conjunto de normas unificado com princípios próprios). Como já se sabe, o princípio orienta todo um bloco normativo e o delimita tornando-o autônomo em relação a outros conjuntos ou ordenamentos.

Há certas áreas limítrofes entre institutos ou nos confins de todo um ordenamento, sugerindo possibilidade de casos ou “questões-de-limite”. Pois como já visto, os princípios delimitadores não definem ao modo dos conceitos. Ora, nem sempre a solução dos “casos-limite” é dada totalmente pelas normas padrões do conjunto normativo aparentemente adequado, devendo a norma de decisão, eventualmente, recorrer a princípios gerais, à ampliação analógica ou à redução teleológica, à ponderação, à complementação com outras normas ou com princípios particulares, até chegar ao se pode ter, historicamente, no momento, como sendo o Direito certo.

Pode ser que o próprio legislador tenha inserido normas especiais no mesmo conjunto que constitui o Direito comum para os casos-padrões; e não é preciso repetir que o julgador é vinculado por tais normas. Aliás, o aperfeiçoamento do Direito, seja por lei ou pela prática judicial, constitui o principal acervo de particularidades que caracterizam cada ordenamento; particularidades a que Clovis Bevilacqua já havia, tão bem, chamado atenção na sua memorável Teoria do Direito¹¹. Por outro lado, a questão

10 Nos Códigos modernos, em geral, os modelos de atos opcionais encontram sua área natural no Direito das Obrigações; e algumas normas atributivas (de direitos, vantagens ou obrigações) situam-se no Direito das Coisas. São áreas, essas, as de maior incidência da autonomia individual.

11 Em publicação do corrente ano, da Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, Centro, Rua da Assembleia, 36, RJ, Davi Monteiro Diniz trata questões de limites a respeito da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa, fazendo sobressair a configuração de alguns ordenamentos neste assunto.

de qualificação dos fatos para enquadramento num ou noutro conjunto normativo (ou num e noutro...) pode apresentar-se como questão-de-limites, desdobrando-se em várias situações, cabendo destacar-se a aparência de Direito que conta, já, com importantes e exaustivos estudos. Sobre isto, permita-se ainda, mencionar a obra de Francisco Landin, intitulada “O Credor Aparente”, Livraria e Editora Jurídica Gaetano Dibenedetto Ltda, Rua Francisca Miquelina, nº 156, CEP 01316-010, São Paulo – SP, 1996; a de Michel Dagot – “La Simulation en Droit Privé” e “El Negocio Jurídico Indireto” – traduzido do original italiano de Domenico Rubino. (Todas essas obras, com exceção de “O Credor Aparente”, encontram-se na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG).

III. Epílogo

28 – Poderiam, estes apontamentos, dar aparência como de uma “Pílula...” sinteticista referentemente à grandiosa “Metodologia...” de Larenz; e, se assim fosse, estaria, já, reconhecido algum mérito, pois que a sintetização é uma atividade doutrinária importante. Na realidade, parece predominar um outro aspecto da doutrina, o da busca seletiva de dados. Com efeito, um intuito é transparente e espera-se ter sido alcançado o alvo de destacar, com análises-comparações, reflexões, acréscimos de informações, os elementos indispensáveis à cientificidade do Direito, a sua certeza, a unidade sistêmica, a mobilidade ou flexibilidade do sistema, garantida pela moderna metodologia valorativa, enfim, o debate e a razão, histórico-dialética do Direito.

Além disso, a ideia de uma “Pílula...” fica prejudicada pelo fato de não ter-se podido resumir aspectos importantes da metodologia moderna, nem mesmo da metodologia Larenziana com seu pensamento tipológico e seu “conceito funcional”. Acrescente-se, pelo menos, que o conceito funcional inspira-se na dialética hegeliana, firmada na ideia de um “conceito concreto”, tudo ajudando a sustentar a cientificidade do Direito como um sistema aberto, sistema que, desde o final do séc. XX, congrega a melhor doutrina. Na moderna metodologia, era preciso, ainda, pelo menos mencionar o contributo da jurisprudência – agora tomada como entendimento do Direito pelos tribunais, manifestado nos julgamentos de casos – para o desenvolvimento da ciência do Direito; isso que só se pode admitir num sistema aberto, sistema que, em certa medida, é incompleto,

como pensou Hegel. Tal foi mencionado supra, nº 14, numa hipótese de deficiência constatada do quadro normativo; agora, pensa-se num desenvolvimento-de-integração no campo do conhecimento.

Essa contribuição jurisprudencial pode ser exemplificada com três arestos franceses sobre responsabilidade do comitente por danos causados pelo preposto a terceiros¹². Em 03 de abril de 1933, a Câmara Criminal da Corte de Cassação expressava seu entendimento habitual no sentido de estender – demasiadamente segundo a Câmara Civil da mesma corte – a caracterização dos pressupostos da responsabilidade indireta, precisamente no aspecto da vinculação do fato danoso às funções do preposto. Em recurso à Câmara Civil, esta, sabidamente de tendência contrária àquela da Câmara Criminal, preferiu não se manifestar (certamente por ver, no caso, oportunidade de um pronunciamento das Câmaras Reunidas da Corte suprema para unificação do Direito) e reenviou o caso à Corte Plena, segundo as normas francesas. As Câmaras Reunidas da Corte de Cassação em 09 de março /1960, decidiram pelo entendimento civilístico, restringindo as possibilidades de responsabilizar-se o comitente, exigindo, para isso, que a atuação do preposto com aparência de vinculação às suas funções ainda fosse apta a aparecer, para as vítimas, como realização dos fins teoricamente benéficos ao comitente. Com esses critérios da aparência, surge necessidade de interpretação objetiva dos fatos; e entende-se a importância do debate jurídico com a influência da concretude do caso.

A complexidade do Direito, sobretudo no que toca aos fatores determinadores da sua existência e evolução, reflete-se necessariamente no discurso jus-científico e permitiu a Menezes Cordeiro, depois de anotar as deficiências do formalismo e do positivismo jurídicos, concluir por uma necessidade de inclusão, no discurso, “...de todos os factores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas...”¹³.

12 Cfr. In “Les Grands Arrêts de La Jurisprudence Civile”, coletânea organizada por H. Capitant – 4ème édition entièrement réfondue par Léon Julliot de La Morandière et Alex Well-Dalloz/Sirey, Paris, Ve, 1964, pg.344 a 350

13 Cfr. “Introdução” dada por aquele autor à tradução de sua própria autoria, da obra de Canaris “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, – 2ª ed. da tradução portuguesa, pg. XIX, da Fundação Calouste Gulbenkian, Av. de Berna, Lisboa, 1996.