

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO INTERINSTITUCIONAL – DINTER UNISINOS/FURB
NÍVEL DOUTORADO**

PRISCILA ZENI DE SÁ

**LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO PREENCHIMENTO DE
CLÁUSULAS GERAIS NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

SÃO LEOPOLDO

2016

Priscila Zeni de Sá

LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO PREENCHIMENTO DE CLÁUSULAS
GERAIS NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães
Ribeiro

São Leopoldo

2016

Ficha catalográfica elaborada por Everaldo Nunes – CRB 14/1199
Biblioteca Universitária da FURB

S1111

Sá, Priscila Zeni de, 1979-

Legitimidade do poder judiciário no preenchimento de cláusulas gerais na perspectiva do estado democrático de direito e da constitucionalização do direito civil / Priscila Zeni de Sá. – São Leopoldo, 2016.
285 f. : il.

Orientador: Darci Guimarães Ribeiro.

Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

Bibliografia: f. 265-281.

1. Direito civil. 2. Direito constitucional. 3. Cláusulas (Direito). 4. Poder judiciário. 5. Juízes. I. Ribeiro, Darci Guimarães. II. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 342.1

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O PAPEL LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO PREENCHIMENTO DE CLÁUSULAS GERAIS NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL”, elaborada pela doutoranda **Priscila Zeni de Sá**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 04 de novembro de 2016.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

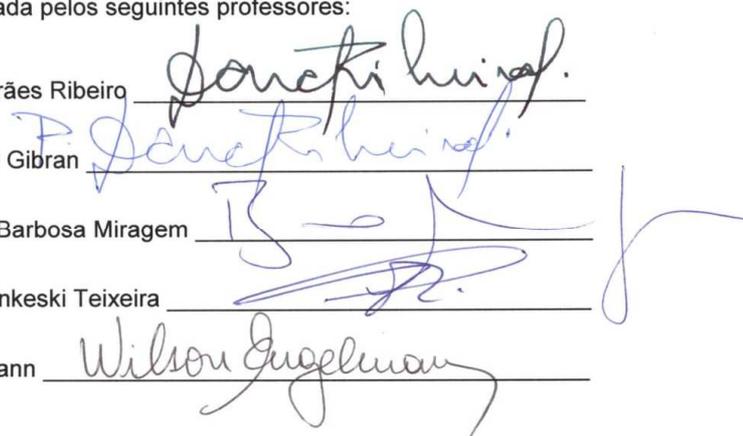
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Sandro Mansur Gibran

Membro: Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Aos meus verdadeiros mestres, de hoje, de ontem, de amanhã...
pois todo professor deixa um pouco de si
e carrega um pouco de nós.

AGRADECIMENTOS

Ninguém vira doutor sozinho.

Nem do dia pra noite.

Por isso, essas pessoas merecem um especial agradecimento em minha jornada.

Meu cúmplice de sonhos, Bueno. Só ele dividiu comigo a rotina, as felicidades, os desafios, as angústias, as páginas, os risos e as lágrimas. A intensidade da vitória é a mesma do companheirismo e do amor.

Meus pais, Orlando e Nadia, ele por me desafiar desde sempre e, por isso, me fazer crescer cada vez mais; ela, meu porto seguro e exemplo de mulher. Eles me ensinaram tudo que não está nos livros.

Minha família garantiu a minha alegria, eternas conversas e boas gargalhadas. Obrigada Adir, Maity (também pela revisão da tradução), Pati, André, Ari, Cadu (também pelos arquivos abertos), Marcela, Rafaela, João e Olga. E minhas fofuras Nana, Manu, Isa, João, tio André e Mindoim.

Fiz novos amigos. Momentos especiais ao lado de Katia, Lenice, Nicolau, Feliciano, Alejandro, Antonio e Giselle. A tarefa parecia difícil, praticamente impossível, 2016 um ano distante, mas vencemos com esforço, dedicação e alegria.

Meus alunos devem ter vivido momentos difíceis nesses três anos e, por isso, são parte dessa história. O magistério é minha principal opção profissional e alunos e ex-alunos são a razão da minha jovialidade.

Colegas e equipe administrativa da Furb não pouparam esforços para resolver as minhas ausências. Obrigada especialmente à Ana Baruffi, Debora Arenhart, Tatiani Braatz, Schendel Schenkel, Rodrigo Novelli, Roger Cecchetto, Joice Mantovani, Clarice Lima e Alex Santos.

Agradeço à FURB e à UNISINOS pelo incentivo e pela oportunidade de crescimento profissional.

Na pessoa do meu orientador, Darci Guimarães Ribeiro, agradeço ao corpo docente da Unisinos pelos ensinamentos e abertura dos horizontes teóricos. Especialmente ao incansável apoio do Professor Wilson Engelmann, exemplo de competência, dedicação, serenidade e seriedade acadêmica.

Muito obrigada a vocês,
pois foram os responsáveis por todos os sorrisos dessa missão.

“Mais sábio é aquele que sabe que não sabe.”

Sócrates

RESUMO

A pesquisa parte do contexto social contemporâneo, especialmente, da crise do Estado e crise da democracia representativa. Constata-se a perda de credibilidade do Poder Legislativo e consequente protagonismo do Poder Judiciário, e, por isso, o acesso à justiça passa a ser considerado um meio de participação do cidadão. O Direito deve atender às demandas e necessidades sociais e, assim, a visão unitária do sistema jurídico permite legitimar o ativismo judicial no seu aspecto positivo. A superação da subsunção como método de aplicação de princípios e regras, despertou o estudo de uma nova perspectiva da norma e da decisão judicial: a compreensão para Karl Engisch ou a concretização para Friedrich Müller. Em ambas a criação da norma se dá em cada caso concreto para a sua solução individual. Isso tudo a partir da dimensão prospectiva de Luiz Edson Fachin, que permite a reconstrução constante do Direito Civil, principalmente aliando teoria e prática, doutrina e jurisprudência, direito e realidade, num verdadeiro círculo hermenêutico gadameriano onde não se faz distinção entre compreensão, interpretação e aplicação. O problema da tese centra-se na legitimidade da atuação do intérprete no preenchimento das cláusulas gerais, ao mesmo tempo em que se propõe parâmetros para tal atuação. Pelo método fenomenológico hermenêutico, bem como por meio de pesquisa empírica por meio de estudo de caso, demonstrou-se, pela técnica da análise de conteúdo, que o Judiciário aplica as cláusulas gerais, porém não as preenche. Diante dessa constatação propõe-se parâmetros para que a densificação das cláusulas gerais se concretize adequadamente: a tópica traz a vinculação ao caso concreto, a fundamentação gera a necessidade da utilização correta das normas, doutrina, jurisprudência e precedentes, e, por fim, o diálogo entre as fontes que permite a abertura do direito para normas escritas e não escritas, sempre por meio de uma interpretação constitucional.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. Cláusulas gerais. Poderes do juiz. Concretização da norma.

ABSTRACT

The research starts from the contemporary social context, especially from the crises of the state and representative democracy. There is a loss of credibility of legislative power and consequent protagonism of the Judiciary, and therefore the access to justice becomes considered a mean of citizen participation. The law must meet the demands and social needs. The unitary view of the legal system legitimizes the judicial activism in its positive aspect. The overcoming of subsumption as a method of application of principles and rules, aroused the study of a new perspective of standard and the judicial decision: the understanding for Karl Engisch or the achievement for Friedrich Müller. In both the standard creation occurs in the case for your individual solution. All this from the prospective dimension of Luiz Edson Fachin, which allows the constant reconstruction of Civil Law, especially combining theory and practice, doctrine and jurisprudence, law and reality, in a true hermeneutic circle gadameriano where no distinction is made between understanding, interpretation and application. The problem of this thesis focuses on the legitimacy of interpreter actions in fulfilling general clauses, at the same time that proposes parameters for such activity. By the phenomenological method hermeneutics, as well as through empirical research through a case study, it was demonstrated, by the technique of content analysis, that the judiciary applies the general clauses, but do not fulfill them. In the face of this observation it is proposed parameters for the fulfilment of general clauses: the topical allows linking to concret case, the reasoning creates the need for correct use of the standards, teaching, law and precedent, and, finally, the dialog between the sources which allows the opening of the right to written and unwritten standards, always by means of a constitutional interpretation.

Key-words: Civil-constitucional law. General clauses. Judiciary. Norm achievement.

RIASSUNTO

La ricerca parte dal contesto sociale contemporaneo, e in particolare dalla crisi dello Stato e della democrazia rappresentativa. Si constata la perdita di credibilità del Potere Legislativo e il conseguente protagonismo del Potere Giudiziario, e pertanto l'accesso alla giustizia comincia ad essere considerato un mezzo di partecipazione del cittadino. Il Diritto deve rispondere alle domande e necessità sociali, e così la visione unitaria del sistema giuridico permette di legittimare l'attivismo giudiziale nel suo aspetto positivo. La superazione della sussunzione come metodo di applicazione di principi e regole ha suscitato lo studio di una nuova prospettiva delle norme e decisioni giudiziali: la comprensione secondo Karl Engisch o la concretizzazione secondo Friedrich Muller. In entrambe, la creazione della norma avviene per la sua soluzione individuale in ogni caso concreto. Tutto questo a partire dalla dimensione prospettiva di Luiz Edson Fachin, che permette la ricostruzione costante del Diritto Civile mettendo insieme soprattutto teoria e pratica, dottrina e giurisprudenza, diritto e realtà, in un vero e proprio circolo ermeneutico gadameriano dove non si fanno distinzioni tra comprensione, interpretazione e applicazione. Il problema della presente tesi si incentra sulla legittimità dell'attuazione dell'interprete nella soddisfazione delle clausole generali, allo stesso tempo in cui si propone parametri per questa attuazione. Con il metodo fenomenologico ermeneutico, così come tramite ricerche empiriche attraverso studi di caso, è stato dimostrato, con la tecnica di analisi di contenuto, che il Giudiziario applica le clausole generali, però non le soddisfa. Di fronte a questa constatazione, si propongono parametri affinché la densificazione delle clausole generali si concretizzi adeguatamente: la topica porta il vincolo al caso concreto, la fondamentazione genera la necessità dell'uso corretto delle norme, dottrine, giurisprudenze e precedenti, e infine il dialogo tra le fonti che permette l'apertura del diritto a norme scritte e non scritte, sempre tramite una interpretazione costituzionale.

Parole-chiave: Diritto civile-costituzionale. Clausole generali. Poteri del giudice. Concretizzazione della norma.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - <i>Corpus</i> da pesquisa empírica da análise de conteúdo	23, 190
Tabela 2 - Resultado quantitativo dos indicadores	192
.....	
Tabela 3 - Quantitativos de recursos especiais em 2015.....	197

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Concretização constitucional por princípios e regras por Neves 90

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Tratamento dos dados da pesquisa empírica 193
.....

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 DA CRISE DA SOCIEDADE À CRISE DO ESTADO E DA DEMOCRACIA	25
2.1 DA CRISE DA SOCIEDADE À CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA	25
2.2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A REPRESENTATIVIDADE É REAL?	43
2.3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO MEIO DE GARANTIA DO INDIVÍDUO	49
2.4 PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NESSE CENÁRIO	59
3 A CONSTRUÇÃO UNITÁRIA DO ORDENAMENTO	73
3.1 A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO: PRINCÍPIOS, REGRAS E O CÍRCULO HERMENÊUTICO GADAMERIANO	73
3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: ABERTURA DO DIREITO PRIVADO AO NOVO SISTEMA DE FONTES	101
3.3 SUBSUNÇÃO <i>VERSUS</i> COMPREENSÃO: A PRODUÇÃO DO DIREITO NO CASO CONCRETO.....	118
3.3.1 A Compreensão para Karl Engisch	126
3.3.2 A Teoria Estruturante de Friedrich Müller – a concretização	131
3.3.3 A Dimensão Prospectiva em Luiz Edson Fachin	146
3.4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E RESPONSABILIDADE PELA CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA AO CASO CONCRETO.....	152
4 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO PREENCHIMENTO DE CLÁUSULAS GERAIS	161
4.1 CLÁUSULAS GERAIS.....	162
4.2 ABERTURA DO DIREITO CIVIL POR MEIO DAS CLÁUSULAS GERAIS	180

4.3 A POSIÇÃO DO STJ NO PREENCHIMENTO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL	184
4.4 PODERES DO JUIZ NA CONCREÇÃO DO DIREITO: AMPLIAÇÃO DOS PODERES E IDENTIFICAÇÃO DE PARÂMETROS.....	196
4.4.1 A legitimidade do Judiciário no modelo de democracia participativa.....	200
4.4.2 Os parâmetros à concreção do Direito.....	205
4.4.2.1 <i>A Tópica e a limitação do caso concreto.....</i>	<i>207</i>
4.4.2.2 <i>A fundamentação das decisões judiciais.....</i>	<i>221</i>
4.4.2.3 <i>Diálogo entre as fontes como meio para a concretização do Estado Democrático de Direito.....</i>	<i>234</i>
5 CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS.....	263
ANEXO A - Tabela de recursos especiais STJ.....	280
APÊNDICE A - Tabelas da análise de conteúdo	281

1 INTRODUÇÃO

A presente tese destina-se ao estudo sobre a atuação do Poder Judiciário no preenchimento de cláusulas gerais, na perspectiva do Estado Democrático de Direito e da constitucionalização do Direito Civil.

A realidade social da atualidade se mostra demasiadamente complexa, seja nas relações com o Estado, seja nas relações particulares, mas especialmente nestas, considerando a volatilidade do ser humano, a massificação das relações e condutas e a fluidez das relações entre pessoas. Nesse panorama, o Poder Legislativo tenta criar normas para assegurar a convivência e pacificação social, mas não consegue acompanhar a velocidade das situações cotidianas. Assim, o Estado mostra-se sempre atrasado na tutela legal das relações particulares, e a legalidade não consegue alcançar tal complexidade.

Ao mesmo tempo não se pode pressupor a existência de uma norma positivada para cada situação cotidiana, o que inviabilizaria até o conhecimento social das normas legais.

Para tentar suprir essa falta, percebe-se uma fuga da sociedade em direção ao Poder Judiciário, que busca acudir aos anseios sociais quando os outros poderes assim não o fizeram. Dessa situação, muito se discute sobre a posição do Judiciário frente a essa nova realidade, e situações como o ativismo judicial e a judicialização das políticas vêm sofrendo críticas e elogios da doutrina nacional e estrangeira.

Esse cenário, de recorrente busca ao Judiciário, resta comprovado pelos dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – por meio do Relatório Final de Metas Nacionais do Poder Judiciário do Quinquênio 2009-2013.¹ Tal relatório origina-se da Resolução CNJ nº. 70/2009, pela qual se estabeleceu um “Planejamento Estratégico do Poder Judiciário” com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e desenvolver uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa atuação o CNJ estabeleceu, entre outras medidas, metas de produtividade que atendam ao pressuposto da celeridade processual, buscando a razoável duração do processo.

¹ As metas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça são estabelecidas e aprovadas pelos Tribunais anualmente, mas o balanço do cumprimento das metas é publicado quinquenalmente. Assim, o balanço mais recente é 2009-2013. v. BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2009-2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/Relatorio_final_2009_a_2013_Resumo_Executivo_02_06_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

Percebe-se, pelos dados do balanço divulgado, que anualmente são distribuídos cerca de 14 milhões de processos, tendo esse número aumentado desde 2010 (concentrou-se apenas nas distribuições não criminais).² Já nos Tribunais Superiores, identifica-se um significativo aumento quantitativo de processos distribuídos.³

Pela análise dos dados referentes ao ano-base 2014, o CNJ divulgou em 2015, por meio do Relatório Justiça em Números⁴, as estatísticas do Poder Judiciário. Em sede de Justiça Estadual verifica-se a taxa de congestionamento (relação entre casos pendentes, baixados e novos) em torno de 74,2%, o que significa que “mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores seriam necessários quase 3 anos de trabalho para zerar o estoque”.⁵ Ou seja, pelos dados dos últimos anos percebe-se um aumento ou manutenção na quantidade de processos que consequentemente aumentam a taxa de congestionamento, que interfere diretamente na duração do processo.

Em particular no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶ o aumento da demanda processual se deu em 12% em relação ao ano anterior (2014 em relação a 2013), tendo o citado tribunal recebido cerca de 325 mil casos novos em 2014, somados aos 351 mil já em “estoque”, totalizando o quantitativo de 676 mil em tramitação em 2014. Ressalte-se que essa distribuição considera o número de 33 ministros naquela Corte. O mesmo relatório⁷ demonstra ainda que o índice de produtividade dos ministros do STJ (razão entre o total de processos baixados e o total de magistrados em atividade) diminuiu (-3,2%) em relação ao ano de 2013.

² BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2009-2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/Relatorio_final_2009_a_2013_Resumo_Executivo_02_06_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 10.

³ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2009-2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/Relatorio_final_2009_a_2013_Resumo_Executivo_02_06_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 14.

⁴ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014.** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.

⁵ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014.** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 75.

⁶ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014.** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 447.

⁷ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014.** Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 447.

Demonstra o relatório do CNJ que a taxa de congestionamento no STJ tem aumentado a cada ano. No próprio gráfico 9.5⁸ onde consta a “série histórica da movimentação processual” verifica-se o aumento constante desde 2012, além da informação em destaque que “o estoque e os casos novos apresentam tendência de crescimento”, percebendo-se que, pelas estatísticas, o futuro próximo manterá o nível ascendente.

Considerando que o relatório do CNJ com ano-base de 2015 ainda não foi publicado, passou-se a análise do relatório estatístico divulgado pelo próprio STJ⁹.

Confirmam-se os dados relatados, demonstrando-se que o STJ recebe cerca de 350 mil novos processos por ano, julga de 350 a 400 mil e mantém (nos últimos 3 anos) cerca de 250 mil pendentes por ano.¹⁰

Especificamente no tange a recursos especiais que serão objeto da pesquisa, no ano de 2015 julgou o citado tribunal 79.130 processos¹¹, tendo recebido 67.856 novos em distribuição, apenas no citado ano de 2015.¹²

Todos esses dados e números atestam que o Poder Judiciário é essencialmente a saída para atingir a pacificação do conflito e a segurança jurídica, considerando que outras estruturas sociais que antes se destinavam à resolução de conflitos, não mais se destinam a essa função, represando ainda mais a quantidade de lides.

Nesse panorama, constata-se uma crise no modelo da democracia representativa, em especial pelo panorama sociológico do Legislativo brasileiro, considerando que o cidadão enxerga então no Judiciário um meio de ser ouvido e de buscar a satisfação de seu direito. Para tanto, caberia ao julgador a aplicação da lei criada pelo Poder Legislativo, utilizando-se do método subsuntivo e com isso daria a resposta ao cidadão. O que não ocorre. Isso porque, como dito acima, a legislação

⁸ BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. p. 447.

⁹ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2015**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 29 set. 2016.

¹⁰ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2015**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 22.

¹¹ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2015**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 18.

¹² BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2015**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 17.

não socorre todas as situações cotidianas, tornando a tarefa de decidir tão complexa quanto a realidade que lhe é apresentada.

Constata-se então a seguinte celeuma: se o Poder Judiciário apenas aplicar a lei criada pelo Poder Legislativo pelo método subsuntivo, constata-se uma prevalência desse poder em detrimento daquele. Se o Poder Judiciário passa a criar as decisões suprindo as necessidades sociais pela falta dos outros poderes, passa a uma posição privilegiada de destaque, que é amplamente criticada por ser considerada arbitrária.

Verifica-se, então, que a jurisprudência, pela mera subsunção, também não alcança os anseios e a complexidade social, notando-se a necessidade de conceder ao Judiciário o poder de construir o Direito no caso concreto.

Concomitantemente, constata-se que o sistema jurídico não se resume à regra positivada, sendo formado pelo conjunto de normas, princípios, costumes, tradição, jurisprudência, tratados, normas administrativas, contratos, doutrina, enfim, todos os instrumentos que permitam ao julgador a construção de uma resposta adequada ao conflito. Nesse sistema não mais se admite um juiz estático mas, ao contrário, busca-se a figura de um juiz criativo, que atendendo aos princípios constitucionais e todas as regras que formam o sistema jurídico, consiga garantir à parte um processo justo com uma solução adequada.

Diante disso, verifica-se que o acesso a justiça tem se mostrado como o meio pelo qual o cidadão busca efetivar e concretizar os seus direitos, cabendo ao Judiciário estar suficientemente preparado para essas novas situações.

A partir de todas essas constatações, o presente estudo justifica-se na medida em que pretende estudar o fenômeno narrado e identificar como se dá a atuação do Poder Judiciário nos casos concretos buscando, primeiramente, verificar como está se comportando o julgador (pela pesquisa de análise de conteúdo de julgados do Superior Tribunal de Justiça) para, num segundo momento, propor a legitimidade do Judiciário na construção do Direito nos casos concretos que lhe são colocados sob análise, em especial pelo preenchimento de cláusulas gerais.

Por fim, identifica-se a tese com as balizas da linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização dos Direitos, do Programa de Pós-graduação em Direito Público, nível Doutorado, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Tal linha de pesquisa objetiva o estudo não apenas da hermenêutica em suas novas vertentes, mas também da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos

Tribunais, da Constituição e da Jurisdição e dos vínculos entre direito material e processual.

Pretende-se com o presente estudo utilizar-se da hermenêutica não apenas no viés interpretativo, mas também como meio de construção do Direito Civil. Ademais, busca-se pela pesquisa de análise de conteúdo de julgados perante o STJ, verificar o posicionamento do citado Tribunal no tema pesquisado. Por fim, pretende-se aprofundar o estudo no Direito Civil material, especificamente nas cláusulas gerais, mas também vinculá-lo Direito Processual, na medida em que a concreção do Direito ocorrerá na prestação jurisdicional, pelo que, também se alinha a tese com os estudos desenvolvidos pelo professor orientador.

Nesse cenário, formulou-se o problema principal da tese nos seguintes termos: A técnica legislativa das cláusulas gerais tem se mostrado uma realidade nas legislações contemporâneas, tanto processuais quanto materiais, e exige um Judiciário preparado para a sua utilização. As cláusulas gerais concedem ao juiz maiores possibilidades na construção da resposta ao caso concreto, com base nos pilares do Estado Democrático de Direito. Diante da nova realidade do Direito Civil constitucionalizado e da técnica das cláusulas gerais constante do Código Civil de 2002, como legitimar a atuação do Poder Judiciário permitindo a concreção do Direito das partes litigantes?

Determinou-se como objetivo principal, estudar a atuação e a legitimidade do Poder Judiciário no preenchimento de cláusulas gerais. Como objetivos específicos, que equivalem aos capítulos que serão desenvolvidos, pretende-se estudar a crise Estado e da democracia; analisar a unitariedade do ordenamento jurídico, analisar a função do Poder Judiciário na concreção do Direito bem como examinar a constitucionalização do Direito Civil; por fim, busca-se aprofundar a técnica legislativa dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, identificar a ampliação dos poderes do juiz no preenchimento das cláusulas gerais e propor parâmetros dos poderes do juiz no preenchimento das cláusulas gerais.

Para atingir tais objetivos, a pesquisa será perspectivada pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico. Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Por isto, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta a pesquisa: o “método”

fenomenológico-hermenêutico.¹³ Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico e das contribuições de Gadamer.¹⁴

Segundo Streck: “o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto.” [...] Em decorrência disso, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade.” Ao se aplicar esse movimento, constata-se que a “sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”.¹⁵ No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível partindo-se da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

Utilizou-se do método de estudo de caso, buscando-se a averiguação de como o Superior Tribunal de Justiça analisou e preencheu as cláusulas gerais da função social do contrato, boa-fé objetiva e função social da propriedade. A escolha desses três verbetes justifica-se na medida em que os mesmos enquadram-se perfeitamente no conceito de cláusula geral utilizado nessa tese configurando-se como disposição legislativa infraconstitucional com semântica aberta, permitindo a construção da

¹³ STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

solução jurídica de acordo com o caso concreto. A análise de conteúdo¹⁶ foi a técnica de pesquisa utilizada para a análise dos acórdãos.

Para a construção da tese, o principal método de procedimento foi o monográfico, a fim de estabelecer os limites, extensões e conexões dos conceitos estudados. Optou-se pelo método monográfico a fim de buscar um trabalho escrito, sistemático e completo; específico; pormenorizado e exaustivo; com tratamento preciso e claro e que traga uma contribuição científica original e importante.¹⁷

Empregou-se como técnica de pesquisa, primeiramente, a pesquisa bibliográfica, buscando conceituar cada categoria estudada, a partir dos estudos que antecedem esse trabalho. Entende-se que a pesquisa bibliográfica, segundo Marconi e Lakatos, abrange a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo¹⁸, compreendendo doutrina jurídica brasileira e estrangeira, bem como as legislações e publicações sobre o tema pesquisado. Assim, por meio da pesquisa bibliográfica foi possível abranger as fontes bibliográficas impressas do tipo publicações¹⁹ para a fundamentação necessária de cada categoria estudada.

Para o estudo de caso, serviu-se da pesquisa bibliográfica para estudar o repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015. Da análise jurisprudencial pode-se confirmar a hipótese sobre a legitimidade do Poder Judiciário no preenchimento das categorias estudadas.

Buscou-se todos os acórdãos publicados no Superior Tribunal de Justiça no marco temporal do ano 2015, em sede de Recurso Especial, conhecidos e cuja discussão utilizou os citados verbetes em suas ementas e fundamentação. Os julgados selecionados concentram-se nas Terceira e Quarta Turmas, e Segunda Seção, cuja competência se restringe ao Direito Privado, delimitação necessária no presente estudo. Limitou-se a 2015, pois nesse ano manteve a mesma composição de seus componentes (a última alteração ocorreu em setembro de 2014), imaginando-se que os mesmos intérpretes conferem uma interpretação mais fiel dos dados.

¹⁶ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Almedina, 1977.

¹⁷ LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 262-263.

¹⁸ MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71.

¹⁹ MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74.

Sobre a pesquisa empírica, jurisprudencial, partiu-se de uma pesquisa prévia de 155 acórdãos proferidos pelo STJ, e após a aplicação dos filtros e indicadores selecionados, selecionou-se apenas os recursos especiais conhecidos e cujo mérito tenha sido analisado. Além disso a ementa deveria indicar uma das três cláusulas gerais eleitas, boa-fé, função social do contrato e função social da propriedade, por se enquadrarem no conceito de cláusula geral de direito material utilizada no presente estudo. Após a aplicação dos filtros e indicadores, chegou-se aos seguintes números:

Tabela 1 - *Corpus* da pesquisa empírica da análise de conteúdo

Ano	Boa-fé	Função social do contrato	Função social da propriedade	Total
2015	29	4	3	36

Fonte: A autora.

Identificou-se 36 acórdãos para se proceder a análise de conteúdo²⁰, onde se procedeu a análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos selecionados, conforme consta explicitado no item 4.3.

Como dado quantitativo de comparação, obteve-se diretamente na Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica – Coordenadoria de Gestão da Informação, por meio de pedido junto à Ouvidoria do STJ, a informação da quantidade de Recursos Especiais publicados em 2015 pelas Terceira e Quarta Turmas e Segunda Seção, objeto da pesquisa, que pôde servir de dado comparativo em relação aos acórdãos selecionados pelos critérios acima indicados.²¹

De todo o exposto, propõe-se, portanto, a seguinte hipótese: no cenário do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem legitimidade para a concreção do Direito nos casos que lhe são colocados sob análise, podendo construir a resposta jurídica ao problema, utilizando todas as fontes do sistema jurídico, unitário. Diante dessa legitimidade e da unitariedade do sistema, o julgador tem o poder de preencher as cláusulas gerais, construindo o Direito no caso concreto, utilizando-se não apenas da legislação positivada, mas sim de todo o sistema jurídico por meio do diálogo entre as fontes, estando adstrito aos limites do próprio caso concreto, pela necessidade de fundamentação da decisão e pela obrigatória leitura principiológica constitucional.

²⁰ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Almedina, 1977.

²¹ Tabela 3 – anexo I.

Para alcançar os resultados pretendidos de solução do problema apresentado e confirmação da hipótese preliminar, no primeiro capítulo propõe-se um estudo acerca do Poder Judiciário e sua inserção no modelo de Estado Democrático de Direito atual. Para tanto busca-se estudar a evolução do Estado, analisando-se a evolução e crise da democracia representativa.

No segundo capítulo pretende-se analisar o sistema jurídico e sua unitariedade, caracterizando a atividade jurisdicional como o momento da concreção do direito. Busca-se afastar o modelo meramente subsuntivo para identificar no julgador a atividade criativa na construção da resposta e solução ao conflito. Por isso, assumem especial relevância as cláusulas gerais pois, por meio delas, resta a permissão para que o intérprete realize a tessitura entre o sistema e o fato jurídico analisado.

Todavia esse poder construtivo não pode ser ilimitado, gerando arbitrariedades. Por isso, no terceiro capítulo, identificam-se os parâmetros impostos pelo próprio sistema à atividade do julgador. Verifica-se que não há uma liberdade irrestrita na concreção do Direito, pois a resposta jurisdicional deve apresentar-se suficientemente fundamentada, pautar-se por todas as fontes do Direito e atender aos limites do próprio caso concreto analisado.

2 DA CRISE DA SOCIEDADE À CRISE DO ESTADO E DA DEMOCRACIA

As questões sociais, especialmente a complexidade da sociedade contemporânea, bem como de questões sobre a figura do Estado, da democracia e do Poder Judiciário na atualidade são o pano de fundo para o início do presente estudo.

2.1 DA CRISE DA SOCIEDADE À CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

A primeira modernidade foi marcada pela ideologia política-ideológica, conciliando princípios de base como a democracia, os direitos humanos e o mercado. A pós-modernidade primou por reorganizar o modo de funcionamento social e cultural das “sociedades democráticas avançadas” para atualmente chegar-se, conforme Lipovetsky²², ao conceito atual de “hipermodernidade”, com características extremadas, desde a economia até o terrorismo. A sociedade hipermoderna perpassa a noção do tempo futuro trazendo-o para o tempo presente, na medida em que o imediatismo assume especial relevância, desde a satisfação imediata de necessidades à busca pelo conforto e lazer.

Esses fatos, desde o imediatismo à massificação do consumo, contribuíram para a crise vivida pela modernidade líquida, assim nominada por Bauman²³, que aponta uma crise de identidade e redefinição dos valores sociais. Não se constata mais conceitos estanques, pois a sociedade e todos os seus elementos estão em constante fluidez e modificação. O mesmo autor aponta que a complexidade da modernidade no entrelaço constante da rigidez e fluidez, do individual e coletivo, tempo e espaço, ocasionaram a constante dúvida e crise da sociedade atual, pelo que se busca reposicionar indivíduos em suas condições e convicções particulares, bem como a comunidade coletivamente considerada em suas perspectivas e valores sociais.

²² LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 49-54.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Ao mesmo tempo, Beck²⁴ aponta a mesma crise como “modernização reflexiva” com mudanças significativas pós-marxistas e funcionalistas, indicando a busca por uma nova modernidade, que rompa com os paradigmas antecedentes, sem desconsiderar, contudo, que essa radicalização implica em desafios e transformações desde o campo individual até o político.

Fato é que essa nova realidade contribui para a mudança do papel do cidadão na sociedade, devendo-se ampliar os espaços de participação, bem como aumentar o dever estatal especialmente na prestação jurisdicional, pois o indivíduo está cada vez mais vulnerável, e as instituições sociais (tais como a família, religião etc..) cada vez mais enfraquecidas.²⁵

Um dos aspectos que reiteradamente é apontado pelos estudiosos da sociologia como causa da crise pela qual a sociedade contemporânea está atravessando, reside no fenômeno da globalização. Enquanto Bauman²⁶ vislumbra o seu lado negativo, como fenômeno natural, porém irreversível, Beck²⁷ consegue vislumbrar alguns aspectos positivos no fenômeno.

Em parcial oposição às críticas de Bauman²⁸ sobre a globalização, Zolo²⁹ explicita aspectos úteis e importantes, que não pode ser a única vilã da crise da sociedade contemporânea, cuja complexidade pode ser originadora de insegurança e medo. Para o autor “a globalização é, essencialmente, uma expansão da modernidade desde o âmbito europeu-ocidental até o mundo inteiro: é a modernidade em escala global” apontando, portanto, a coincidência entre globalização e modernização.

²⁴ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. trad. de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 16.

²⁵ LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 71; 83.

²⁶ O próprio autor afirma que sua posição reside numa posição intermediária entre os apologistas e os críticos da globalização, entre estes, Zygmunt Bauman. Em sua obra faz o panorama dos teóricos apologistas e críticos da globalização, firmando sua posição intermediária. v. ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 7; 21-31.

²⁷ BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. trad. de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

²⁸ O próprio autor afirma que sua posição reside numa posição intermediária entre os apologistas e os críticos da globalização, entre estes, Zygmunt Bauman. Em sua obra faz o panorama dos teóricos apologistas e críticos da globalização, firmando sua posição intermediária. V. ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 7; 21-31.

²⁹ ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 9; 16.

Segundo Lipovetsky³⁰ “o fim da divisão do mundo em blocos, o vazio ideológico, a globalização da economia e o enfraquecimento do poder estatal” contribuíram para o aumento de conflitos sociais. Sen³¹ narra que todas essas situações e mudanças sociais constantes e globais dificultam uma abordagem da justiça como conceito transcendental.

A despeito das consequências econômicas e políticas geradas pela globalização, que sem dúvida são os principais motes do fenômeno, bem como das posições sobre os benefícios ou malefícios do fato, o relevante para o estudo é a constatação de que a globalização, como fenômeno da sociedade contemporânea, retrata em muitas vezes a sua crise. A globalização levou a rediscussão do papel do Estado e do indivíduo, bem como das relações sociais por eles estabelecidas. Zolo³² aponta que a globalização teve especial influência para a transição do Estado Social ao Estado penal, daí a relevância do tema para a objeto da tese. O autor afirma que nesse novo contexto global houve a necessidade da adaptação das funções tradicionais do Estado, apontando o controle social como uma das funções centrais atribuídas às autoridades políticas nacionais.

Identificado um “espaço jurídico global”, Zolo³³ constata a crise vivenciada pelo “Estado de direito nos sistemas políticos da era da globalização”. Todo esse fenômeno gera algumas conclusões preliminares: a discussão sobre o sistema de fontes, sendo necessário desapegar-se da norma positivada em território nacional, diante da sua fragilidade no cenário internacional, bem como a discussão dos papéis originários do Estado, seja por meio do Legislativo ou Judiciário. No que tange ao sistema de fontes, houve a necessidade de ampliá-las para conceder ao costume, a *lex mercatoria*, ao

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 92.

³¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 360.

³² Para o autor “aos processos de globalização corresponde na maioria dos países ocidentais (e em alguns outros países latino-americanos, como Brasil, Jamaica e México), uma profunda transformação das políticas penais e repressivas: uma transformação que foi rotulada, como já mencionamos, de passagem do Estado Social ao Estado penal.” O autor desenvolve a ideia no plano das políticas criminais, identificando na realidade atual o “ideal cosmopolita kantiano de em ‘Estado de direito global’, adulados pelos *western globalists* e por Habermas recomendado ao altruísmo das grandes potências ocidentais[...]” V. ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 66-67. Ainda que a ideia seja desenvolvida no aspecto penal, cabe tratar desse fato na presente tese como reflexo das mudanças sociais enfrentadas pela sociedade contemporânea e as influências que a globalização exerce em todas as esferas sociais, em especial na rediscussão do papel do Estado.

³³ ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 73.

próprio contrato, um maior vigor, tendo em vista a ausência de regra para tutelar as situações internacionais.

Aponta a perda significativa da força normativa das legislações nacionais em relação aos acordos internacionais e acordos privados estabelecidos no cenário internacional, afastando a ideia da previsibilidade e da eficácia do direito interno, esclarecendo o seu aspecto positivo, de regular o mercado, e também negativo, de piorar a condição dos vulneráveis. No mesmo sentido Lipovetsky³⁴ afirma que “o mercado globalizado diminui o poder que as democracias têm de reger a si mesmas”.

Lorenzetti³⁵ narra que a inegável globalização do sistema jurídico já ocorre em temáticas como a questão dos direitos humanos ou na questão ambiental, mas ressalta a necessidade de respeitar as “particularidades nacionais” ou regionais, nomeadamente em matéria de direito privado. Garapon³⁶ aponta que as legislações supranacionais fundam as normas muito mais em princípios do que nas regras nacionais, e por isso abre-se o sistema para a entrada de novos postulados.

Ferrajoli³⁷, ainda que arraigado ao primado da constituição, admite a perda da efetividade e do controle constitucional no cenário globalizado, chegando a afirmar que para a retomada da certeza do direito necessário se faria conceber um “constitucionalismo sem Estado” seja em solo europeu, seja a nível internacional. Ou seja, desprende-se do texto constitucional nacional para um cenário além fronteiras, daí afirmar que o sistema de fontes precisa ser revisto e, portanto, ampliado.

No que se refere à rediscussão das funções do Estado, Zolo³⁸ narra a expansão da função judiciária e do poder dos juízes nesse novo panorama, que pode ser constatado multiplicação de cortes internacionais, chegando a falar da “judicialização do direito”, afastando-se da visão hobesiana de que o Estado nasce da “síntese de vontades” para concretizar o objetivo maior humano que é a preservação da vida.³⁹

³⁴ LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 100.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 64.

³⁶ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 38-9.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 455.

³⁸ ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 75.

³⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 24.

Percebe-se portanto a virada significativa que a sociedade e seus modelos realizaram ao longo do Século XX, sendo que a globalização como fenômeno social das últimas décadas contribuiu significativamente para essa viragem. Com facetas positivas e negativas, pode-se constatar que contribuiu para a complexidade da sociedade atual. Dito de outro modo, constata-se uma crise “no modo de organização da sociedade mundo afora, uma crise de múltiplas dimensões: política, econômica, social e também *jurídica*.”^{40 41}

Dessa nova realidade se extrai um novo indivíduo, com papel redefinido, construído a partir de uma “interação discursiva complexa” voltado muito mais às instituições sociais. Esse reposicionamento social é narrado por Beck⁴² junto com a crise e descrédito vivenciados pela política e pelo Estado, apontando uma crise de representatividade e de legitimidade desses entes.

Importante elucidar algumas características do modelo estatal nesse horizonte de complexidade social para propiciar a discussão do atual Estado Democrático de Direito.

Com a origem autoritária no fim da Idade Média⁴³, passando pelo modelo liberal, durante o Século XX, passando pelo social e chegando ao neoliberal, ao final do Século XX, Barroso⁴⁴ afirma que o “Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda da densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento de seu poder diante da globalização”, mas destaca que ainda assim mantém a sua função de grande

⁴⁰ CASTRO, Marcus Faro de. Globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 730.

⁴¹ Sobre a crise jurídica e também sobre a evolução dos modelos jurídicos para atender à necessidade da crise social: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

⁴² BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. trad. de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 28-36.

⁴³ Costa faz uma reconstrução histórica do Estado de Direito desde o Século XVI, a partir das experiências monárquicas europeias, perpassando pela experiência americana no Século XVIII. Nesse trabalho utilizou-se como marco temporal a experiência do Estado de Direito após o Século XX, mas registra-se esse conteúdo histórico com base em COSTA, Pietro. **O estado de direito: uma introdução histórica**. V. ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

instituição protagonista do mundo moderno com papéis fundamentais, em especial a entrega de prestações positivas e a proteção contra atuação abusiva dos particulares, não havendo cisão entre Estado e sociedade, mas sim àquele perseguindo os valores apontados por esta⁴⁵, característica presente no Estado Democrático de Direito.

Necessário se faz uma breve contextualização histórica comparada sobre o Estado de Direito a partir do Século XX.⁴⁶

No modelo alemão, o *Rechtsstaat* é um princípio fundamental e inalterável, e pode ser desdobrado nas exigências da confiança, certeza jurídica e na proibição da legislação retroativa. A atribuição da soberania se dá por meio do Poder Legislativo e a função constitucional por meio de uma Constituição escrita e flexível.⁴⁷ A experiência do regime totalitário alemão refletiu na posição ativa de seu Tribunal Constitucional como poder autônomo e independente em relação aos demais poderes, não estando submetido a qualquer outra ordem que não seja aquela de interpretar e dar efetividade à Constituição”.⁴⁸

No modelo inglês verifica-se a Constituição não escrita, um direito jurisprudencial, cuja principal fonte é o precedente, além da jurisdição constitucional ser difusa e o Parlamento assume uma posição superior. Já na experiência norte-americana a soberania é mais limitada e a Constituição se mostra rígida, mas o papel do Judiciário se destaca, criando regras e precedentes, quase que se equiparando à figura do legislador, num postura evidentemente ativista.⁴⁹ Cicconetti explica que no sistema estadunidense a Suprema Corte pertence ao Poder Judiciário, realiza controle de constitucionalidade, sem contudo afastar o controle exercido nos tribunais inferiores.⁵⁰

Percebe-se que, apesar de se tratar sempre da expressão “Estado de Direito”, a sua feição muda conforme a experiência em que está inserido, sendo que o contexto

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

⁴⁶ Sobre o processo no direito comparado v. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-215.

⁴⁷ FISHER, Howard D. **O sistema jurídico alemão e sua terminologia.** Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 11-16.

⁴⁸ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 236.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 311-342.

⁵⁰ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 268.

histórico e social influencia significativamente a adjetivação do termo. Zolo⁵¹ pretende então, por meio da análise de uma complexidade externa, unificar o conceito mesmo havendo a pluralidade das experiências do direito comparado, pois identifica em todas elas que o “Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno-europeu de dois princípios fundamentais: ‘difusão’ e ‘diferenciação’ do poder”, considerando que a difusão limita os poderes do Estado e amplia as liberdades individuais, e a diferenciação individualiza o sistema jurídico dos demais sistemas e também individualiza as suas funções. No mesmo sentido, Costa⁵² afirma que as distintas experiências trazem dois traços comuns, quais sejam, a tutela da esfera jurídica individual e a busca pela “válvula de segurança do sistema”.

Portanto, apesar das singulares experiências narradas, é possível identificar traços de semelhança que as aproximam, seja a difusão ou diferenciação do poder, sejam os pressupostos filosóficos e postulados de valor.

Cabe destacar entre os pressupostos filosóficos-políticos a força do direito e a consequente submissão do poder (seja Executivo ou Judiciário) ao direito (seja positivado ou natural). Essa submissão afasta discricionariedades e limita o exercício do poder⁵³. O autor também indica a tríplice função a ser desempenhada pelo Estado moderno europeu acima narrado: instrumento de ordem e estabilidade do grupo social; limitador do poder político; e garantia dos direitos subjetivos.

Aprofundando o princípio da difusão do poder, importa ressaltar que no Estado de Direito os indivíduos são titulares, portanto merecedores de proteção, de pretensões e poderes, em especial liberdade e propriedade. Os indivíduos são considerados “cidadãos titulares de poderes juridicamente reconhecidos” e isso implica em: atribuir ao sujeito na sua individualidade e levando em consideração a sua vontade própria; reconhecer a igualdade jurídica⁵⁴ entre esses sujeitos; garantir a certeza do direito como meio de reduzir a complexidade social e reduzir a

⁵¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31

⁵² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 148.

⁵³ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 35-36.

⁵⁴ Aqui não se está tratando da igualdade substancial, mas sim da concreta titularidade de direitos.

insegurança, em especial em relação aos atos dos poderes Executivo e Judiciário⁵⁵; e, por fim, reconhecer os direitos subjetivos como “atributos normativos originários dos indivíduos”⁵⁶, importando não apenas no reconhecimento, mas sim na garantia dos mesmos no âmbito Judiciário, inclusive contra o próprio Estado.

Sobre o princípio da diferenciação do poder, destaca-se que o sistema do Direito se desvincula dos demais (econômico, ético e religioso, por exemplo), e internamente separa as instituições legislativas das administrativas.⁵⁷ Ainda sobre a diferenciação do poder Zolo⁵⁸ aponta uma característica relevante do Estado de Direito para a presente tese: o primado do Poder Legislativo em relação aos demais poderes. Explica que aquele goza de um primado funcional por emanarem dele normas gerais, que necessariamente devem ser seguidas pelos demais, em especial face ao princípio da legalidade, porém em todas as experiências acima narradas existem limitadores ao Judiciário, seja politicamente (Grã-Bretanha, Alemanha e França) seja pela via judiciária (Estados Unidos).

Ao lado do primado do Legislativo, Novais⁵⁹ aponta a divisão dos poderes como essencial ao Estado de Direito, pois garantindo essa autonomia de cada poder impede-se a influência recíproca entre os mesmos. Importa essa peculiaridade no presente estudo, considerando que no contexto da complexidade da atual sociedade se percebe que o Judiciário tem assumido a posição de protagonista, seja pelos

⁵⁵ Um dos objetivos buscados nessa tese alinha-se exatamente com esse pressuposto do Estado de Direito, já que se pretende estabelecer limites de preenchimento para as cláusulas gerais, trazendo ao Poder Judiciário indicativos limítrofes para a sua atuação, buscando senão o princípio da segurança jurídica.

⁵⁶ Zolo acolhe a taxionomia histórico-sociológica de Thomas Marshall categorizando os direitos subjetivos em civis (vida, liberdades, intimidade), políticos (elegendo e sendo eleitos) e sociais (trabalho, saúde, assistência e previdência social). Explica que os direitos sociais “permanecem estranhos à lógica funcional do Estado de Direito” pois sua tutela iniciou-se no *Welfare State*, porem no modelo do Estado de Direito pretensamente se busca que os indivíduos se afirmassem socialmente, “sem recorrer a paternalística do Estado” V. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37-43. Costa por sua vez admite como característica do Estado de Direito no Século XX após as experiências totalitárias, que os direitos sociais, ao lado da liberdade e da propriedade passam a compor o conceito de Estado de Direito. V. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188.

⁵⁷ No mesmo sentido Guastini separa as funções legislativa e judicial: GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge:** lezioni di diritto costituzionale. Torino: Giappichelli, 1995. p. 25-33.

⁵⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 45-47.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** Coimbra: Almedina, 2006. p. 86-9.

fenômenos da judicialização da política ou do ativismo judicial, narrados em item a seguir.

Dessas premissas Zolo⁶⁰ conceitua o Estado de Direito como

a versão do Estado moderno europeu, com base em uma filosofia individualista (com o dúplice corolário do pessimismo potestativo e do otimismo normativo) e através de processos de difusão e diferenciação do poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos, contrastando, com essa finalidade, a inclinação do poder ao arbítrio e à prevaricação.

Pode-se identificar no conceito acima transcrito o modelo de Estado de Direito moderno, apontado por Ferrajoli⁶¹ como Estado Legislativo de Direito.⁶² Segundo ele o traço comum na experiência europeia-continental do Estado moderno, condensada na expressão do *Rechtstaat*, encontra-se no momento em que o Estado toma para si o monopólio da lei e baseia-se estritamente no princípio da legalidade⁶³, como fonte exclusiva do Direito: dele emergem as regras que regulam a sociedade (antes pulverizadas em outros sistemas) bem como o monopólio da jurisdição. Ribeiro⁶⁴ afirma que “o monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado”, assumindo para si a realização dos interesses, a começar do postulado da efetividade.

Silva⁶⁵ aponta o modelo de Estado Legislativo de Direito como Estado Liberal de Direito, fundado basicamente na submissão à lei, na divisão dos poderes e nas garantias fundamentais. Como principal característica do Estado de Direito liberal Novais⁶⁶ aponta a separação entre Estado e Sociedade, Estado e moral, bem como

⁶⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.

⁶¹ A utilização da obra de Ferrajoli no contexto da presente tese se dá no aspecto histórico de definição do conceito de Estado de Direito e democracia. Isso porque o posicionamento garantista e positivista do autor, bem como os posicionamentos acerca da separação de direito e realidade, e direito e moral, são contraditórios ao objetivo do estudo.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 418-424.

⁶³ No mesmo sentido estudando o império da lei no cenário do Estado de Direito Liberal: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 93-102.

⁶⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36-8.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 115.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 60.

política e economia. Explica que o objetivo⁶⁷ do Estado de Direito Liberal reside na proteção dos direitos e garantias fundamentais, baseados no primado da legalidade, mas os interesses que esse objetivo atendia nem sempre estavam voltados à maioria, mas muito mais de uma minoria burguesa, resumindo seus elementos aos direitos fundamentais e a divisão dos poderes.

Esse modelo deu origem a um modelo intermediário, de Estado Social de Direito, antes mesmo do modelo neoliberal. Na busca pela justiça social, o modelo social sofreu inúmeras críticas, em especial por seus fundamentos não se basearem no ideal democrático. Não se pode negar, no entanto, apesar da limitada experiência brasileira⁶⁸, que basear o modelo de Estado de Direito apenas no princípio da legalidade, o que se verificou em algumas experiências de Estado Social, não é suficiente, pois apenas a legalidade pôde inclusive fundamentar experiências fascistas e nazistas.⁶⁹

Para Bonavides⁷⁰ deve-se diferenciar o Estado social do marxismo do Estado social das democracias, no aspecto formalista. Ambos apresentam o dirigismo como característica, mas no primeiro o dirigismo se forma “de cima para baixo” com o desaparecimento da infraestrutura capitalista e a apropriação dos meios de produção. Já o segundo, inverte-se, e o dirigismo foi construído “de baixo para cima”, de forma consentida, sem interferir nas estruturas do capitalismo.

A fundamentação e sustentação do Estado Social estavam na justiça social, baseada na liberdade e na igualdade, porém a ética deve ser um limitador de todos esses fundamentos, sob pena de se cometer arbitrariedades:

El problema del Estado de Derecho consiste en crear una situación de bienestar general que garantiese el desarrollo de persona humana y respete el ordenamiento jurídico. ¿Es posible conseguir esa situación sin una perspectiva ética? Si se parte de la tesis de que el hombre es resultado de las condiciones sociales, se hace caso omiso de las leyes morales que se consideran como meras ideologías, entonces lo veo difícil. En cambio, admitiendo la exigencia de leyes morales que obligan al hombre, la fundamentación ética del Estado de Derecho es

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 71-5.

⁶⁸ Streck aponta que “o Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro)” V. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.189.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 118.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

indudable. Puede obtenerse el bienestar social sin ninguna preocupación ética, pero se corre el riesgo de disociar la intimidad moral humana de las ventajas materiales, dejando al hombre insatisfecho.⁷¹

Afora a consagração dos direitos sociais, relevante no modelo de Estado Social, destaca-se a superação da separação entre Estado e sociedade que se fazia presente no modelo liberal, para depois se chegar ao modelo do Estado Social de Direito, no qual se pretendeu conjugar os elementos do Estado de Direito ao princípio da socialidade assumido pelo Estado. Ou seja, apesar de não mais se ver a separação estanque entre Estado e sociedade, percebe-se a manutenção de alguns elementos do Estado liberal, tais como a divisão de poderes e a proteção de direitos e garantias fundamentais.⁷²

Segundo Verdu⁷³, na passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito percebe-se da mudança da posição imparcial do primeiro, para uma função mais ativa do segundo, deixando de ser “formal, neutral e individualista, para transformase em Estado material de derecho, en cuanto adopta una dogmática y pretende la justicia social”.

Bonavides⁷⁴ afirma que o Estado Social apresenta o equilíbrio entre o constitucionalismo contemporâneo e os direitos da personalidade, demonstrando claramente a sua preferência pelo modelo, mesmo admitindo a dificuldade da sua implantação.

A narrativa acerca do Estado Social tem interesse meramente histórico para esse trabalho, seja porque o Brasil não passou por uma experiência intensa desse modelo, seja porque o modelo não logrou o êxito pretendido, de realizar a justiça social.⁷⁵

Chega-se a um modelo constitucional no fim do século passado, quando não apenas a legalidade, mas a supremacia da Constituição passa a ter importância. A

⁷¹ VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 92-3.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 179-206.

⁷³ VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 94.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Malheiros, 2001. p. 204.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 120.

existência do modelo de Estado de Direito em seu sentido restrito, que Ferrajoli⁷⁶ chamou de Estado Constitucional de Direito, onde a principal característica reside no controle exercido pela lei, em especial pela Constituição, nas diversas estruturas estatais. Afirma que a elaboração da lei e a sua aplicação pelo intérprete devem ocorrer à luz da regra constitucional e dos princípios por ela protegidos. Nessa mesma toada, caberá à ciência jurídica e a jurisprudência a supressão de lacunas legislativas e antinomias, buscando sempre as garantias constitucionalmente protegidas.

Portinaro⁷⁷ resume que no Estado Legislativo de Direito a garantia dos direitos fundamentais encontra-se unicamente na política legislativa, enquanto que no Estado Constitucional de Direito a mesma garantia é remetida à Constituição, esta presidida por um órgão que exerce o controle de constitucionalidade.

Costa⁷⁸, por sua vez, também traçando um panorama histórico do Estado de Direito no Século XX, ressalta como “pontos-chave”, fundado na contribuição kelseniana, a relação hierárquica entre lei e constituição, portanto permitindo o controle da atividade legislativa, que se fará jurisdicionalmente e o controle da soberania e dos atos do estado soberano; bem como, a inclusão dos direitos sociais, além dos subjetivos já tutelados (liberdade e propriedade) e, por fim, o esgotamento das razões histórico-políticas da sua origem, o que redundará, necessariamente, na transvaloração do modelo de Estado de Direito.

Dessa contextualização conceitual, da “submissão da política ao direito, ou seja, o governo por meio do direito”⁷⁹, percebe-se que o Estado de Direito, aliado a complexidade da sociedade e ao processo de globalização narrados ao início, enfrenta manifesta crise, em especial no que concerne à capacidade reguladora da lei e da decrescente proteção dos direitos subjetivos, além do declínio da soberania⁸⁰.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 425-7.

⁷⁷ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 472.

⁷⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 171-2.

⁷⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 13.

⁸⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 70-82.

Pode-se acrescentar também que a globalização interfere no conceito de território, bem como a busca pelo bem comum não se tem verificado na constante negação de direitos fundamentais, além da soberania sofrer com o constante “questionamento da legitimidade das decisões estatais”⁸¹, demonstram inequivocamente a crise do modelo liberal.

Um dos aspectos relevantes da crise, destaca-se a crescente produção legislativa, cada vez mais específica e particular, e que, ao invés de regular a sociedade, muitas vezes limita-se a autoreprodução. Assim, a quantidade de leis acaba por desacreditar e instabilizar o direito como sistema, e comprometer a certeza do direito como elemento do Estado de Direito.⁸² Se a certeza e a firmeza da lei, a previsibilidade e o controle da ação do poder são tão caros ao modelo do Estado de Direito, percebe-se que a inflação legislativa⁸³ que nasce de decisões unilaterais e arbitrárias do legislador geram exatamente o oposto: incerteza e insegurança.^{84 85}

Para Ferrajoli⁸⁶ os modelos narrados por ele (Legislativo e Constitucional) estão em crise, apontando, da mesma, forma a inflação legislativa e acrescentando um novo componente: a disfunção da linguagem legal. Segundo o autor, o texto legal está cada vez mais impregnado de expressões imprecisas, ambíguas e obscuras, o que gera maior possibilidade de interpretações, que poderão aumentar o grau de

⁸¹ CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 111.

⁸² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74-75.

⁸³ Narrando o fenômeno da inflação legislativa e conseqüente frustração constitucional Barroso afirma: “é de se reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário Legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade. Não é difícil de se apreender o fenômeno. O jurista e o legislador, diante das questões com que se defrontam, costumam atuar com o instrumento que lhe é familiar: a lei. E, assim, em um positivismo às avessas, envolvem sob o manto normativo relações que não se subordinam a preceptivos jurídicos.” V. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49.

⁸⁴ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 191.

⁸⁵ No mesmo sentido: WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Trad. Raul Guichard. In: **Direito e justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa., v. 14., t. 3. 2000. p. 51-75 Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 440.

discricionariedade do Judiciário e que, por sua vez, podem contribuir para a redução da certeza do direito e da efetividade do princípio da legalidade.⁸⁷ Resume a crise:

Declínio dos Estados nacionais, perda do papel normativo do direito, multiplicação e confusão das fontes, inutilização do princípio da legalidade, tanto formal quanto substancial, e crise da política e sua capacidade projetual, estão, portanto, minando o Estado de Direito em seus dois paradigmas, a saber: o paradigma Legislativo e o constitucional. Não é possível prever o resultado dessa crise: se será uma crise destrutiva, sob a égide do primado da lei do mais forte ou, ao contrário, uma crise de transição para um terceiro modelo ampliado de Estado de Direito. Sabemos apenas que tal resultado irá depender, ainda mais uma vez, do papel que a razão jurídica e política será capaz de desempenhar.⁸⁸

Silva⁸⁹ resume a crise do Estado de Direito em uma crise da ética política, que acaba por ocasionar uma crise de confiança, “já que a ética utilitária corrói fundo a consciência moral das pessoas” numa evidente crise de confiança.

Na realidade brasileira, Reale⁹⁰ retrata o panorama social desde à época da ditadura militar chegando ao social-liberalismo dos anos 90, apontando os conflitos de ideologias desde o passado. Aponta a evolução jurídica e legislativa pós Constituição de 1988, em especial pela adoção do Estado Democrático de Direito, e seus princípios, e pela divisão e equilíbrio entre os três poderes.⁹¹ Além de aprofundar os princípios do Estado Democrático de Direito, o autor reconhece a importância da sociedade na tomada de decisões, reconhecendo o comportamento dos cidadãos como mais importante do que todo o aparelho institucional, apontando senão a

⁸⁷ A principal obra de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Laterza, 2007.) faz uma profunda abordagem sobre metodologia de direito, estado de direito e democracia, tendo sido bastante questionado por outros estudiosos dos temas. Após a publicação da obra em 2007, Ferrajoli foi amplamente criticado sendo que o resultado das discussões foram publicados pela Revista Doxa (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y democracia constitucional: una discusión sobre *Principia Iuris*. In: **Revista Doxa**. v. 31. p. 207-436. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portales/doxa>. Acesso em: 29 set. 2016.) com seus principais pontos narrados em TRINDADE, André Karam. A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do ‘Seminário de Bréscia’ e da discussão sobre *Principia Iuris*. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 103, p. 111-137. jul./dez. 2011.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 449.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 121.

⁹⁰ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflitos de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 12-3.

⁹¹ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflitos de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

democracia participativa como meio de efetivar os primados constitucionais. Sua contribuição individual, que refletirá no capítulo específico sobre o Direito Civil, é trazer o indivíduo e seus direitos humanos como valor-fonte do ordenamento.⁹²

Na passagem do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito é relevante ressaltar o papel assumido pela lei, pois no novo modelo não se pode ficar “limitado a um conceito de lei que imperou no Estado de Direito clássico”, pois a lei assume a função de tutelar direitos e garantias e influir diretamente na realidade social. Ou seja, o Estado Democrático de Direito não apenas reúne as características do Estado de Direito com o Estado Democrático, mas sim revela “a criação de um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois tipos de Estados, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*”. Dito de outro modo, afora os princípios já consagrados no Estado de Direito, aliou-se ao novo modelo o conceito da democracia, que, sendo orientada pelo valor da dignidade da pessoa humana, efetiva um processo de convivência social, baseada na participação do povo, pluralista e pressupondo o diálogo.⁹³

Ultrapassou-se a atuação do “Estado Social” e do “Estado de Direito” pois, no atual Estado Democrático de Direito tem-se uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”.⁹⁴ A principal distinção reside no modo de verificar as liberdades. Enquanto que no Estado de Direito havia liberdades negativas que geravam uma possibilidade de defesa e distanciamento do Estado; no Estado Democrático de Direito há liberdades positivas que legitimam o poder do indivíduo a partir dos pressupostos da democracia e do primado da soberania popular: “todo o poder vem do povo”.⁹⁵

Um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é aproximar a norma da realidade⁹⁶ preocupando-se com a questão social, particularmente no viés do princípio da igualdade.

Uma das principais características do Estado Democrático de Direito é buscar um conteúdo de transformação da realidade aliada a preceitos que persigam a

⁹² REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflitos de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 100.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125-8.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

igualdade e a efetividade, sendo o Estado Democrático de Direito um instrumento de ação concreta do Estado⁹⁷ e de “transformação das estruturas da sociedade”⁹⁸.

Chegando-se, então, no conceito ou tentativa de conceito do Estado Democrático de Direito, verifica-se que segundo Zolo⁹⁹, a democracia aparece como elemento apenas no momento em que pretende universalizar e impor internacionalmente (fora do contexto europeu), a ideia de Estado de Direito. Segundo Zolo¹⁰⁰, concordando com Bobbio, a democracia acresce ao Estado de Direito temas como “soberania popular, efetiva participação dos cidadãos nas decisões coletivas, as regras e os valores da representatividade, o pluralismo dos sujeitos da competição política, as *responsiveness* dos governos”, que juntamente com a soberania popular e a universalidade dos direitos subjetivos, atinge-se a universalização do conceito original. Novais¹⁰¹ narra, além dessas características, que no Estado Democrático de Direito, verifica-se a efetividade na proteção dos direitos e garantias individuais alinhando-se ao primado da dignidade da pessoa humana.

Costa¹⁰², por sua vez, traz uma retrospectiva histórica do Estado de Direito a acresce o requisito da democracia quando o narra a partir da reflexão kelseniana inaugurando a fase do Estado de Direito Constitucional, quando a constituição se destaca como “válvula de fechamento do Estado de Direito”, aparecendo portanto a lei maior como “um instrumento eficaz para a proteção da minoria e, portanto, como uma forma de propicia ao desenvolvimento da democracia”. Aponta que a “democracia implica em aceitação e compartilha de um núcleo de valores e princípios fundamentais, que não exclui, porém, a diferenciação das perspectivas e estratégias, o pluralismo, o conflito, mesmo que regulado e dissolvido pela aceitação de regras comuns”.

⁹⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 86.

⁹⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 52-63.

¹⁰⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 207.

¹⁰² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 160-9.

Silva¹⁰³ traz a necessidade de aliar o conceito de democracia ao conceito de Estado de Direito, pois trata-se de conceito com maior abrangência no que toca à realização dos valores da igualdade, liberdade e dignidade, bem como as garantias constitucionais. Para Neves¹⁰⁴, ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF) pode-se atribuir “tanto o princípio do Estado de Direito quanto o princípio democrático, que se encontram em relação paradoxal de complementariedade e tensão”.

Ao acrescentar o conceito da democracia ao Estado de Direito, Silva¹⁰⁵ apoia-se na Assembleia Constituinte de 1988, ao narrar que a Constituição não poderia, naquele momento histórico ser um simples documento que garante direitos ao povo. A Constituição não pode se limitar à democracia na forma de sua formação, mas sim deve privilegiá-la em seu conteúdo, buscando assegurar justiça social.

Ou seja, ao prever o Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira (vista como um processo de concretização da convivência social) deve fundar-se em dois preceitos fundamentais para a democracia: igualdade e liberdade.¹⁰⁶ Para Silva¹⁰⁷

Democracia é regime de garantia de realização dos direitos fundamentais do Homem, que se fundamenta em dois princípios primários: *a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder (o poder emana do povo); b) a participação do povo no poder, para que este seja efetiva expressão de vontade popular.*

Assim, a democracia resta incluída no conceito de Estado de Direito, como vínculo entre o povo e o poder¹⁰⁸, meio de realizar os direitos fundamentais dos partícipes da sociedade.

Canotilho¹⁰⁹ acrescenta ainda a constitucionalidade e explica que o “Estado constitucional é mais do que o Estado de Direito” pois o elemento democrático busca legitimar o direito dos direitos fundamentais e legitimar a ordem de domínio e o

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114.

¹⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 90.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 46.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 47.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 46.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 99-100.

exercício do poder político. Por isso, a soberania popular como argumento democrático juntamente com os direitos fundamentais são a base do chamado Estado Constitucional Democrático. Castanheira Neves¹¹⁰ ressalta a jurisdição constitucional, sendo que o controle jurídico dos poderes político e executivo ultrapassam a fronteira de um “Estado-de-legislação” para um “Estado-de-Constituição”, concretizando uma verdadeira jurisdição material, pois ultrapassa o texto da lei para atingir o princípio da justiça como ideal a ser perseguido.

Em resumo, Barroso¹¹¹ afirma que o Estado Democrático de Direito como conhecido na atualidade, num primeiro momento foi concebido como mero Estado Legislativo de Direito. Nessa primeira fase a Constituição não era aplicada diretamente e era vista apenas como carta política, passando-se num segundo momento ao chamado “Estado Constitucional de Direito”, onde a Constituição ocupa o centro do sistema de forma suprema, passando a valer como norma jurídica. Nesse momento, inaugura-se a supremacia e importância do Poder Judiciário, em especial as supremas cortes, que assumem a função de interpretação do texto constitucional, conforme se verá à frente.

Diante dessa realidade, especificamente no Brasil, Campilongo¹¹² aponta as dificuldades enfrentadas no sistema político, diante da falta da representatividade, no sistema econômico, perceptível diante da sua ineficiência, no sistema social, pela desintegração social e até cultural, diante do descrédito nas instituições. Ou seja, está diante de um Estado com instituições que demonstram falhas na regulação e na repressão.¹¹³ Ademais, o perfil institucional brasileiro é altamente fragmentado, o que redundava em burocracia exagerada e ineficiência de políticas públicas.

Pelo todo o exposto acima, pode se constatar que a realidade do modelo estatal ultrapassa um período de intensa crise social, cultural, política e econômica. Seja pela inabilidade na condução das políticas públicas, seja pela falha na concretização dos direitos fundamentais, e até pela falha na concretização do pressuposto democrático.

¹¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 444.

¹¹² CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51-2.

¹¹³ CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53.

A crise então vivenciada acaba por gerar inúmeras discussões jurídicas acerca do modelo democrático e da análise da posição proativa que o Poder Judiciário tem ocupado nesse cenário contemporâneo e complexo, o que se pretende nos itens a seguir.

2.2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A REPRESENTATIVIDADE É REAL?

Nessa perspectiva, a democracia encontra-se em conhecida crise de identidade, já que não mais atende aos anseios e desejos imaginados pelos seus idealizadores. Bobbio¹¹⁴ narra, desde a década de 80, que a democracia está em crise e “não goza de ótima saúde”, relatando as diversas fragilidades e vulnerabilidades do modelo de representatividade atual.

Costa¹¹⁵ demonstra que desde a origem do *rule of law* o poder do Parlamento “está politicamente condicionado por limites internos e externos: já que o mecanismo eleitoral permite aos cidadãos exercer uma influência sobre o Parlamento e, quando essa influência é insuficiente, está sempre aberta a possibilidade da desobediência e da resistência”. Costa¹¹⁶ narra uma das mais evidentes tensões no Estado de Direito desde a modernidade, qual seja, a constante queda de braço entre poder e direito, entre soberania e lei. Por essa narrativa percebe-se que desde a concepção da ideia do Estado de Direito verifica-se que os sistemas da política e do direito entrecrocavam-se.

A ideia de democracia representativa¹¹⁷ entra nesse colapso após a constatação de que os representantes não mais apresentam a legitimação necessária para a representação do povo e não mais defendem os interesses sociais da maneira que se mostra necessária, em especial diante das corruptividades constatadas nas

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 9.

¹¹⁵ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 142-3.

¹¹⁶ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 142-3.

¹¹⁷ A representatividade aqui entendida como o poder formado a partir da submissão “da vontade de todos a vontade daqueles que os represente, e das suas decisões à sua decisão” V. ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 25.

últimas décadas. Constatase que se passa por um período nebuloso, pois a própria representatividade e funcionalidade dos parlamentos e a perda da nobreza política do Legislativo ocasionaram uma fraqueza no modelo.¹¹⁸

Ao analisar o panorama acima, Bobbio¹¹⁹ destaca, principalmente, seis promessas não cumpridas da democracia atual:

A primeira, o nascimento de uma sociedade pluralista: o nascimento da democracia se deu numa realidade individualista e ela buscava afastar tal individualismo criando uma sociedade em que o povo soberano optasse por seus representantes e, entre aquele e estes não haveria nenhuma distinção de classe. O que não ocorreu, pois a representatividade propicia muito mais a divisão em classes do que o modelo anterior.

A segunda, a revanche dos interesses: o modelo democrático deveria buscar uma representação política, ou seja, a partir da escolha do representante não haveria, por parte deste, nenhuma vinculação ou mandato que o unisse aos representados. Essa realidade se contrapõe à representação dos interesses que se vislumbra na atualidade, onde os representantes ainda ficam vinculados àqueles que o elegeram, gerando não uma representação do povo tal qual a ideia original, mas sim a representação de apenas um grupo ou classe.

A terceira, a persistência das oligarquias: a inspiração original da democracia representativa era a de identificar o princípio da liberdade como autonomia, o que não se verificou. Mantém-se as elites no poder tal como ocorria nos regimes autocráticos.

A quarta, o espaço limitado: o sufrágio universal é o único espaço em que o cidadão efetivamente exerce a sua opção de representação. Numa democracia ideal (que o autor denomina “democracia direta”) devem-se ampliar não a quantidade de votantes, mas sim os espaços de participação decisória.

A quinta, o poder invisível: pretendeu-se eliminar o poder invisível, porém sem êxito. Bobbio narra a realidade italiana dos anos 80, de que nada difere da atual brasileira. Percebe-se uma representação de classes e a existência de um poder invisível, ao mesmo tempo em que a grande massa não se sente devidamente representada.

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 446-7.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 9.

A sexta, o cidadão não educado: a busca pela educação para a cidadania é a última promessa não cumprida apontada pelo autor. O que se percebe, mesmo com a insatisfação generalizada, é uma apatia política de toda a sociedade.

Portanto, diante da constatação de Bobbio, nota-se que a distância do poder público dos cidadãos, a falsa ideia de que o Legislativo representa o povo, a insatisfação em relação ao Estado, indicam a crise democrática pela qual o Brasil e o próprio modelo democrático estão atravessando. Mas ao final, o autor aponta um visão do futuro desde as conquistas democráticas das últimas décadas, em especial dos direitos de liberdade, que ainda diferenciam significativamente os regimes atuais dos autocráticos e totalitários de outrora.¹²⁰

Finley¹²¹ reforça o último argumento apontado onde ressalta uma “apatia política” no cidadão do Século XX, que coloca de um lado aqueles que permanecem inertes e de outro aquele que contribui para movimentos extremistas. No comparativo com a realidade da antiguidade, percebe-se a participação efetiva na história do passado. Da mesma forma Sen¹²² narra as origens gregas da democracia na antiguidade, demonstrando que o debate e a participação eram efetivos naquela remota realidade.

Novamente a realidade social implica na discussão das bases sociais da sociedade complexa, atingindo também o modelo democrático atual. Situação agravada pela globalização no mundo contemporâneo. Seja pela supressão de fronteiras, pelo multiculturalismo ou pela revolução dos meios de comunicação, a democracia exige não apenas o acesso à informação, então facilitado pelo processo de globalização, mas também na criticidade do cidadão na tomada de decisões, o que não se tem verificado na contemporaneidade. Nesse sentido:

Se por democracia se entende, em uma acepção prudente e minimal, um regime no qual a maioria dos cidadãos está em condições de conhecer e de controlar os mecanismos de decisão política e de exercitar direta ou indiretamente alguma sorte de influência nos processos decisoriais, então existem muitas dúvidas de que as tecnologias telemáticas possam contribuir para uma difusão transnacional dos valores e das instituições democráticas. A possibilidade de tomar decisões políticas pertinentes depende muito

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 9.

¹²¹ FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Trad. Waldéa Barcellos, Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 91-126.

¹²² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 363-7.

menos da disponibilidade de técnicas de comunicação rápida do que da capacidade dos atores sociais em controlar e selecionar criticamente as próprias fontes cognitivas, em um contexto de geral transparência, seja dos mecanismos de emissão, seja dos processos decisoriais.¹²³

Lorenzetti¹²⁴ trata do multiculturalismo como uma crise da homogeneidade cultural e narra que essa diversidade pode afetar a decisão judicial. Como consequência da crise do Estado de Direito, a apontada inflação legislativa, foi apontada por Ferrajoli¹²⁵ também como estopim da crise da política e da democracia. Explica o autor que diante da infinitude de regras, com textos imprecisos, obscuros e ambíguos, a ideia da representatividade cai por terra, pois a interpretação se dará no cerne do processo pelo escólio do Poder Judiciário.

Além disso, Ferrajoli¹²⁶ descreve que a crise na unidade e coerência do sistemas de fontes contribui para o enfraquecimento da representatividade: após o momento em que os países se organizam em blocos econômicos e produzem legislação por meio de tratados, regulamentos, diretrizes e decisões internacionais, acabam deixando de lado as regras nacionais, inclusive a própria Constituição. “Desse modo, a estrutura constitucional das democracias nacionais resulta deformada, seja sob o perfil da representatividade política das novas fontes, seja sob o perfil dos seus vínculos constitucionais: em suma, todo o paradigma do Estado Constitucional de Direito”.

Segundo Ferrajoli¹²⁷ resta enfraquecida a democracia em sua dimensão formal, na medida em que politicamente os órgãos internacionais no cenário globalizado não possuem representatividade, bem como em sua dimensão substancial, ao passo em que não se verifica sujeição à lei, nem sequer controles de constitucionalidade

¹²³ ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 55.

¹²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 64.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 442.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 443.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 454.

suficientemente seguros naquele cenário. Para Portinaro¹²⁸ a jurisprudência constitucional contribuiu para a crise da democracia, pois ao fazer a interpretação dos direitos fundamentais como norma de princípio pode fazê-los prevalecer diante da clássica democracia e do Estado de Direito.

Clève e Lorenzetto¹²⁹, ao refletirem sobre a lei da ficha limpa no panorama do ativismo e da jurisdição constitucional, trazem à lume a discussão acerca da crise da democracia representativa, afirmando que não basta apenas a imposição da vontade majoritária no modelo representativo. Afirmam que o desacordo público é essencial e que a “participação política do povo na tomada de decisão a propósito dos rumos das instituições públicas é indispensável, porém insuficiente”¹³⁰, concluem que o diálogo deve ser possibilitado, mesmo após a deliberação pela maioria. Garapon¹³¹ narra a crise da democracia e vislumbra na justiça a forma de concretização dos valores e princípios universais, numa defesa do ativismo judicial em seu sentido positivo.

Campilongo¹³² por sua vez narra o impasse vivido pela regra da maioria e, conseqüentemente, pela democracia e pelo Estado de Direito. Demonstra que na sociedade complexa a regra da maioria convive com outros mecanismos (por exemplo arranjos neocorporativos e movimentos sociais) que esvaziam o seu conteúdo. Ao discutir a regra da maioria retrata o panorama sociológico de crise do Estado e do Direito, e admite que todos esses conceitos estão em constante construção.

Da mesma forma a mudança do modelo de Estado de Direito ao longo do Século XX, ainda mais agravada e acelerada nas últimas décadas, traz a necessidade de uma releitura do modelo estatal. Para Ferrajoli¹³³ a grande conquista do direito contemporâneo está em trazer a discussão sobre a legalidade não apenas formal,

¹²⁸ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312.

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312.

¹³¹ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹³² CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 123-5.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 429.

mas também do conteúdo das regras produzidas pelo Poder Legislativo, que antes reinava absoluto. Na contemporaneidade os atos do Legislativo também merecem controle e subordinação à lei, daí a necessidade da ampla participação dos cidadãos e da releitura do Judiciário nesse novo cenário.

Especificamente no cenário brasileiro, Bahia e Nunes¹³⁴ apontam a crise da democracia representativa partindo da discussão sobre os partidos políticos, sua efetiva representatividade e falta de fidelidade (partidária e com a opinião pública) bem como de base ideológica. Percebe-se que na realidade do Legislativo nacional, o parlamento encontra-se apartado dos interesses sociais, demonstrando-se incapaz de representar interesses coletivos e proteger os direitos fundamentais.¹³⁵¹³⁶

A opinião dos representantes não reflete os anseios sociais, pois os representados limitam-se à escolha dos seus representantes, mas não necessariamente veem seus interesses e opiniões tendo o alcance que deveriam. Isso aliado aos fenômenos sociais tais como “os processos de globalização, os fenômenos de *mass-media*, e da crescente burocratização e autorreferencialidade dos partidos políticos” contribuiu para o agravamento da crise da democracia representativa.¹³⁷

As temáticas são convergentes pois a globalização como fenômeno contemporâneo contribui para a rediscussão do papel do Estado, do povo e de seus representantes, uma discussão sobre o poder. Bauman¹³⁸ resume a crise da democracia como um colapso de confiança, pois as instituições estão desacreditadas.

¹³⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 59.

¹³⁵ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 62.

¹³⁶ Theodoro, Nunes e Bahia comentam: “Como vem salientando Bahia no grupo de pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas, em inúmeros países, como Portugal, o Parlamento, no início de cada legislatura, oferta uma pauta (agenda) e ao final, presta contas do que foi votado. Em nosso país, nunca se sabe o objeto de interesses de nosso Parlamento. Devemos, desse modo, repensar, a crise de nossas instituições do espaço público institucional.” V. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52. p. 14-5.

¹³⁷ COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. Pietro Costa. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012. p. 300.

¹³⁸ BAUMAN, Zygmund. Entrevista ao Jornal El país. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html?rel=mas>. Acesso em: 29 set. 2016.

Na experiência brasileira, “a crise da democracia representativa contribui para a avalanche de demandas transferidas para o Poder Judiciário”¹³⁹ e percebe-se, portanto, que ao não dar conta de sua função primordial e enclausurar-se para a opinião pública, o Legislativo acaba outorgando ao Judiciário a função da representatividade¹⁴⁰, onde pelo primado do acesso a justiça, não haverá falta de resposta, como se verá à frente.

2.3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO MEIO DE GARANTIA DO INDIVÍDUO

Diante da narrada crise que assola a democracia representativa, necessário se faz encontrar um novo modelo¹⁴¹ que se adeque às necessidades da contemporaneidade. A construção da hipermodernidade caminha necessariamente com reconstrução do indivíduo, trazendo a necessidade a sua emancipação bem como da ampliação de seus papéis e poderes decisórios¹⁴², daí falar em democracia participativa.

Como exposto acima, o fenômeno da globalização aliado à releitura dos pressupostos do Estado de Direito, faz com que a democracia representativa seja discutida como alicerce social primordial. A sociedade de massas iniciada na segunda metade do Século XX, o acesso à informação por meios de comunicação controlados, aliados à ignorância, falta de cultura e educação, e escândalos políticos, ocasionaram a perda do poder de representatividade do povo e conseqüentemente facilitam a manipulação de suas opiniões.¹⁴³

Discussões sobre a relativização da soberania, readequação do sistema de fontes, protagonismo da Constituição e do Poder Judiciário, levam a crer que um modelo mais participativo é apontado como cenário do futuro. Percebe-se, portanto,

¹³⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

¹⁴⁰ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 61-2.

¹⁴¹ Silva traz a democracia semidireta, com a ideia de participação como novo modelo. In: SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 51.

¹⁴² LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 64.

¹⁴³ AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. p. 19-55. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-32.

a importância do conteúdo da democracia para a concretização do denominado Estado de Direito, pautada, contemporaneamente, no modelo de participação – que se entende como o único possível de concretizar efetivamente o papel do cidadão na sociedade.

O conceito de democracia carrega em si a necessidade da participação de todos, mas diante da amplitude e alcance do modelo representativo como “praticamente obrigatório” ao longo dos Séculos XIX e XX, passou a representatividade a ser a regra e não a participação. A democracia real “deve coincidir com a reapropriação do poder de falar e de decidir por parte dos sujeitos concretamente operantes na sociedade”.¹⁴⁴

Portinaro¹⁴⁵ afirma que “a democracia plebiscitária não encontra mais a sua contraposição na democracia representativa, mas na democracia judiciária”. Ou seja, o modelo de participação a ser seguido, em especial na presente tese, concentra-se nos fundamentos do Estado Constitucional, principalmente pela figura do acesso à justiça, meio pelo qual o cidadão consegue ser ouvido, diante do protagonismo do Poder Judiciário como intérprete da lei e do sistema de fontes, concretizador efetivo dos direitos fundamentais. Segundo Portinaro¹⁴⁶:

O recurso ao juiz apresenta, por outro lado, para o cidadão usuário das instituições algumas vantagens comparativas em relação ao pedido de intervenção dirigido a outros poderes: o Poder Judiciário é menos invasivo, mais aberto, mais difuso, e menos discricional de quanto não sejam os Poderes propriamente políticos.

Segundo Crosa¹⁴⁷ a soberania popular impõe a ideia da participação, mas não apenas pela eleição de representantes, mas sim participação efetiva:

La sovranità popolare impone la partecipazione efetiva operante del popolo alla cosa publica, partecipazione che non si esaurisce, come vedremo, nella semplice formazione di istituti rappresentativi, i quali costituirono uno stadio dell'evoluzione dello stato democratico, ma non

¹⁴⁴ COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. Pietro Costa. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012. p. 299.

¹⁴⁵ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 475.

¹⁴⁶ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 476.

¹⁴⁷ CROSA, Emilio. **Lo stato democratico**: presupposti costituzionali. Torino: Unione tip.-editrice torinese, 1946. p. 25.

il suo completo sviluppo, com'è dimostrato in maniera chiarissima dall'evoluzione della democrazia britannica.

Amaral¹⁴⁸, após competente retrato da crise política brasileira nas últimas décadas, também revive os pressupostos da democracia grega para apontar a democracia participativa como direito de quarta geração e a substituta para o modelo falido da representatividade. Funda as premissas da democracia no Terceiro Milênio na participação efetiva de todo o povo.

Nunes¹⁴⁹ atribui aos direitos fundamentais a função de integrar o indivíduo no processo político-comunitário e de ampliar o espaço público, daí o porque a sua efetivação é tão relevante na busca pela efetivação da democracia. Nunes¹⁵⁰ destaca que “é absolutamente imperativo que enxerguemos em cada forma processual sua substância e fundamento de direitos fundamentais e que a técnica e a prática sejam concebidas e aplicadas dentro desse pressuposto que favorecerá soluções mais efetivas para os novos dilemas que nosso sistema vivencia”.

Teixeira¹⁵¹ ao compreender e contextualizar o constitucionalismo transnacional e a função do Estado nesse novo cenário, destaca que o fenômeno constitucional exerce a limitação do poder político e a tutela dos direitos fundamentais, porém não se trata apenas dos direitos individuais, pois a complexidade contemporânea demanda a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que podem inclusive ultrapassar as barreiras geográficas do Estado.¹⁵²

¹⁴⁸ AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. p. 19-55. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-32.

¹⁴⁹ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351.

¹⁵⁰ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 354.

¹⁵¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 17-21.

¹⁵² No mesmo sentido: NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 345.

Ainda, Teixeira¹⁵³ destaca que nesse cenário necessário se faz redimensionar as funções do constitucionalismo, com destaque especial para a necessidade de integrar a população nos processos deliberativos do Estado. Reconhece-se, contudo, a dificuldade de se criar espaços deliberativos, em especial diante dos “contingentes populacionais e das largas extensões de terras”, reforçada ainda mais em âmbito transnacional.

Silva¹⁵⁴ antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, previa a necessidade de se concretizar a participação, no novo modelo de democracia semidireta, devendo combinar instituições de participação indireta tais como

- a *iniciativa legislativa popular*, pela qual se admite que certo número de eleitores apresente às Câmaras Legislativas projetos de leis que devam ser discutidos e votados; - o *referendo popular* que se caracteriza no fato de que os projetos de lei ou propostas de emenda constitucionais aprovados pelo Legislativo devam ser submetidos a votação popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio Poder Executivo, de sorte que o projeto ou proposta se terá aprovado apenas se receber aprovação popular, do contrário será rejeitados; - o *veto popular*, pelo qual uma lei em vigor pode ser submetida a voto popular se assim o solicitar certo número de eleitores, sendo confirmada ou revogada conforme seja favorável ou desfavorável a votação; - *revocação (recall)*, pelo qual, a requerimento de certo número de eleitores, o mandato de um parlamentar ou de um funcionário eletivo é submetido à apreciação do voto popular, sendo revogado se não obtiver confirmação; - *ação popular*, meio pelo qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

Ainda limitava-se a participação do cidadão naquele momento histórico, mas deve-se reconhecer que a criação desses espaços deliberativos e de participação contribuem para a efetivação da democracia. Nesse primeiro momento vale destacar a participação efetiva do cidadão no processo legislativo, seja pela iniciativa ou pelo veto, mas também a interferência direta nas atitudes do Executivo, por meio da ação popular. Ora, o cidadão possui meios para buscar a concretização dos direitos fundamentais como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

¹⁵³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 22-4.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 51.

Ao tratar da democracia como elemento do Estado de Direito, Silva assinala que a democracia participativa envolve a “participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo.”¹⁵⁵

Segundo Sen¹⁵⁶ justiça e democracia estão conectadas:

O mais importante é observar que a totalidade dessas novas contribuições ajudou a trazer o reconhecimento geral de que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla de democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública. O papel crucial da argumentação pública na prática da democracia coloca todo o tema da democracia em estreita relação com o tópico central deste livro, isto é, justiça. Se as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e se essa argumentação está constitutivamente relacionada com a ideia de democracia, então existe uma íntima conexão entre justiça e a democracia, que partilham características discursivas.

No mesmo sentido aliando justiça e democracia, sua influências recíprocas e crescimento conjunto Garapon¹⁵⁷ afirma que mesmo que se verifique, a nível internacional, o “desmoronamento da democracia” a sua transformação só se mostra possível por meio do direito, chegando a afirmar que o espaço da democracia “emigra do Estado para a justiça.”

Bobbio¹⁵⁸ afirma que para se concretizar uma democracia real e efetiva não basta apenas a ideia de participação do indivíduo na tomada de decisões nem o procedimento como a da maioria, é necessário sim que as decisões sejam tomadas com base em alternativas reais. Esse poder decisório deve ser exercido fundamentado nas garantias do direito de liberdade, de expressão, das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc., ou seja a contar das garantias constitucionais oferecidas por um Estado forte. Essas garantias não são exatamente as regras do jogo, mas “são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”. Daí concretiza-se a ideia de que o Poder Judiciário tem função primordial nesse

¹⁵⁵ Em diferentes momentos José Afonso da Silva demonstra a necessidade da participação – A obra contém inúmeros artigos do autor, desde antes de 1988 e a participação sempre dá a tonalidade ao conceito de democracia. Especialmente nesse capítulo (Corrupção e Estado Democrático de Direito – o caso brasileiro) Silva trata da participação no caso do impeachment do ex presidente Fernando Collor de Mello. V. SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.

¹⁵⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 360.

¹⁵⁷ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 24; 45.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 20.

cenário democrático, pois ele é o responsável por trazer a leitura constitucional aplicada aos fatos sociais reais.

Da mesma forma, “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”¹⁵⁹ e por isso torna-se partícipe do processo de interpretação constitucional. Ao invés de reduzir espaços, amplia-se, pois por meio da participação da opinião pública é possível trazer espontaneidade¹⁶⁰ ao processo interpretativo.

O êxito da democracia é narrado por Sen¹⁶¹ não na criação de estruturas institucionais, mas sim em possibilitar comportamentos reais de agentes humanos que atuem ativamente interagindo política e socialmente. Daí dizer que o Poder Judiciário assume uma nova função na concretização da democracia e dos direitos fundamentais.¹⁶²

Para a realização dessa nova perspectiva, o processo como instrumento de acesso a justiça assume especial relevância, pois, segundo Nunes¹⁶³, a socialização processual consumada por meio do acesso a justiça se mostrou uma das principais conquistas do *welfare state*, ou Estado Social que precedeu o atual modelo.

Para Saldanha¹⁶⁴ a democratização da jurisdição tem como pressuposto a superação do perfil individualista da sociedade. Nesse sentido:

A superação do individualismo que pauta os mecanismos de atuação da Jurisdição brasileira, está a depender de uma reforma social mais profunda. É que se o individualismo está enraizado na própria vida em sociedade, são os valores dessa que devem transformar-se. Pensar as relações sociais em termos de atendimento dos interesses e necessidades da comunidade pode ser o primeiro passo para a

¹⁵⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 43.

¹⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 43.

¹⁶¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 388.

¹⁶² KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 151-176, set. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14994>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p151>.

¹⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁶⁴ SALDANHA, Jania Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 94-5.

revolução democrática da própria Jurisdição. [...] o surgimento dos chamados novos direitos, cuja compreensão está associada à própria evolução dos direitos humanos, que de individuais passaram a transindividuais e coletivos que ademais disso adquiriram *status* constitucional, produziu diferentes conflitos para os quais a solução processual não é encontrada nos institutos e instrumentos processuais feitos para a sociedade do Século XIX. Se a preocupação com a eficiência, como foi demonstrado está na ordem do dia, uma maior efetividade das decisões jurisdicionais pode advir de uma mudança estrutural mais profunda.

Sobre a jurisdição no contexto do Estado Democrático de Direito, Vasconcelos e Franco¹⁶⁵ afirmam que a atuação do Judiciário além de propiciar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, deve se conectar com a realidade social e identificar no processo um instrumento de transformação do direito material, ou seja deve-se aliar “teoria e prática” numa dimensão “constitucional e multidisciplinar”. Busca-se portanto a materialização da justiça.

Nesse contexto, deve-se perceber que, da identificação dos pilares do Estado Democrático de Direito, da democracia e dos direitos fundamentais, o processo deve ser entendido como o modo pelo qual a prestação jurisdicional se mostra efetiva para uma sociedade hipercomplexa e em crise.

Streck¹⁶⁶ assenta a democracia nos princípios constitucionais e direitos fundamentais, e, ao discutir o papel do Direito (da justiça constitucional e conseqüentemente dos tribunais) desenvolve o raciocínio do processo como participação quando afirma que “as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes” sendo que os “indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático”. Continua a defender que “o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade”¹⁶⁷ e ainda que vislumbre apenas a vertente da justiça constitucional, é

¹⁶⁵ VASCONCELOS, Antonio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, p. 37-52. jan. /abr. 2016. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2016.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.152-3.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.179.

possível perceber pela sua concordância com autores substancialistas¹⁶⁸ que defendem uma atuação mais ativa do Judiciário como um todo, e reconhecem no processo um meio de concretização da participação.

Toda essa análise deve ser formulada a começar de análises históricas e conceituais, pautadas na tradição, em especial no que tange ao papel do Poder Judiciário na sociedade do Século XXI. Deve-se ter mente que o conceito de jurisdição não é estático e pode sofrer várias acepções, como figura meramente julgadora ou como semelhante ao do pretor romano que possuía um poder semelhante ao do Legislativo no sentido criativo de solução das demandas.¹⁶⁹

Sem aprofundar as celeumas sobre o conceito de jurisdição¹⁷⁰ adota-se aqui o conceito de Silva¹⁷¹ a partir da necessidade de uma autoridade estatal investida na função jurisdicional, independente e imparcial, cuja função não é apenas de aplicar a lei, mas sim de “realizar o bem comum, segundo o direito objetivo”. Assim o exercício da função jurisdicional deve refletir os fundamentos constitucionais, sendo que qualquer decisão que afronte os alicerces do Estado Democrático de Direito afronta os preceitos constitucionais de organização do Estado.¹⁷² A finalidade do processo civil é a de tutelar os direitos violados e ameaçados, bem como de promover a paz social por meio do restabelecimento da ordem social e jurídica.¹⁷³

¹⁶⁸ Segundo Streck “a tese substancialista parte da premissa de que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.183-5.

¹⁶⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

¹⁷⁰ Chiovenda separa a atividade de produção da lei e da aplicação da lei, vislumbrando na atividade do juiz a lei como fim. Nesse sentido o juiz tem sua atividade limitada num processo subsuntivo de pura aplicação da lei. V. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. II Saraiva: 1965. Carnellutti por sua vez vincula o conceito de jurisdição à necessidade de pacificação do conflito, vinculado à ideia de conflitos de interesses, de lide como pretensão resistida. V. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1956.

¹⁷¹ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73-4.

¹⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁷³ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Se a ideia da jurisdição vem imbricada com o reflexo social da decisão judicial deve-se considerar que a jurisdição evolui e acompanha a complexificação da sociedade e seus conflitos,¹⁷⁴ pois o processo deve ser considerado como instrumento que realiza os valores sociais e conseqüentemente a democracia.

Segundo Ribeiro¹⁷⁵ ao analisar o papel do processo como meio de construir a democracia contemporânea afirma: “a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário” e, seguindo o mesmo raciocínio, “o processo judicial entendido como o meio pelo qual os direitos e as garantias constitucionais concretizados no ato criativo do juiz são determinantes para a persecução de uma identidade democrática do Estado”. Ou seja, o autor defende que o legítimo Estado Democrático de Direito deve incluir o povo em sua ampla acepção, como “qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados”, sendo o acesso a justiça um meio de possibilitar a atuação concreta desses indivíduos que antes estavam de fora da proteção estatal. A democracia portanto deve se dar de forma dinâmica, especialmente permitindo a sua recriação pela *praxis*.¹⁷⁶

A ideia da democracia como “processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa” é defendida por Canotilho¹⁷⁷ pois a vincula a “liberdade de participação crítica” dos cidadãos. Entende a complexidade da democracia para abarcar não apenas seu aspecto representativo, mas também para incluir o viés participativo, visto este como “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.”

Silva¹⁷⁸ afirma que “a prática de uma democracia autenticamente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado”.

¹⁷⁴ Morin considera do processo social como um ciclo ininterrupto e complexo. V. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005. p. 182.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288-9.

¹⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e ideologia. In: **Doutrinas essenciais de processo civil**. V. 1. p. 991-2012 Out./2011 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ribeiro¹⁷⁹ aponta o indivíduo como sujeito de interesses juridicamente tutelados e como novo partícipe na realização concreta da seara política. Ou seja, o sujeito, por meio do acesso a justiça pode ter a sua participação garantida e a realização da democracia quando resolvido o seu caso pelo Poder Judiciário. O processo judicial como “o espaço contramajoritário de obtenção de direitos fundamentais”.¹⁸⁰

Assim, ressalta-se que o povo passa de coadjuvante a ator principal nesse novo cenário, e, por isso, a participação por meio do processo serve como garantia do cumprimento e defesa de seus direitos fundamentais. Dessa nova perspectiva de democracia, a construção do Direito reside na decisão judicial, quando efetivamente tutela o direito do indivíduo.¹⁸¹

A tutela jurisdicional se mostra como um instrumento de cidadania, que aparece como um dos fundamentos da democracia¹⁸², que, por sua vez, se mostra como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Deve-se encará-la na perspectiva crítica, apontando suas virtudes e defeitos, a fim de se atingir a efetividade que garantirá o acesso à justiça e concretização dos direitos fundamentais.

Tanto é assim que no novo processo civil brasileiro, a abordagem principiológica em sua parte geral adota um “modelo participativo ou cooperativo de processo”¹⁸³ que acaba fazendo a releitura do processo e do papel do Judiciário enxergando-se o processo como meio de efetivação das garantias constitucionais, inclusive da participação do indivíduo.

Supera-se o modelo isonômico ou assimétrico de processo¹⁸⁴, ou ainda, afasta-se das origens adversariais ou inquisitoriais¹⁸⁵ na sua condução,

¹⁷⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

¹⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52. p. 12.

¹⁸¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100.

¹⁸² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁸³ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 337; 352; No mesmo sentido ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 60-1.

¹⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2/2015, p. 83-97. jul./dez. 2015.

¹⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.198/2011, p. 213-226. ago./2011.

reconfigurando a posição das partes e do órgão estatal para um relação muito mais leal e equilibrada que coaduna com os primados de um regime democrático.

Mitidiero¹⁸⁶ explica que o modelo cooperativo é justo, e pode ser vislumbrado como princípio ou como modelo, estando ambos abrangidos no atual Código de Processo Civil (CPC)¹⁸⁷. O modelo redundará na mudança estrutural do processo e da posição dos juízes e das partes, rejeitando a ideia da “jurisdição como polo metodológico”, numa concepção mais democrática e afeta ao Estado Constitucional. Como princípio, resta ligado à colaboração, aqui não entendida como colaboração *entre* as partes, mas sim do juiz para com as partes e vice-versa. Assim, numa visão mais equilibrada o processo torna-se um instrumento de democratização.

Como afirma Nunes, a função do processo civil atual (constitucionalizado) é efetuar uma abordagem “panorâmica e multidimensional do sistema, para além da função legislativa, tornando-se o processo um meio de participação:

Percebe-se assim que os diálogos institucionais entre as três funções irão potencializar o papel do Judiciário, e de seu poder, e nos mesmos termos, aumentará a importância do processo, agora constitucionalizado, como garantia constitucional de participação dos interessados na formação do provimento e como viabilizador dos direitos fundamentais.¹⁸⁸

Percebe-se portanto que o acesso à justiça é considerado como um modo efetivo de participação do indivíduo na sociedade e o modelo cooperativo do novo processo civil brasileiro contribui para essa efetivação. Ainda resta um desafio das promessas não cumpridas da democracia apontada por Bobbio, pois ainda se necessita de uma mudança de mentalidade e consciência de titularidade de direitos, que ainda não se verifica na prática, em especial na realidade brasileira¹⁸⁹.

2.4 PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NESSE CENÁRIO

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2/2015, p. 83-97. jul./dez. 2015.

¹⁸⁷ CPC Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁸⁸ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 174.

Demonstrada a crise do Estado de Direito e da democracia representativa, importa salientar o papel que o Poder Judiciário assume nessa nova realidade. Nunes¹⁹⁰ aponta a mesma transição narrada no Estado de Direito, de liberal ao social, no panorama processual, onde se insere a figura do Judiciário: transição de um processo liberal para um processo social, onde a jurisdição deixe de ser apenas um local de resolução de conflitos para assumir o papel de garantidora dos direitos fundamentais, em sede individual ou coletiva.¹⁹¹ Ou seja, necessário analisar a função exercida pelo Poder Judiciário.

Segundo Zolo¹⁹², na contemporaneidade, a quantidade de produção legislativa redundou numa crise inflacionária do direito, que “traz consigo desvalorização, redundância, instabilidade normativa e impotência reguladora”, pois as leis estão cada vez mais se autorreferenciando e se distanciando dos princípios, bem como se afastando da realidade que pretendem regular, comprometendo, com isso a certeza do direito e o princípio da legalidade.

Nesse cenário o autor destaca, em tom crítico, o aumento do poder nas mãos dos intérpretes e dos juízes, que estariam autorizados a se distanciar da lei positivada, seja pelo desconhecimento seja pela insuficiência de seu conteúdo, e por isso autorizados muitas vezes a interpretações *ultra e contra legem*. Demonstra que a inflação legislativa¹⁹³ contribui para a derrocada da certeza do direito e conseqüentemente “do declínio da função legislativa dos parlamentares e a um fortalecimento do poder normativo dos juízes”. Ainda que em toada crítica, esse fato, ao ser elucidado pelo autor, demonstra a realidade (por ele narrada na Europa continental) do Direito e do Poder Judiciário na complexidade da sociedade contemporânea.¹⁹⁴

¹⁹⁰ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340.

¹⁹¹ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 341.

¹⁹² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 73.

¹⁹³ Utilizando a teoria ponteana do suporte fático, onde cada situação fática necessita de uma regra que a regule, estar-se-ia contribuindo para a infinitude de leis pois “é incalculável o numero de fatos no mundo que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico” V. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de janeiro: Borsoi, 1954. p. 19.

¹⁹⁴ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74-5.

Garapon¹⁹⁵, em sentido oposto, afirma que a quantidade de leis fez reduzir a sua profundidade e também a sua eficácia, e o fenômeno contribui para aumentar o poder e força do Judiciário, que deverá suprir as fragilidades das regras. No mesmo sentido Lorenzetti¹⁹⁶ afirma que a “proliferação de leis é uma dessacralização, já que, ao abundarem, as normas adquirem um caráter instrumental que as desvalorizam”.

Costa ao analisar a crise vivida pelo Estado de Direito e suas características ao longo do Século XX, aponta como uma busca constante desse modelo a limitação do poder do soberano, que se fará pela inevitável via da jurisdição. Além das tensões constantes entre poder e direito, no modelo contemporâneo destaca a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e do controle do Estado por meio do Judiciário.¹⁹⁷ O autor aponta que desde Aristóteles, a lei “regula tudo em geral e os magistrados em particular: eis aquilo que se deve considerar uma constituição” afirmando que não há coincidência perfeita entre Estado legal e Estado de Direito, pois esse vai mais além e não se esgota na relação entre a administração e a lei, mas sim vai mais além quando seu objetivo maior é traçado: proteção dos direitos subjetivos dos indivíduos, sem que se possa admitir nenhuma interferência, nem de poder nem de legislação.¹⁹⁸

Ferrajoli¹⁹⁹, por sua vez, destaca o papel do Judiciário (e também da ciência jurídica) na realidade do Estado Constitucional de Direito, pois não mais se limita a aplicar a lei, mas antes de valorar a sua legalidade, bem como de interpretar o seu conteúdo. Sobre isso o autor pondera:

O constitucionalismo levado a sério, como elaboração do direito por parte do próprio direito, confere, portanto, à ciência jurídica e à jurisprudência uma função e uma dimensão pragmática desconhecidas à razão jurídica própria do antigo juspositivismo dogmático e formalista: o exame das antinomias e das lacunas, a

¹⁹⁵ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 30-8.

¹⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 57.

¹⁹⁷ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 196.

¹⁹⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 100; 152-153.

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 426.

promoção da sua superação por meio das garantias existentes, a elaboração, enfim, das garantias que faltam.²⁰⁰

Quando Ferrajoli²⁰¹ propõe um constitucionalismo apartado da figura estatal, fazendo-o inicialmente em solo europeu, admite que o processo de integração verificado na contemporaneidade, complexa e globalizada, ocasiona a “superposição das fontes comunitárias às fontes estatais” o que redundará em um direito tendencialmente jurisprudencial. Ainda arraigado ao texto como norma, reitera em sua obra a necessidade de um ordenamento escrito além fronteiras, o que se verificará desnecessário nessa tese. Considerando o direito na perspectiva de sua concreção, bem como o círculo hermenêutico que baseia a compreensão, defende-se aqui que o Judiciário assume uma função de protagonista nesse novo modelo estatal.

Fachin²⁰² destaca a posição das cortes supremas como veículos de justificação e fundamentação dos direitos fundamentais, afirmando que “não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais e a defesa da democracia deve ser papel primordial das Cortes constitucionais”.

Portinaro²⁰³²⁰⁴, numa visão do juiz no panorama do Estado de Direito contemporâneo, em especial na compreensão da democracia constitucional, afirma que no Século XX pode-se salientar a figura central do direito ao impor limites ao poder público; a soberania exercida por meio das leis; e a tutela jurisdicional, por meio da constituição, que permite a defesa contra qualquer ato prevaricador de um poder

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 426-7.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 458.

²⁰² FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 698.

²⁰³ No mesmo sentido Teixeira a partir das lições de Zagrebelsky resume os três elementos fundamentais para o *Rechtsstaat*: “supremacia da lei sobre a Administração Pública, subordinação dos cidadãos somente à lei, e presença de juízes independentes e competentes para aplicar a lei às controvérsias entre cidadãos, bem como entre cidadãos e o Estado. V. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 14.

²⁰⁴ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 469.

privado ou público. Para o autor, essa base aproxima o modelo alemão do *Rechtsstaat* do anglo-americano do *rule of law*. Segue afirmando:

Na base dessa expansão do Poder Judiciário podem ser identificados fatores de vários tipos: entre os seus pré-requisitos normais são habitualmente arrolados a dinâmica do ordenamento democrático, o fortalecimento da independência da magistratura, a difusão de uma cultura dos direitos, a 'revolução das expectativas crescentes'; entre os elementos patológicos, e todavia menos influentes, a corrupção das classes políticas, a ineficiência dos governos, a fragilidade das oposições, que obrigam a magistratura a desempenhar um papel substitutivo.²⁰⁵

Menezes Cordeiro²⁰⁶ narra a mesma crise da justiça em solo português, afirmando a complexidade normativa e a inadequação legislativa como principais causas da ineficiência e o desprestígio da justiça. Calmon de Passos²⁰⁷ apesar de vislumbrar no Judiciário um meio de concretização de direitos, narra a sua crise, em especial pelo aumento significativo de demandas bem como perda na qualidade da prestação jurisdicional, o que ocasiona uma preocupação na medida em que continua sendo o caminho para a construção da cidadania.

Dito de outro modo, a crise social e política que assola/assolou vários países no início do Século XXI corroborou para a mudança de paradigma do papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, mas ao mesmo tempo também o atinge. Tate e Vallinder²⁰⁸ analisaram o fenômeno nas realidades no Canadá, França, Alemanha, Índia, Israel, Itália, Malta, Filipinas, Suécia, Estados Unidos, países da América Latina, Rússia e União Europeia, percebe-se portanto, que o fenômeno não é exclusividade brasileira.

No cenário da sociedade complexa narrada acima, com a redefinição do Estado de Direito e da crise enfrentada por ele, questiona-se a estanque divisão entre os três poderes, em especial, a redefinição do papel do Poder Judiciário diante da inércia do Executivo e da necessidade de controlar a legalidade do Legislativo, constatando-se

²⁰⁵ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 476-7.

²⁰⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"**. Coimbra: Almedina, 2014.

²⁰⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 105-17.

²⁰⁸ TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

que aquele passa a ocupar uma posição de estrutura central dentro do sistema jurídico e também como protagonista no sistema social amplamente considerado. Theodoro, Nunes e Bahia²⁰⁹ narram esse fenômeno como “compensação sistêmica”.

Portinaro²¹⁰ afirma que a grande transformação do Estado de Direito consiste exatamente na assunção pelo Judiciário de “um papel estratégico no conjunto contemporâneo dos poderes”, em especial pela guarda da Constituição.

Segundo Portinaro²¹¹:

Está claro, no caso, por que os juízes estão sob a mira de ofensivas convergentes: eles surgem não só como guardiões de uma justiça comutativa que visa abrandar os desequilíbrios da globalização e de uma justiça distributiva voltada para corrigir os exageros de uma sociedade plasmada pela competição e pelo conflito dos interesses privados, mas também como guardiões de uma justiça retributiva, nas interpretações malévolas, portanto de uma oligarquia de vingativos. Em particular, eles surgem, de um lado, como os garantes daquele compromisso liberal-socialdemocrático que esteve na base do Estado de Direito contemporâneo – e dos direitos civis, políticos e sociais – e, de outro, como os defensores de um controle de legalidade (e de moralidade pública) que colide com as tendências, que muitos julga fisiológicas, à corrupção inerente às dinâmicas de mercados globalizados, operantes em condições culturais, sociais e políticas fortemente heterogêneas.

Nunes²¹² afirma a centralidade e supremacia do Poder Judiciário como lugar seguro buscado pelo cidadão para a concretização de suas garantias. Afirma que no pós-segunda-guerra o Poder Judiciário, nos diversos sistemas do mundo, passou a ocupar a posição de protagonista social, em especial diante da inércia dos demais poderes.

Como Picardi²¹³ afirma operou-se uma passagem do Estado de Leis para um Estado de Juízes, onde a magistratura tem sua função potencializada:

²⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52. p. 16.

²¹⁰ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 483.

²¹¹ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 487.

²¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

²¹³ PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. V. I. Ano 2004. Milano: Giuffrè, 2004. p. 42.

In effetti oggi si avverte uno stato d'animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto. È convinzione diffusa che il compito adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice e non è mancato chi, sia pure sotto diverse sfumature, abbia considerato la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica. La giurisdizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di 'source délicieuse' o 'diritto mite'. Si tratta di una linea di tendenza che – in forme più o meno accentuate – appare comune alla civiltà giuridica occidentale. Sorge, così, una grave questione: fenomeni del genere possono segnare il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*, da uno Stato a prevalente potere Legislativo ad uno Stato a prevalente potere giudiziario?

A ascensão institucional do Judiciário é narrada por Barroso²¹⁴ por meio da jurisdição constitucional, que deve ser entendida a interpretação e a aplicação da Constituição, seja em primeira, segunda instância, ou na Suprema Corte Constitucional, e compreende duas atuações: aplicação direta da Constituição, em sua posição de centralidade, e aplicação indireta, aqui entendida pelo controle de constitucionalidade e pela interpretação conforme.

Da mesma forma Larenz²¹⁵ admite que uma interpretação judicial possa ser contrária à determinada regra, mas sempre deve seguir o escopo constitucional, seja pelas suas regras ou princípios. Pode-se afirmar, portanto, que a Constituição exerce seu papel de controle, em especial por meio dos princípios, como fundamental na parametrização dos poderes. Isso não se pretende negar.

Guastini²¹⁶ ao enfrentar a temática dos princípios constitucionais vislumbra a sua utilização pelo juiz constitucional no controle de constitucionalidade e também do juiz comum para preencher uma lacuna na lei. Ao analisar a atividade do juiz como interpretação afirma: “dal momento che le disposizioni non hanno un solo e univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza – l'interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria”.²¹⁷

²¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 436.

²¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 227.

²¹⁶ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 49.

²¹⁷ GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1995. p. 19.

No mesmo sentido Fachin²¹⁸ narra a importância assumida pela Corte Suprema na efetivação dos direitos fundamentais, que não podem ser vistos apenas como mera “folha de papel” junto com a Constituição, mas sim devem estar conscientes de sua função, qual seja dar efetividade aos direitos e garantias. Deve ser compreendida “a ligação umbilical que há entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, sem prescindir do processo histórico formativo dessa racionalidade.”

Nessa perspectiva da jurisdição constitucional, a doutrina e a jurisprudência têm discutido exaustivamente dois fenômenos importantes: a judicialização da política e o ativismo judicial.

A judicialização tem como fundamento a crise social narrada acima, quando a separação dos poderes²¹⁹ é de certa forma mitigada e o Judiciário acaba assumindo papéis e funções não exercidas pelo Executivo e Legislativo. Barroso²²⁰ aponta que “o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês [...] com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”. Para o mesmo autor um dos motivos que desencadearam o fenômeno foi “o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas”.²²¹

Nunes²²² afirma que a elevação de posição do Poder Judiciário à protagonista social surgiu após “a derrocada dos ideais dos Estados sociais”,

Singularmente Tate e Vallinder²²³ situam a judicialização da política quando o Poder Judiciário assume a função de suprir as falhas dos demais poderes, Executivo e Legislativo. Independentemente da sua origem, importa ressaltar a judicialização como uma constatação universal.²²⁴

²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 688; 694.

²¹⁹ Sobre a ideia que a separação dos poderes é decadente e deve ser mitigada, bem como na defesa do parlamentarismo v. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Malheiros, 2001.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

²²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 438.

²²² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 179.

²²³ TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 5.

²²⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 64.

Portinaro²²⁵ aponta que a tendência da “juridicização” ou “justicialização” da política implica também na “politização da magistratura e dos órgãos Judiciários”. Cappelletti²²⁶ retrata a “expansão do estado” nos seus três poderes, mas analisa a “expansão do papel do Judiciário representa um necessário contrapeso” no estado moderno.

Barroso²²⁷ desde 2008 narra a “judicialização da vida” e o protagonismo do Judiciário, sobretudo do STF, imputando tal fenômeno à redemocratização, à constitucionalização abrangente e ao controle de constitucionalidade, mas também à publicidade e ao acesso à informação ao povo, que se vê mais presente na contemporaneidade.

O cenário mudou pouco nos últimos anos, tanto que em 2015 o mesmo autor continua a afirmar:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão.²²⁸

Nunes²²⁹ reforça a ideia de que a judicialização nasce da inércia dos demais poderes e do reforço do poder político assumido pelo Judiciário pois “a judicialização corporifica um ‘coroamento’ de um movimento de reforço do seu papel que perpassou

²²⁵ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 473.

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 19.

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em: 29 set. 2016.

²²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 440.

²²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 181.

toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais”.

O lado negativo da judicialização, quando transforma o Poder Judiciário num promotor de políticas públicas, reside, em especial no primeiro grau de jurisdição, no acúmulo de demandas e no asoerramento da função judicante, impedindo o magistrado de uma visão das “ressonâncias (políticas, sociais, econômicas, etc..) de suas decisões, tornando-os verdadeiros autômatos, cumpridores de rotinas das quais não possuem controle e que são cada vez mais afastados de sua estrutura, em face do modo como são idealizados pelos detentores olímpicos do poder”.²³⁰

O ativismo judicial, por sua vez, deve ser entendido como uma atitude proativa do Judiciário para a construção da solução adequada em cada caso concreto.²³¹

Analisando o ativismo e suas verdadeiras raízes, originalmente restritivas, aponta-se que a Suprema Corte norte-americana limitou leis garantidoras de direitos sociais no início do Século XX, no caso *Lochner vs. New York*.²³² Na década de 50, assumiu uma nova intenção, diametralmente oposta àquela ideia original restritiva, quando no caso *Brown vs. Board of Education* proibiu a segregação racial em escolas públicas.²³³ Nesse momento o conceito de ativismo judicial foi concebido de forma negativa pela conservadora sociedade norte-americana a partir desse e de outros julgamentos proferidos pela Suprema Corte daquele país nas décadas de 40 e 50, contrapondo-se os juízes da Suprema Corte de um lado os ativistas e, de outro, os comedidos. Nesse momento histórico, a postura ativista buscava especialmente a defesa das minorias.²³⁴

²³⁰ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 65.

²³¹ Na presente tese busca-se analisar o sentido positivo do ativismo judicial, muito mais voltado à ideia de “concretização de direitos” do que a uma atitude solipsista do Poder Judiciário.

²³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

²³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 295.

²³⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski . Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012. p. 39-40.

Garapon²³⁵ narra o ativismo no sistema francês, apontando a credibilidade da justiça em detrimento da política, chegando a afirmar a promessa ambígua da justiça moderna: “os pequenos juízes livrar-nos-ão dos políticos corruptos e os grandes juízes da própria política”.

Normalmente o ativismo instala-se em situações de “retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil” associadas à uma participação mais ampla e intensa do Judiciário.²³⁶ Considerando o ineditismo e vanguarda das decisões, para as quais não havia lei especial, apenas uma interpretação da própria Constituição, a crítica social ao Judiciário acabou influenciando o termo jurídico que está carregado de negatividade.²³⁷

Segundo Teixeira²³⁸, o ativismo judicial no Brasil só ganhou força após a Constituição de 1988, pelo aumento de prerrogativas do magistrado e pela ampla possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pois as discussões sobre a constitucionalidade que antes ficavam reservadas ao Legislativo, agora se dão no curso do processo. Aliando isso à complexidade das relações sociais e à crescente busca pelo Judiciário (diante do esvaziamento das estruturas sociais que antes se destinavam à resolução de conflitos), o ativismo judicial passa a possuir dois pressupostos fenomenológicos²³⁹²⁴⁰: a reificação e a judicialização.

Clève e Lorenzetto²⁴¹ resumem que o ativismo judicial “se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles”.

²³⁵ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 75.

²³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 29 set. 2016.

²³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 441.

²³⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012. p. 40-1.

²³⁹ Sobre fenomenologia do ato interpretativo REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁴⁰ Segundo a doutrina de Bubner, a fenomenologia antecede à “lógica fundamentadora do sistema”. V. BUBNER, Rudiger. **A dialética como tópica: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida**. Trad. Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 77-83.

²⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

Barroso^{242 243} afirma que:

no Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

Todas as situações narradas acima e ensejadoras do denominado “ativismo judicial” transformam um Poder Judiciário de sua função meramente “aplicadora” do direito positivado, pelo processo de mera subsunção, para uma “função que mais se assemelha à de criação do próprio direito”.²⁴⁴ Essa visão criativa será aprofundada no próximo capítulo, com base nas ideias da concretização do direito por Müller e do caráter “produtivo e criativo da interpretação”²⁴⁵ na perspectiva da hermenêutica filosófica gadameriana.

Portinaro²⁴⁶ resume: o juiz passou a participar na criação da lei, os órgãos administrativos e legislativos estão cada vez mais delegando suas funções ao Poder Judiciário, a ampliação do acesso à justiça, o controle de constitucionalidade²⁴⁷ e um

²⁴² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 442.

²⁴³ No mesmo sentido: BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes et al. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 233-4.

²⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 442.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 270-3.

²⁴⁶ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 478.

²⁴⁷ O controle de constitucionalidade não é o único meio pelo qual se interpreta a Constituição. “O processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. [...]” V. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 42.

controle de honestidade política por parte do magistrado. Finaliza afirmando que “a expansão do Poder Judiciário nos sistemas contemporâneos tem de fato suas raízes também em uma condição na qual mudou a economia do sofrimento humano, no sentido de que surge mais frequentemente como consequência da civilização, sobretudo da industrialização e do impacto das grandes tecnologias”.

Dessa forma pretende-se nesse trabalho utilizar da vertente positiva do ativismo, sem exageros. Não se pretende nada parecido com a escola do Direito Livre onde a liberdade era total e não havia parâmetros nem limites para a atividade jurisdicional.²⁴⁸ Sabe-se que o exagero na conceituação do ativismo e da judicialização da política pode levar a julgamentos solipsistas²⁴⁹ por um lado, e sua negação, no outro extremo, pode ocasionar a negação da prestação jurisdicional e da efetividade dos direitos fundamentais²⁵⁰, por isso opta-se por uma posição intermediária. Vislumbra-se um Poder Judiciário consciente de seu papel e de função, bem como da sua identificação como ator social de relevância significativa, na medida em que as decisões proferidas em seu terreno produzirão efeitos no plano social, econômico, político. A consciência e a medição dessas consequências é tarefa árdua, mas deve ser assumida pelo Judiciário até que se supere a crise da representatividade. Além disso, a presente proposta oferece parâmetros que servirão como meio de controle da atividade jurisdicional, tal como se verá no capítulo 4.

Diante de todo o exposto pode-se concluir parcialmente que a complexidade da sociedade contemporânea exige novos modelos sociais e jurídicos, na medida em que se pretende que os conflitos sociais tenham resolução adequada e justa. O modelo do Estado de Direito, em especial a partir dos primados da democracia representativa, encontra-se em franca crise, seja pela discussão e reposicionamento no sistema de fontes, seja pela rediscussão dos papéis do Estado em âmbito interno

²⁴⁸ Reale elucida o posicionamento de alguns autores da escola do Direito Livre, tais como Ehrlich, na obra de quem ao juiz facultado decidir livremente ou na Kantorowicz, onde está autorizado a decidir conforme a ciência e a sua consciência. V. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 287-9.

²⁴⁹ Streck explica que a proposta da hermenêutica filosófica gadameriana defende o papel criativo/produutivo do juiz, mas isso não deve significar uma autorização para julgamentos subjetivos e sem fundamentação. V. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 295-8.

²⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**. v.189, p. 9-52. p. 11.

ou externo. O conceito de Estado Democrático de Direito ou de Estado Constitucional de Direito, fundados basicamente na soberania, na legalidade e nos direitos fundamentais, necessita de instrumentos para a concretização desses pilares, o principal deles, o modelo participativo. O modo pelo qual se torna possível a efetiva participação dos indivíduos com vistas a efetivar as garantias primordiais desse novo modelo não se vislumbra outro senão por meio do processo. Dito de outro modo, o processo é o instrumento de participação na busca pelas garantias fundamentais, e, por isso, estrutura que protege a democracia. Por isso o Poder Judiciário assume um novo papel nesse cenário, estando legitimado a concretizar os direitos e garantias fundamentais, à luz da legalidade e da soberania, ocupando posição de destaque na tripartição dos poderes, em especial pela narrada falência dos outros dois.

Estando devidamente legitimada a posição do Poder Judiciário nesse cenário, complexo e de crise, passa-se ao estudo mais restrito do ordenamento, unitário, e após, ainda mais restritivamente do objeto da presente tese, qual seja, definir os parâmetros para a sua atuação no preenchimento de cláusulas gerais.

3 A CONSTRUÇÃO UNITÁRIA DO ORDENAMENTO

Após a contextualização esboçada no primeiro capítulo, passa-se a analisar o sistema jurídico e sua unitariedade, buscando a identificação da atuação do Poder Judiciário.

3.1 A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO: PRINCÍPIOS, REGRAS E O CÍRCULO HERMENÊUTICO GADAMERIANO

Para o presente estudo importa iniciar a temática da unidade do sistema jurídico pelos conceitos de ordenamento jurídico e de sistema jurídico, aqui utilizados, precipuamente, na doutrina de Bobbio²⁵¹ e Raz²⁵².

Primeiramente há que se considerar que o Direito pode ser visto de duas formas distintas segundo a visão bobbiana: como protetor e repressor, com enfoque na sanção negativa, preocupando-se com a “interpretação do sentido das normas, as questões formais da eliminação das antinomias, de integração de lacunas”, ou seja de “sistematização global dos ordenamentos conforme a melhor tradição dogmática”, em seu aspecto estruturalista; bem como no seu papel modificador e criador, buscando a sanção promocional, onde a “problemática se volta muito mais para a análise de situações, análise e confronto de avaliações, escolha de avaliação e

²⁵¹ Ainda que Bobbio seja classificado como positivista analítico, as suas lições sobre democracia e sobre os conceitos de ordenamento, bem como sobre estrutura e função importam para o presente estudo, que a partir do item 3.3 afastar-se-á especialmente do método subsuntivo defendido pelo positivismo analítico. Justifica-se a escolha de Bobbio pois seus pensamentos nesse tema são bem “matizados” e “os resultados são sempre críticos, no sentido de levar a reflexão adiante e não terminá-la” bem como pela sua conexão com a linguagem. Especialmente Bobbio enxerga a função promocional do Direito e não o atrela “apenas” às regras: “na nova situação do Estado promocional, o jurista, encarando o Direito ‘também’ como um conjunto de regras, mas em vista de uma função implementadora de comportamentos, tende a assumir um papel modificador e criador”, por isso seus ensinamentos são relevantes para essa tese. V. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação à obra Teoria do ordenamento jurídico. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 7-18.

²⁵² Apesar das influências positivistas de Hart, Raz revisita as teorias de Kelsen e Bentham e tem uma postura bastante crítica em relação ao pensamento do próprio Hart e também de Kelsen, Austin e Bentham. Seu posicionamento em relação à existência do sistema do Direito apesar de bastante vinculado à lei, apresenta características de abertura e mobilidade que combinam com as intenções da presente tese. V. RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

formulação de regras”, em seu aspecto funcionalista.²⁵³ Raz²⁵⁴ por sua vez considera o direito como “normativo, institucionalizado e coercitivo”, vislumbrando mais a característica repressora e sancionatória do que qualquer outra.

Partindo da mais simples premissa do ordenamento jurídico como o complexo agrupamento de normas jurídicas, Bobbio²⁵⁵ identifica quatro critérios para a definição do conceito: pelo critério formal leva em conta a existência de normas categóricas ou hipotéticas; pelo critério material analisa o “conteúdo das normas jurídicas, isto é, das ações reguladas”; pelo critério do sujeito vislumbra a constatação do poder soberano que leva a um “ordenamento normativo de eficácia reforçada”²⁵⁶, imaginando que a força coativa da norma alinha-se à emanção do poder soberano. Baseado nesse critério alia-se o ordenamento à noção de soberania. O quarto e último critério apresentado trata da identificação do destinatário da norma, súdito ou juiz.

Raz²⁵⁷ reconhece a complexidade do sistema jurídico ao mesmo tempo em que ressalta a lei como sua principal estrutura, mas não como a única. Mantém-se ainda arraigado à função positivista do direito quando reconhece que serve para “regular e orientar a conduta humana” ao mesmo tempo em que valoriza a sua função repressora e coercitiva. Apesar de intimamente ligado à noção de normatividade, percebe-se uma maior abertura do sistema, especialmente quanto à atitude legislativa dos tribunais, bem como à revisitação do sistema de fontes.

Verifica-se em ambos os autores, um afastamento cada vez maior do elemento “lei” para individualizar e concretizar o sistema do direito, voltando-se mais para um

²⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação à obra Teoria do ordenamento jurídico. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 15-16.

²⁵⁴ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 22-31.

²⁵⁶ Segundo o próprio autor essa foi a conclusão de sua obra antecedente Teoria da norma jurídica quando funda a ideia do direito ao conceito de sanção.

²⁵⁷ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 188-223.

complexo e aberto conjunto de normas, admitindo inclusive o caráter normativo do costume.^{258 259}

Canotilho²⁶⁰ também defende a tese da abertura, e chega a afirmar que a abertura do sistema jurídico interno notadamente às normas de direito internacional, bem como às proteções de direitos fundamentais, como os direitos humanos, uma das dimensões que caracterizam o conceito de Estado de Direito na contemporaneidade.

Castanheira Neves²⁶¹, por sua vez, deixa claro que o sistema é aberto e que nenhuma legalidade pode fechá-lo. Ou seja, afasta-se cada vez mais da ideia de ordenamento/sistema jurídico fechado e vinculado à regras internas para abrir-se à normativas, sejam externas, sejam não escritas, como condição de possibilidade do Estado de Direito, em especial o democrático. A ideia de sistema surge como resultado da interpretação, da permanente construção e reconstrução das normas, aqui entendidas como resultado da interpretação dos textos normativos.²⁶²

Sobre a unidade do ordenamento jurídico Bobbio discute o sistema de fontes e adota a “teoria da construção escalonada do ordenamento”²⁶³ kelseniana que importa no reconhecimento de normas superiores e inferiores, todas sob a égide de uma norma fundamental, esta responsável por garantir a unidade do ordenamento.

No mesmo sentido Moraes²⁶⁴ afirma que a “unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial da estrutura e da função do ordenamento jurídico”. Também com influências kelsenianas reconhece que a unidade decorre da “existência da norma fundamental (Grundnorm), fator determinante de validade de

²⁵⁸ Bobbio trata do ordenamento composto por fontes reconhecidas (ou recepcionadas) e fontes delegadas – na primeira reconhece o costume como fonte. V. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 22-39.

²⁵⁹ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 186-7.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 232.

²⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 86.

²⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 49.

²⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema)”.

Revisitando a estrutura piramidal kelseniana, Raz²⁶⁵ continua identificando unidade e coerência no sistema jurídico, mas propõe uma interpretação muito mais circular entre as normas do que hierárquica, inclusive afastando a obrigatoriedade de uma norma fundamental. Afirma que a norma fundamental não necessariamente é o elemento que traz unidade ou identidade ao sistema. Ela pode ser esse elemento (critério da possibilidade) mas não necessariamente o é (critério da necessidade).

Canotilho²⁶⁶ identifica no sistema jurídico características relevantes: dinamicidade das normas, estrutura dialógica, com referência expressa a abertura do sistema para acompanhar as mudanças da realidade; normatividade pois estruturado por meio de normas, sejam essas normas regras ou princípios, identificando a centralidade e multifuncionalidade da norma constitucional.

Quando alinha a questão da unidade do ordenamento, Bobbio²⁶⁷ também enfrenta a noção de coerência e completude, partindo o estudo de como sistema e como suprir as suas lacunas no hierárquico sistema de fontes. Entende por sistema “a totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem” relacionando-se entre si de modo coerente. Afasta o conceito de sistema dos primórdios dedutivos e indutivos, para basear a sua noção de sistema na ideia da compatibilidade. Afirma que entre as normas existe um “relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade”, e, por isso acrescenta a característica da coerência, propondo, inclusive, meios de superação de antinomias. Guastini²⁶⁸ afasta a ideia de completude do ordenamento justamente porque permite que o juiz construa uma norma para o caso, afirmando: “gli ordinamenti giuridici *non* sono necessariamente completi. E, in presenza di lacune, evidentemente non si può dire che i giudici si limitino a dare applicazione a norme preesistenti. Una lacuna può solo essere colmata mediante la produzione di una norma nuova”.

²⁶⁵ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 184-6.

²⁶⁶ O autor faz referência ao sistema jurídico português, mas as características podem ser identificadas em qualquer sistema da *civil law*. V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 71; 80; 81-114.

²⁶⁸ GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge**: lezioni di diritto costituzionale. Torino: Giappichelli, 1995. p. 24.

Ribeiro²⁶⁹ aponta a dupla função do ordenamento, psicológica, que redundando no cumprimento espontâneo das normas pelo mecanismo da sanção, e judicial, na medida em que o juiz concretizará os valores sociais essenciais. Bobbio²⁷⁰ fez nascer a análise da função promocional do direito, aprofundando o estudo da sua estrutura e da função. Afastando-se de sua ideia inicial da sanção como punitiva, propôs a utilização da sanção de forma positiva, premial, como incentivo. Identificou aí a chamada função promocional do direito, cabendo-lhe não apenas “controlar os comportamentos” humanos, mas também servir além de controle, como forma de “direção social”. Ribeiro²⁷¹ também reconhece na sanção premial um meio de concretização do Estado Democrático de Direito.

Raz²⁷² não vai tão longe na função promocional, pois ainda se mantém bastante vinculado a função repressiva, mas chega a reconhecer o sistema jurídico como “um aspecto ou dimensão do sistema político” aproximando, portanto, o direito da política e também da sociedade.

Reconhece-se, portanto, o sistema do direito como integrante de um sistema social²⁷³ que deve se afastar da sua precípua “função repressiva” para buscar uma “função promocional”.²⁷⁴

Pode-se vislumbrar, inclusive, que no pensamento funcionalista até a noção de soberano e de norma fundamental passam a segundo plano²⁷⁵ coincidindo portanto com as premissas e objetivos do presente estudo. Essa contribuição é diferencial na teoria de Bobbio, especialmente quando admite que a eficácia é apartada da

²⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29-31.

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; . Barueri: Manole, 2007. p. 79.

²⁷¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53-9.

²⁷² RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 281.

²⁷³ Em verdade trata o sistema do direito como “um subsistema do sistema social geral” BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; . Barueri: Manole, 2007. p. 83.

²⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; . Barueri: Manole, 2007. p. 91-108.

²⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação à obra Teoria do ordenamento jurídico. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 17.

existência da norma²⁷⁶, bem como quando admite que a solução pode não estar na norma, conforme narrou na perspectiva do costume como fonte.

Ressalta-se que nesse estudo não se pretende aprofundar o conceito de sistema jurídico, nem no aspecto sistêmico²⁷⁷, nem no sistemático²⁷⁸, importando apenas delimitar o ambiente da pesquisa para que se possa discutir a normatividade e a produção do direito dentro dele.²⁷⁹

Diferenciando ordenamento jurídico de sistema jurídico, Irti²⁸⁰ alerta que o primeiro consiste no conjunto das normas vigentes e válidas, sendo sinônimo de “sistema de normas” ou “sistema dinâmico de normas”. Já o segundo, sistema jurídico, refere-se ao conteúdo da normas em seu sentido material:

ordenamento y sistema indican, el uno y el otro, una totalidad capaz de agrupar juntas a cada una de las partes: pero, mientras el criterio

²⁷⁶ Afirma-se que Bobbio afastou-se das lições de Kelsen e Hart quando trabalha a eficácia da norma bem como quando reconhece o poder discricionário do magistrado. Por isso chegou a ser apontado como neo-positivista. ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 74-6.

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.; TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

²⁷⁸ Apesar das características da ordenação e da unidade terem proximidade com o presente estudo, Canaris fecha o conceito de sistema conflitando com a abertura do sistema de fontes que se defende no item 4.4.2.3 e com o pensamento tópico do item 4.4.2.1 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

²⁷⁹ No presente estudo não se aprofundam as categorias da teoria sistêmica (Luhmann) e da sistemática (Canaris). Isso porque o pensamento sistêmico traz um conceito fechado de sistema, cujo código (lícito/ilícito), e sua clausura inicial (sem se considerar as hipóteses de acoplamento estrutural) conflitam com as ideias de abertura e mobilidade do sistema defendidas na presente tese. Por sua vez, o pensamento sistemático pode conflitar com o pensamento tópico exposto no item 4.4.2.1. pois enquanto o pensamento sistemático raciocina a partir do “todo” e corre o risco de se tornar “fechado”, o pensamento tópico buscará a mobilidade e abertura do sistema na medida em que se busca a concreção do direito pelos limites do próprio caso e não do todo, bem como se permite a avaliação constante dos topoi que influem na construção da resposta. Por isso adota-se o conceito de sistema de Raz conforme exposto no texto.

²⁸⁰ “*Ordenamiento jurídico es el conjunto de las normas vigentes*, determinadas en base a las reglas de producción, que son propias del ordenamiento considerado. La expresión – como suele ocurrir con los símbolos lingüísticos – recoge y unifica la pluralidad de las normas vigentes: y vigentes, en cuanto válidas según las normas internas del ordenamiento. [...] El conjunto de normas, que concurren en el tiempo constituyendo un ordenamiento jurídico, es definido y delimitado por cánones de valoración, internos al propio ordenamiento e idóneos para establecer que normas pertenecen a éste y cuáles por el contrario permanecen fuera. Este conjunto, considerado como un proceso o cadena productiva de normas, toma también el nombre de ‘sistema de normas’ o de ‘sistema dinámico de normas’. [...] Sin embargo, parece oportuno reservar el nombre de ‘sistema’ a otro fenómeno. Consumado el juicio de juridicidad, o bien comprobado que determinadas normas pertenecen al ordenamiento, se abre la investigación sobre su contenido. La noción de *sistema* no hace referencia a la validez, sino al *contenido de las normas*, lo que dicen, no si y por qué pueden decirlo.” IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 135.

de fundación del primero tiene un carácter formal, el criterio de fundación del segundo es decididamente material y de contenido²⁸¹

Irti²⁸² entende, contudo no âmbito do direito privado, que a unidade do sistema jurídico é garantida pela centralidade do Código Civil e a adoção dos microssistemas, segundo ele, comprometeriam a unidade do ordenamento. Contudo, tal entendimento de Irti data da década de setenta e a evolução jurídica e social fez com que ele repensasse, inclusive, o fenômeno da descodificação como se verá em frente. Portanto, no panorama atual de abertura do sistema jurídico e da constitucionalização do direito privado, imagina-se que a unidade está assegurada.

Descreve-se, então, os elementos que compõem o sistema jurídico, trazendo-se à lume a discussão sobre normatividade, princípios, regras e fontes, bem como da produção do direito como resultado da função jurisdicional.

O panorama da sociedade complexa e da ultrapassagem das fronteiras nacionais, traz a releitura do sistema de fontes, como por exemplo, na ideia do constitucionalismo transnacional, onde se demanda uma nova perspectiva do sistema do direito. Necessário, nesse novo cenário, desarraigar-se da regra positivada e fundir horizontes para propiciar uma solução adequada a cada caso concreto.

Teixeira²⁸³ quando discute o constitucionalismo transnacional, rediscute o sistema de fontes, afirmando que “se no âmbito regional pode ser relevante a existência de uma constituição escrita, entendemos que isso não ocorre em nível global/supranacional”, propondo a teoria pluriversalista do direito internacional, onde se reconhece as normas supranacionais com competência residual, mas ainda assim aplicáveis, com destaque às questões ambiental e penal.²⁸⁴

O que se pretende demonstrar, a partir da constatação da mudança paradigmática, é que o pensamento tradicional e provinciano da norma positivada meramente subsumida tem se demonstrado insuficiente para regular as inúmeras

²⁸¹ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 135.

²⁸² IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 59-63.

²⁸³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 27.

²⁸⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 29.

situações complexas do mundo contemporâneo, entre elas as questões globalizadas. É imprescindível estar aberto a um novo sistema de fontes para se propiciar a correta construção do direito em cada caso concreto, conforme se verá no tópico específico.

Sabidamente o ordenamento é formado por princípios e regras, porém não se pode ficar adstrito à regra positivada como lei. Num sistema de fontes complexo e aberto, necessário se faz propiciar a compreensão do Direito no círculo hermenêutico. Sedimentada a necessidade da abertura do sistema de fontes, busca-se identificar como se dá a relação entre princípios e regras no sistema do direito, formando a sua unitariedade.

Dworkin²⁸⁵²⁸⁶ analisa a questão dos princípios alicerçado na teoria do direito e nas habilidades específicas dos juristas, quais sejam: a um, analisar as leis e decisões e extrair delas a doutrina jurídica; a dois, analisar situações fáticas e resumir os fatos; e a três, conceber leis e instituições capazes de modificar a sociedade.²⁸⁷ Deve-se assim entender que os princípios buscam o preenchimento de conceitos jurídicos, a interpretação de situações jurídicas e, por isso, devem ser preenchidos a partir da tradição da dada sociedade no tempo, buscando a ideia da facticidade. Dworkin busca a análise do sistema jurídico a partir da sociologia, quando se depara com questionamentos acerca do papel do Judiciário na sociedade, questionando se os juízes seguem ou não as regras preexistentes.

²⁸⁵ A utilização da obra de Dworkin nessa tese justifica-se especialmente no que tange às suas críticas ao positivismo e ideias de Hart especialmente para se afastar do método subsuntivo e da noção positivista da completude e previsibilidade do ordenamento, bem como na conceituação de regras e princípios. A questão da crítica à discricionariedade e criação do direito na obra do autor será analisada à frente de modo a discordar do mesmo.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 8. No original DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 1-14.

²⁸⁷ Dworkin analisa o ensino jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos, constatando que não se tem preocupação com as disciplinas do eixo fundamental e não se busca os fundamentos da teoria do direito para formação crítica e completa. Narra o realismo norte-americano e sua abordagem científica em apenas subsumir os fatos às leis preexistentes. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 4. No original DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 1-8.

Dworkin²⁸⁸ justifica que “a abordagem da teoria do direito que enfatiza os princípios não pode contentar-se em só mostrar as ligações entre prática jurídica e prática social. Mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido”. Ou seja, a diferença básica entre regra e princípio reside em sua natureza lógica:

os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem, As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²⁸⁹

A aplicação das regras, portanto, seguiria um padrão mais simples de aplicação ou negação, enquanto que os princípios não são “tudo ou nada”, mas sim devem ser refletidos pelo *balancing* pois possuem dimensão de peso, de importância²⁹⁰, e, por isso, precisam ser pensados segundo os postulados de equidade e integridade.

Em verdade, para muitos autores a distinção entre regras e princípios tem sua maior relevância prática quando se verifica como funciona a aplicação de ambos no raciocínio dos juízes. Guastini²⁹¹ concorda parcialmente com a aplicação elucidada por Dworkin em especial por que narra que a aplicação do princípio depende de concretização ao passo que as regras aplicam-se mediante subsunção.

²⁸⁸ Dworkin desde a década de 70 posiciona-se criticamente contra a teoria positivista de John Hart, que por sua vez divide as regras em primárias (que concedem direitos ou impõem obrigações) e secundárias (que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas). A norma possui um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra – o núcleo duro é destinado aos casos de fácil interpretação e a zona de penumbra aos casos difíceis. No original: “Hart’s distinction between primary and secondary rules of great importance. Primary rules are those that grant rights or impose obligations upon members of the community. [...] Secondary rules are those that stipulate how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified, or extinguished.” V. DWORKIN, Ronald. M. Is law a system of rules? In: **The philosophy of law**. Oxford: Oxford University, 1982. p. 40.

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. No original: “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” In DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 24.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42 No original DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 26.

²⁹¹ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 49-53.

Moraes²⁹² indica que os princípios irradiam para todo o sistema, pois “estão presentes em todos os recantos do tecido normativo”, e por isso não é possível fragmentar o sistema, nem subdividi-lo em público/privado como na sua origem. A autora, ademais, alinha a unidade do sistema como pressuposto do Estado Democrático de Direito.

Nesta visão unitária, princípios fazem parte de um contexto moral e político, e acontecem argumentativamente na aplicação e coerência no interior da atividade interpretativa que é o Direito, não são extraídos de atos isolados, de decisões únicas, de leis individualmente consideradas, mas sim de todo esse contexto conjuntamente. Princípios estão sempre em transformação, desenvolvimento e mútua interação.²⁹³

Para Streck²⁹⁴ os princípios devem ser entendidos na facticidade de seu existir, da tradição de uma dada sociedade. São as ações da sociedade e sua construção sociológica no tempo que formam os conceitos e indicam a direção a ser seguida, ou seja, é a reflexão que levará as conclusões e não um simples raciocínio matemático. Para o autor, princípios devem servir como modo de fechamento do sistema jurídico e conseqüentemente como limitadores de interpretações solipsistas e conforme a consciência dos julgadores”.²⁹⁵²⁹⁶ Ao contrário de Neves²⁹⁷, para quem os princípios “abrem o processo de concretização jurídica, instigando, à maneira de Hidra, problemas argumentativos” conceituando-os como “artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo”.

²⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64-65. No original DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 42-45.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518-23.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 117 e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

²⁹⁶ Sobre o “mantra performático” do “decido conforme a minha consciência: DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 3, p. 310-324., set./dez. 2014. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2014.

²⁹⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. xviii, 97-8.

Silva²⁹⁸, por sua vez, após elucidar a distinção entre princípios e regras no Direito comparado, em especial por meio da análise dos pressupostos das teorias de Alexy e Dworkin, traz os conceitos para a realidade brasileira, concluindo que não há uniformidade na distinção em território pátrio. Aponta um sincretismo metodológico, ao se utilizar teorias conflitantes, mas é possível verificar que a regra estará muito mais adstrita à subsunção, enquanto os princípios apontam para um sopesamento e multiplicidade de meios. Conclui apontando que a teoria estruturante de Müller supera a concepção positivista e se afasta da mera subsunção, tal como se pretende na presente tese ao aliar princípios e regras no círculo hermenêutico.

Importa assim, identificar que tanto os princípios e regras são considerados como normas²⁹⁹, e por isso componentes do sistema, unitário.³⁰⁰

Tanto os princípios quanto as regras desempenham papel significativo na argumentação jurídica, sendo que aqueles são “normas no plano reflexivo”, que tem a função precípua de balizar e construir as regras, ao passo que essas são “razões imediatas para normas de decisão” bem como condição da aplicação dos princípios no caso concreto. Ou seja, os princípios desempenham a função do balizamento e (re)construção hermenêutica das regras, ao passo que as regras, não se enquadrando no padrão reflexivo, atuam como razão definitiva de questões jurídicas. Esse padrão reflexivo implica que os princípios “podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação do conteúdo de regras”. Ou seja, sequer se pode afirmar que as regras têm conteúdo e solução únicos e simples, pois o sentido delas é conferido dentro do ordenamento, unitário. Daí ficar evidente a relação de circularidade entre princípios e regras.³⁰¹

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção.” **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1. p. 607-630. 2003.

²⁹⁹ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 42.

³⁰⁰ Lôbo distancia-se da “querela acerca dos princípios e regras” apontando que a relevância maior está na normatividade e não na distinção entre ambos. Alia seu entendimento à teoria ponteana do suporte fático e defende que ou há hipótese normativa, ou não, esclarecendo que toda norma demanda interpretação, seja princípio ou regra. V. LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.). **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

³⁰¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p.103; 109; 131; 111; 121-141.

Não deve haver, assim, uma cisão entre regras e princípios, mas sim a unidade³⁰² no sistema jurídico como um todo. Essa dimensão deôntica que se revestem regras e princípios é sempre interpretação – pois mesmo para Dworkin o próprio Direito é interpretação. Não é a regra ou o princípio que são um esquema de interpretação, mas sim eles próprios já são a interpretação em si.

Pode-se entender também que a circularidade está situada entre a norma (regra ou princípio) e o caso concreto a ser interpretado. Não se pode ser radical e afirmar que o Direito somente existe na concreção, pois devemos considerar o ordenamento jurídico como um todo, contudo é possível concluir que o direito tem o seu sentido identificado na circularidade entre norma e caso concreto.

Determinar o conceito de princípio e definir se são considerados ou não como normas, significa não apenas conceituar um instituto jurídico, mas sim, determinar a liberdade do Poder Judiciário e do julgador individualmente considerado no caso concreto. Formado o ordenamento de princípios e regras, o que importa significativamente é a carga normativa³⁰³ que carregam e compõem o ordenamento jurídico.

Neves³⁰⁴ analisa o sistema jurídico, composto por princípios e regras, analisando basicamente duas teorias existentes na doutrina internacional, tal como Silva³⁰⁵, precipuamente Dworkin e Alexy, para, ao fim, propor um modelo próprio de diferenciação entre princípios e regras que o levou a concluir que

os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois entre ele e esta sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente ao texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial. Os princípios, enquanto

³⁰² Não se trata aqui da unidade no sentido kelseniano onde a “norma fundamental está circunscrita à criação da unidade, ou seja é responsável pela transformação de um ordem jurídica em um sistema de normas” conforme ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 55. Mas sim de um unidade do direito como um sistema de fontes mais aberto e complexo, na perspectiva do diálogo entre as fontes que será tratado no último capítulo.

³⁰³ Sobre a normatividade de princípios e regras Neves faz uma análise de ambos à luz da observação de primeira e segunda ordem na teoria sistêmica: “Os princípios e regras são normas reconstruídas à luz da observação de segunda ordem dos processos de argumentação jurídica.” V. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 100.

³⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 84-85.

³⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção.” **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1. p. 607-630. 2003.

princípios, balizam regras existentes e servem à construção de regras atribuíveis indiretamente à Constituição. As regras, mesmo quando forem metarregras, podem tornar-se razões ou critérios definitivos para a decisão de um caso jurídico específico, sendo irrelevante se essa decisão refere-se à solução de um conflito concreto entre pessoas determinadas, se é incidental ou se resolve uma controvérsia no âmbito de controle abstrato. Em suma, ao passo que os princípios, enquanto razões ou critérios *prima facie*, servem como fundamento mediato de decisões de controvérsias jurídicas, as regras, além do seu caráter *prima facie* no ponto de partida de um processo concretizador, só desempenham sua função plena, quando, no final desse processo, transmudam-se em razão definitiva. Portanto, a diferença tem um significado funcional-estrutural na passagem da complexidade determinável (estruturável, ordenável, organizável) para a complexidade determinada (estruturada, ordenada, organizada) no interior do sistema jurídico.³⁰⁶

Disso depreende-se que apesar do sistema ser composto por princípios e regras apresentam-se condições suficientes para diferenciá-los; que o texto constitucional, enquanto texto normativo, possui não apenas princípios positivados, mas também regras; que a regra não é necessariamente escrita e positivada; e que a concretização do direito ocorre na sua aplicação, ou seja, na construção jurisprudencial.

Sobre a conclusão de que as regras não são necessariamente escritas e aplicadas na regra dworkiana do tudo ou nada, as cláusulas gerais são o mais perfeito exemplo: apesar de serem consideradas regras dependerão necessariamente da construção jurisprudencial no caso concreto. Ou seja, plenamente possível afirmar-se que as regras também podem nascer do processo de produção do direito no caso concreto, que ocorrerá na resolução da lide no Poder Judiciário.

Por sua vez, Ávila³⁰⁷ traz a distinção de conceitos e regras apoiado no critério hipotético-condicional, onde a regra possui uma hipótese e o princípio um fundamento; do modo final de aplicação, sendo as regras imediatamente aplicáveis, e os princípios seriam graduais; do modo do conflito normativo, onde a antinomia entre regras se resolve pela escolha de uma delas, ao passo que o conflito entre princípios se resolve pela ponderação, para então formular uma proposta própria da distinção entre princípios e regras. Afirma que a distinção não existe teoricamente, pois o mesmo texto pode ser regra, princípio ou postulado, diante da pluridimensionalidade.

³⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 84-85.

³⁰⁷ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31-55.

Resume:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁰⁸

Canotilho³⁰⁹ aponta critérios para a distinção entre princípios e regras, mas importa ressaltar de suas lições que o sistema jurídico necessita de ambos, regras e princípios. Afirma que um sistema composto apenas de regras permaneceria estático, ao passo que formado apenas de princípios geraria insegurança exagerada. Portanto, destaca que a abertura do sistema para regras e princípios torna-o flexível e que “através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *‘living constitution’*”. Reforça, portanto, o argumento já explanado da participação do cidadão ao lado do que defende a concretização prática do direito.

Ribeiro³¹⁰ afirma a multidimensionalidade³¹¹ e pluridimensionalidade especificamente do primado da boa-fé, e Silva³¹² aproxima princípios e regras, bem como explicita que a adoção por um conceito estático de princípios e regras levará

³⁰⁸ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70.

³⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160-4.

³¹⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016.

³¹¹ Segundo Morin “a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional.” Morin alia os fenômenos da complexidade e da obscuridade, V. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005. p. 182. Coaduna-se com a temática da presente tese, na medida em que as cláusulas gerais como técnicas abertas a solucionar problemas da complexidade da modernidade, não oferecem a priori uma previsibilidade que garanta segurança jurídica. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

³¹² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: "mitos e equívocos acerca de uma distinção." **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1. p. 607-630. 2003.

muito mais a contradições do que propriamente a contribuições positivas na doutrina nacional.

Na relação entre princípios e regras, que delineiam a compreensão do direito, pode-se verificar o círculo hermenêutico entre legislação e jurisdição. Neves³¹³ denomina o fato como “dupla contingência”, explicitando que na relação entre “normatização e concretização normativa estabelece-se inicialmente uma dupla contingência como em qualquer processo comunicativo”. Explica que o contexto social da lei está presente na sua elaboração pelo legislador e também na aplicação pelo juiz, mas que nem sempre essa mensagem é idêntica nos dois níveis, da produção institucional e da construção hermenêutica (tal como *alter* e *ego*).³¹⁴ Daí se falar em dupla contingência na medida em que se constata controle social tanto no processo de formação quanto no de aplicação da norma.

Streck³¹⁵ afirma que não basta nominar como princípio, mas sim fazer um preenchimento qualitativo. A normatividade emerge de um quadro composto por regras e princípios, e ambos apontam a resposta adequada. Os princípios são vivenciados, faticizados pelos membros de uma sociedade e determinam a formação dessa sociedade.

Segundo Gadamer³¹⁶:

O conhecimento histórico é contra o ideal da moderna ciência na qual tudo que pode conter alguma dúvida não se pode aceitar. Assim o conhecimento histórico que forma a nossa consciência histórica é muito difícil de compreender na sua verdadeira essência, a partir do moderno conceito do método.

Logo, é necessário vislumbrar os princípios não mais como sucedâneos dos princípios gerais do Direito e nem como um suporte dos valores da sociedade, nada disso. Os princípios devem ser pensados na perspectiva interpretativa e seu “preenchimento” deve ser dar a partir da tradição e da facticidade, limitando a atuação

³¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 10; 11; 94.

³¹⁴ No mesmo sentido diferenciando a tarefa hermenêutica do intérprete historiador e do intérprete julgador: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V.I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 482.

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: Luigi Ferrajoli; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade.. (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2012. p. 66.

³¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 408.

do Poder Judiciário, evitando atitudes solipsistas e não se confundindo com valores, mas sim lidos na perspectiva do Estado Democrático de Direito.³¹⁷

Castanheira Neves³¹⁸ explana que os princípios transcendem a lei e a legalidade, “convocados como fundamentos normativos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir”. Tanto princípios quanto regras assumem especial relevância no conceito de ordenamento jurídico e na sua individualização como sistema do direito, mas o equilíbrio entre ambos se faz necessário. Concordam Neves³¹⁹ e Streck³²⁰ ao afirmarem que não se pode utilizar excessivamente dos princípios, sob pena de gerar um descrédito no seu emprego, um enfraquecimento na autonomia do direito³²¹, além de insegurança para a sociedade.³²² Da mesma forma, um sistema com o uso excessivo de regras tornaria a sociedade engessada e

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: Luigi Ferrajoli; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade.. (Org.).. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2012. p. 66.

³¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

³¹⁹ Neves afirma: “Com a ponderação sem limites ou a compulsão ponderadora, a racionalidade política torna-se inteiramente irracional para o sistema jurídico do Estado de direito e a racionalidade jurídica torna-se irracional para o sistema político do Estado democrático. [...] Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma de compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro. V. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 196.

³²⁰ Streck narra o fenômeno como *panprincipiologismo* afirmando que o excesso de princípios no ordenamento, além da invenção de “novos princípios do senso comum jurídico”, permite que o julgador ampare a sua decisão em qualquer fundamento. Alega o autor que os princípios não são valores, e que portanto, o juiz não está autorizado a criar. V. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-540. Na presente tese concorda-se com a primeira parte da afirmação, pois o ordenamento deve propiciar o julgamento a partir de regras e princípios conjuntamente, e que o uso exagerado de princípios (quando existem regras) gera insegurança jurídica e retira a autonomia do Direito. Não se concorda, contudo, que os princípios levam a julgamentos solipsistas, pois como se verá no item 4, o próprio ordenamento concede meios para parametrizar a atitude do julgador/intérprete.

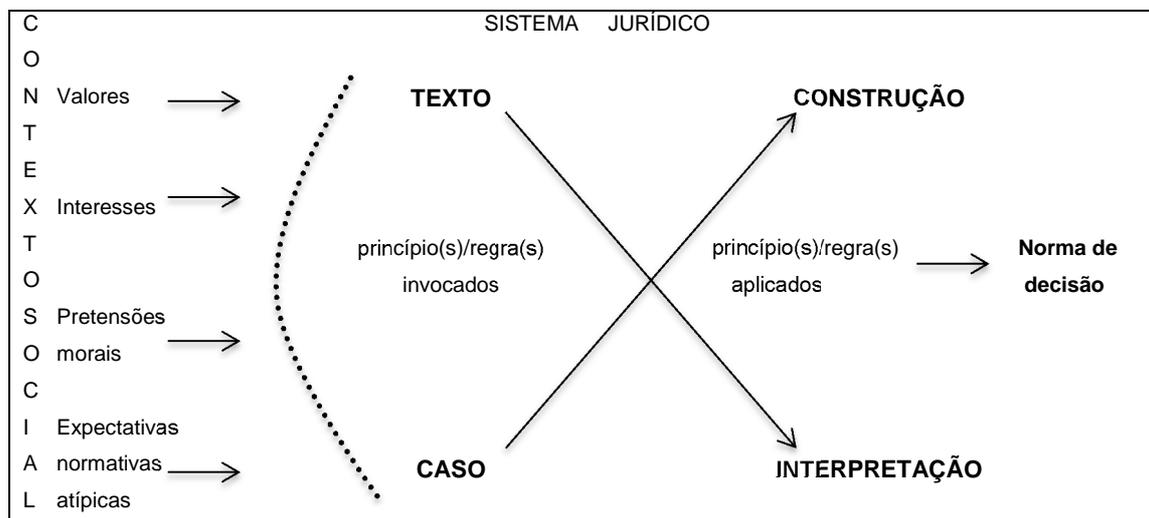
³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 538.

³²² Sobre esse tema, especificamente os princípios do Direito Civil v. CATAUDELLA, Antonino. L'uso abusivo di principi. In: **Rivista di Diritto Civile**. V. 60. N. 4. Jul./Ago. 2014. p. 747-763. Milano: CEDAM, 2014.

impediria a evolução. Assim, a solução apresentada por Neves³²³ é coerente, na medida em que propõe um sistema misto, de articulação entre regras e princípios.

Em continuidade e concordância à proposta, Neves explica pela figura abaixo como se dá a concretização da norma de decisão:

Figura 1 – Concretização constitucional por princípios e regras



Fonte: Neves³²⁴.

Explicando a figura acima, afirma que no contexto social onde ocorre o processo de concretização constitucional constata-se uma vasta quantidade de valores, inclusive contraditórios, além de interesses, pretensões e expectativas. Para o autor, no processo de argumentação invocam-se princípios, quando se inicia a estruturação da complexidade do caso, ou seja, passa-se da “complexidade desestruturada para a estruturável, após, invocam-se regras e procura-se tornar estruturada a complexidade do caso. São necessários ambos, princípios e regras. No interior do processo de concretização selecionam-se os princípios e regras que serão aplicados, chegando-se então à norma de decisão.³²⁵

No mesmo sentido Guastini³²⁶ afirma que “concretizar um princípio significa usá-lo como uma premissa num raciocínio cuja conclusão é a formulação de uma

³²³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 134.

³²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 140-1.

³²⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 136-7.

³²⁶ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 42-60.

regra: uma nova regra até aquele momento não expressa”. Ou seja, a concretização dos princípios se dará na norma de decisão, na concretização dos princípios, que não serão aplicados mediante simples subsunção, mas dependerão da interpretação judicial para aparecerem concretamente no caso. Com o mesmo entendimento Canotilho³²⁷ afirma que uma norma que era apenas abstrata e potencial passa a ser a norma de decisão “que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” porém não é autônoma e independente das normas que a fundamentaram abstratamente.

Resume Neves³²⁸:

os princípios constitucionais como normas no plano da observação de segunda ordem de casos a decidir e normas de decisão são estruturas reflexivas em relação às regras; a relação entre princípios e regras implica uma relação circular reflexiva na dimensão da estática jurídica; a concretização constitucional exige uma regra completa (‘norma geral’) como critério imediato para a solução do caso mediante a norma de decisão; há uma impossibilidade prática de aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras, sejam estas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente; a argumentação focada excessivamente em princípios constitucionais é sobremaneira falível, deixando amplo espaço para que se superem as próprias regras constitucionais desenvolvidas a partir dela.

Outra possibilidade para os princípios não reside na sua aplicação direta, mas como orientador das decisões interpretativas, que aparecerá na “interpretação conforme”. Ou seja, os princípios constitucionais podem se revelar como o argumento utilizado pelo intérprete para dar sentido a uma regra, e nesse juízo valorativo percebe-se a circularidade entre direito e moral.³²⁹

Pode-se concluir, então, que a concretização do direito implica na “interpretação tanto do texto da norma quanto dos fatos jurídicos relevantes para o

³²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 1221-2.

³²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 140-1.

³²⁹ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 42-60.

caso”³³⁰ e tem muito mais relevância a realização de regras e princípios, circularmente, no caso concreto.

A partir da ideia de que o sistema jurídico é formado por princípios e regras, Engisch³³¹ afirma que “toda norma jurídica é uma norma que prescreve ou ordena um acto coercitivo. A sua essência exprime-se por conseguinte numa proposição, na qual a um determinado pressuposto, vai ligado o acto de coacção como consequência”. Ou seja, admite que o conceito de norma está vinculado a uma imposição do dever ser, reconhece o nascimento do ordenamento jurídico a partir do sentido e da estrutura da regra jurídica, que se funda no binômio direito-dever. Apesar de reconhecer o imperativo do dever-ser como componente da regra jurídica, traz a análise do dever-ser fundado no conceito de valor.

A norma jurídica deve ser reconhecida como imperativo e componente do sistema jurídico, contudo, não se pode reconhecer a autonomia dessa norma, afinal, ela só terá sentido na aplicação (conjunta), valorando uma determinada conduta. Por isso, mesmo que o centro gravitacional do Direito resida no fato de ele conferir direitos e impor deveres³³², sendo o papel do legislador relevante na definição das hipóteses e diferentes consequências jurídicas, o Direito só encontra seu real sentido na sua aplicação, pois é considerado como uma ciência prática, na medida em que seu sentido só é definido pela compreensão da regra e sua aplicação no mundo prático. O autor, portanto, consente em identificar a regra jurídica como um elemento primordial na formação do ordenamento, mas reconhece que “a lei apenas é um elemento entre os vários que concorrem para fixar o conteúdo do dever-ser concreto”.³³³

A ideia da unidade do sistema aqui defendida não significa, contudo, completude. Resta definir que o sistema do direito carrega a sua normatividade, formado por regras e princípios, ao mesmo tempo que a atuação do intérprete no julgamento de cada caso concreto obriga-o a encontrar a solução, ainda que não haja regra positivada. Por isso a abertura do sistema de fontes contribui para a unidade do

³³⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7.

³³¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 34-5.

³³² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 33; 29; 12-3.

³³³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 79.

sistema, pois não há mais que se falar em hierarquização entre regras, mas sim no ordenamento complexo que abarca inclusive a atividade jurisdicional.

Wilburg³³⁴ traz a ideia de sistema aberto e móvel, singularmente ao Direito Civil, conciliando a existência de regras, princípios e propiciando a adequada solução dos casos concretos sem que isso implique em discricionariedade.

Afirma Engisch³³⁵ que não se pode considerar as premissas de maneira individual e isolada, mas devem ser interpretadas num todo lógico e sistemático que é o próprio sistema jurídico, reconhecendo a “unidade da ordem jurídica”. Aponta como tarefa do jurista “reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto”.

Nesse mesmo sentido, Perlingieri³³⁶ defende que o Direito deve ser compreendido em conjunto com a complexidade e realidade sociais onde está inserido, considerando que deve estar aberto à evolução social, e que essas realidades, social e normativa, se transformam mutuamente ao longo do tempo:

La trasformazione della realtà sociale in uno dei suoi aspetti significa trasformazione della ‘realtà normativa’ e viceversa. L’affermazione, per contro, dell’autonomia della scienza giuridica ed i conseguenti tentativi di definire la c.d. ‘realtà giuridica’ come qualcosa che possa vivere separatamente dalla realtà sociale, economica o politica è retaggio che pesa ancora molto sui giuristi e sull’insegnamento del diritto.

O mesmo autor analisa a função do Judiciário como complexa e valorativa, pois não resume à subsunção da norma ao caso, mas sim “envolve um conjunto de

³³⁴ WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Trad. Raul Guichard. **Direito e justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. v. 14, t. 3, 2000. p. 51-75, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

³³⁵ ENGISCH nesse capítulo não enfrenta a distinção de princípios e regras, referindo-se amplamente às “normas” bem como as “premissas maiores”. Afirma que “quanto mais compreensiva e subtil se torna a legislação, maiores são as exigências postas pela reunião e conjugação das partes que integram a norma jurídica a fim de se lograr um domínio mental das leis. O jusfilosofo Stammler cita a frase ‘Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código’. Podemos considerar esta tese como um pequeno exagero. Todavia, ela põe em evidência a unidade da ordem jurídica, a qual nosso contexto se traduz em que premissas maiores jurídicas têm de ser elaboradas a partir da consideração de todo o Código e, mais ainda, socorrendo-nos também de outros Códigos ou leis” V. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 115-23.

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 9.

aspectos que vão do ideológico e político, ao social, ético e religioso”.³³⁷ Assim, percebe-se que igualmente a Engisch, Perlingieri³³⁸ defende a unidade do sistema jurídico, pois, ainda que haja uma pluralidade de fontes normativas, deve-se considerar a função do jurista em realizada a interpretação formar um todo individual e unitário que será denominado ordenamento.³³⁹

De igual modo Ferrajoli³⁴⁰ quando analisa o sistema do Direito mesmo antes do advento do Estado Moderno, já indicava que cabia à doutrina e à jurisprudência o papel unificador do sistema, o que mais tarde, coube à regra constitucional no modelo de Estado Constitucional de Direito. Nesse modelo, a Constituição assume o “papel de centro gravitacional, projetando seus valores e princípios solidarísticos para todo o ordenamento jurídico”³⁴¹, ou seja, a Constituição desempenha o papel de ordenar a comunidade política bem como de unificar o sistema.

Vencida, portanto, a noção da unidade do sistema jurídico formado por princípios e regras, cuja produção do direito se dá no caso concreto pelo círculo hermenêutico, como se verá a seguir.

Nesse sistema unitário, evidencia-se, portanto, a tarefa da hermenêutica jurídica³⁴², que não se limita apenas a compreensão de textos normativos, mas sim, tem tarefa mais abrangente de congregar as impressões de um intérprete historiador (que procura o contexto da época da formação da norma) e de um intérprete julgador (que associa o conteúdo normativo ao contexto social atual). “O que a hermenêutica filosófica quer destacar é que o sujeito que conhece está imerso na história, a qual justifica a sua tradição pessoal e a do grupo onde participa.”³⁴³ Grondin³⁴⁴ explica que o grande passo da hermenêutica filosófica gadameriana foi o questionamento acerca

³³⁷ “La funzione del giurista è dunque complessa e la sua valutazione coinvolge un insieme di aspetti che vanno da quello ideologico politico a quello sociale, etico, religioso”. V. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 11.

³³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 21

³³⁹ No mesmo sentido RESCIGNO, Pietro. Unità e pluralità del diritto civili: il sistema e le fonti. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. V. I. Ano 2004. Milano: Giufrè, 2004.

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 420.

³⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 689-90.

³⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 482.

³⁴³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

³⁴⁴ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 181-6.

do historicismo, chegando-se a “elevação da historicidade da compreensão como princípio hermenêutico”.

O próprio Gadamer³⁴⁵ explica:

O jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso de que partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito da aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode contentar-se, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual.

Daí se afirmar que a tradição desempenha papel de significativa importância na compreensão da norma, sendo que Gadamer não pretende unir “a atividade hermenêutica ao método”³⁴⁶ mas sim está atento à história e à movimentação humana, que ocorrem cada vez de forma diferente. “Projeta-se uma aproximação entre a compreensão e a consciência histórica, unindo-as de tal maneira que ambas passam a ser essenciais para a hermenêutica filosófica.”³⁴⁷ Ou seja, “a tese inicial de Gadamer que o caráter científico das ciências do espírito se pode ‘antes compreender com base na tradição do conceito de formação cultural, do que a partir da ideia da ciência moderna’”.³⁴⁸

Castanheira Neves³⁴⁹ da mesma forma entende que a realização da norma ocorre no círculo hermenêutico, valorizando ainda o papel da *práxis* e da consciência jurídica geral, que se pode identificar com a historicidade acima explanada.

Para Gadamer³⁵⁰

³⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 483-4.

³⁴⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

³⁴⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 132.

³⁴⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 183.

³⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

³⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 457.

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

Portanto é possível perceber que a compreensão em Gadamer não é um ato isolado, mas sim um processo pelo qual o intérprete apoia a sua conclusão fundindo horizontes de passado e presente. As verdades são constantemente reconstruídas no círculo hermenêutico (conhecendo a mim mesmo, conheço o outro e quando conheço o outro retorno ao conhecimento próprio).³⁵¹ Ou seja, as verdades estão intimamente ligadas à pré-compreensão aliada a tradição, que evoluem tal como uma espiral hermenêutica.³⁵²

Engelmann³⁵³ explica:

A compreensão é processada com vistas à aplicação, na medida em que a resposta se encontra no enunciado, ao qual a questão (pergunta) deverá ser formulada. Não se trata, portanto, de um simples processo de interpretação, com o estabelecimento do sentido e alcance nos moldes entendidos pela hermenêutica tradicional. Pelo contrário, a compreensão está conectada à interpretação, justificando a pergunta formulada, alicerçada, por sua vez, numa série de fatores prévios, que tomam em conta as variadas características da situação concreta. Sendo que nessas conexões torna-se fundamental o papel da *phrónesis* ou saber ético.

Quando se aplica essa premissa ao julgamento de um caso concreto tanto o passado e presente do próprio caso, como o passado e presente da lei a ser aplicada

³⁵¹ Sobre compreensão: "Comprender se refiere más bien a que uno es capaz de ponerse en el lugar del otro y expresar lo que ha comprendido y qué es lo que tiene que decir sobre ello. Y esto significa precisamente no reproducir sin más sus palabras, pues en su sentido más pleno comprender significa defender el asunto de exhaustivamente ante un tribunal o ante quien que sea." V. GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermeneutico**. Madrid: Catedra, 1995. p. 77.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁵³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

serão levados em consideração pelo julgador. Não se trata de um ato apartado da realidade, seja do caso, seja da norma que será aplicada ou construída.³⁵⁴ “O intérprete é duplamente interpelado: num primeiro momento, pela sua própria condição histórica; num segundo momento, pelo próprio enunciado que está clamando por um questionamento, inspirado no primeiro momento”.³⁵⁵

Stein³⁵⁶ desenvolve a ideia da hermenêutica da facticidade como a expressão vinculada a “interpretação do mundo é a interpretação da condição fática do ser humano”, mas considera a facticidade não apenas na condição humana, mas na “soma de todos os elementos históricos, elementos culturais nos quais estamos enraizados na história humana”, sendo que todos esses elementos entram em consideração e daí se produz uma ruptura fundamental na filosofia, “esta ruptura significa que temos que passar por uma interpretação”.

Segundo Gadamer³⁵⁷ o problema hermenêutico se divide em compreensão, interpretação e aplicação que não podem ser vistos como métodos separados, mas sim como um interdependente do outro: “a interpretação não é um ato posterior à compreensão, porém compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita da compreensão”. A aplicação que antes era vista como terceiro momento, antecipa-se na compreensão, pois na “compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido”.³⁵⁸ Ou seja, fundem-se compreensão, interpretação e aplicação (daí falar em círculo hermenêutico) recebendo o problema hermenêutico um “significado sistemático”³⁵⁹ que não se limita a compreensão da norma mas também a sua adequação ao momento histórico e social em que está inserida, tal é o papel do jurista de “adaptação ao presente jurídico”.³⁶⁰ Resumindo: “a aplicação é um momento próprio do compreender” e portanto “forma-se um conjunto integrado pela pré-compreensão, compreensão, interpretação e aplicação que é chamado de círculo hermenêutico.”³⁶¹

³⁵⁴ SCALISI, Vincenzo. Per una ermeneutica giuridica ‘veritativa’ orientata a giustizia. In: **Rivista di Diritto Civile**. V. 60. N. 6. Nov./Dez. 2014. p. 1249-1271. Milano: CEDAM, 2014.

³⁵⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

³⁵⁶ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: EDPUCRS, 1996. p. 70.

³⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 459.

³⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 460.

³⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 459.

³⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 484.

³⁶¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 244.

Contudo essa relação circular não é estanque, mas, ao contrário, dinâmica. Parte-se da ideia de que o círculo hermenêutico insere-se no “processo de transmissão da tradição”³⁶² pois “será alimentado constantemente pela tradição do intérprete e do texto”, sendo um processo repetido de “olhar para frente e para trás” a partir da experiência.³⁶³ Esse olhar histórico retrospectivo que permitirá um juízo mais seguro, pois o salto para trás é “hermeneuticamente enriquecedor”³⁶⁴. Essa dinamicidade é identificada por Gadamer³⁶⁵ na ideia de que “o horizonte do presente está num processo de constante formação” onde ocorre “o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos”. Ou seja, necessária a consciência histórica^{366 367} do presente e da tradição³⁶⁸ em que se está inserido para então possibilitar o processo de compreensão no círculo hermenêutico (compreensão – interpretação – aplicação).

Esse processo se dá numa fusão de horizontes, na medida em que

compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar por si mesmos. [...] faz parte da verdadeira compreensão o

³⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 268.

³⁶³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 239.

³⁶⁴ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 188-9.

³⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 457.

³⁶⁶ Sobre consciência histórica: “la razón histórica no equivale a la capacidad de ‘suspender’ el propio pasado histórico en la presencia absoluta del saber. La conciencia histórica es ella misma histórica y experimenta, como la existencia en su obrar histórico, un traslado permanente de corriente, pues no se sitúa en lo ‘estético’, desprendimiento de la distancia, sino en la corriente de la historia.” V. GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermeneutico**. Madrid: Catedra, 1995. p. 121.

³⁶⁷ Para Grondin o conceito de consciência histórica de Gadamer revela uma sutil ambiguidade: “De um lado, ele significa que nossa consciência atual foi cunhada e até constituída por uma história efetual. Nossa consciência é assim ‘efetuada’ pela história. De outro lado, ela caracteriza uma consciência, a ser sempre reconquistada, desse ser efetuada. [...] À exploração da profundidade dessa consciência, isto é, à comprovação do caráter universal e especificamente *hermenêutico* da nossa experiência de mundo, dedica-se a hermenêutica da finitude de Gadamer.” V. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 191-2.

³⁶⁸ Sobre tradição: “La universalidad de la experiencia hermenéutica se acopla magníficamente a la limitación real de todo experiencia humana y a las limitaciones impuestas a nuestra comunicación y nuestras posibilidades de articulación.” GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermeneutico**. Madrid: Catedra, 1995. p. 75.

recuperar os conceitos de um passado histórico de maneira que contenham, ao mesmo tempo, o nosso próprio conhecer.³⁶⁹

Streck³⁷⁰ explica que a fusão de horizontes impede que a aplicação hermenêutica se dê por partes, pois é sua tarefa aliar as partes e formar o todo. Afirma ainda que não se pode afirmar que a hermenêutica favorece um conservadorismo, pois é a fusão de horizontes que sempre dará passagem a algo “imprevisível e novo”, mas nem por isso inseguro pois “em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição”.

Diante dos postulados do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes percebe-se que o processo de compreender consiste na produção (e não mera reprodução) da norma considerando a singularidade de cada caso concreto pois ele deve “ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”.³⁷¹ Por isso tal produção projeta a criatividade no círculo hermenêutico a qual “pressupõe uma criação do intérprete (notadamente o magistrado) visualizando de forma sistemática o ordenamento jurídico”.

Grondin³⁷² identifica o caráter da universalidade no círculo hermenêutico gadameriano:

Ontológico significa aqui, como tão frequentemente em Gadamer: universal. O círculo é universal, porque cada compreensão é condicionada por uma motivação ou por um pré-conceito. Os pré-conceitos – ou a pré-compreensão – escreve Gadamer provocadoramente, valem, de certa forma, como ‘condições de compreensão. Nós compreendemos e tendemos para uma verdade porque somos guiados nesse processo por expectativas sensoriais.

Assim, exige-se do intérprete responsabilidade dada pela tradição e pelo próprio ordenamento, na medida em que se espera uma “postura crítica” e não meramente reprodutiva do texto legal “a fim de construir uma solução que seja

³⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 311; 551.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 275.

³⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 461.

³⁷² GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 186.

adequada para ‘aquele’ caso, e especialmente para ele”³⁷³, sempre perfazendo a análise da realidade social, com base na sua “historicidade local e universal”.³⁷⁴

Pode-se concluir do entendimento gadameriano que a norma é constantemente criada na fusão de horizontes do passado e do presente por meio da tradição. O conceito de norma, portanto, não ficaria engessado como princípio ou regra, mas se modificaria junto com a evolução da sociedade. Por isso tal entendimento adequa-se à construção da resposta jurídica na sociedade complexa.

Neves³⁷⁵ admite que não há uma relação linear entre princípios e regras, mas sim circular e reflexiva, na medida em que “essa implicação recíproca encontra-se analogamente na relação entre princípios e regras constitucionais no plano da estática jurídica (assim como entre Constituição e lei ou entre Constituição e decisão judicial em matéria constitucional na dinâmica jurídica)” sendo que “a relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos)”.

Para Fachin³⁷⁶ “as normas constitucionais (compostas de princípios e regras), conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico” e “foi precisamente a ideia de efetividade que levou (e ainda leva) ao caráter normativo e vinculante dos princípios”.

Por fim, pode-se constatar a comprovação da unidade do sistema jurídico, formado por normas, assim entendidos como regras, princípios e normas de decisão construídas a partir do círculo hermenêutico fundado na tradição.

Percebe-se portanto que as relações circulares (também dinâmicas e mutáveis) ocorrem no sistema do direito em relação ao ambiente e a outros sistemas, bem como ocorrem dentro do próprio sistema, a saber:

³⁷³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 244.

³⁷⁴ “Lo studio del diritto – e quindi anche del diritto tradizionalmente definito ‘privato’ – non può prescindere dall’analisi della società nella sua storicità locale e universale, sí da consentire l’individuazione del ruolo e del significato della giuridicità nell’unitarietà e complessità del fenomeno sociale”. V. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 9.

³⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 134-5.

³⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 697.

Identifica-se a circularidade entre direito e sociedade na medida em que o direito deve apresentar respostas e solucionar as celeumas apresentadas no ambiente social. Ainda que se reconheça que a sociedade avança mais rapidamente que o sistema do direito, deve-se buscar as respostas juridicamente amparadas para os problemas sociais, o que vai permitir a concretização da norma em cada problema apresentado ao intérprete. Esse amparo não deve vir necessariamente do Poder Legislativo, pois na perspectiva do Estado Democrático de Direito o processo acaba sendo o meio pelo qual o direito responde à sociedade.

Por sua vez, pelos fenômenos da judicialização das políticas e do ativismo judicial, narrados no primeiro capítulo, percebe-se a circularidade entre direito e política³⁷⁷, que será a seguir melhor descrito na teoria estruturante quando Müller³⁷⁸ confirma que a política adentra na construção da norma quando estrutura o âmbito normativo.

Considerados os poderes estatais, em particular o Legislativo e o Judiciário, deve-se admitir a circularidade entre a produção da lei e a construção do direito no caso concreto – na perspectiva de Neves³⁷⁹ – entre legislador e juiz. Esse fenômeno ocorre nas normas abertas onde se verifica claramente o círculo hermenêutico (compreensão – interpretação – aplicação) na produção da norma de decisão.

Tipicamente o círculo hermenêutico gadameriano se dá na circularidade entre compreensão, interpretação e aplicação das normas³⁸⁰, pois não é possível separar o processo da compreensão em fatias, já que ocorre simultaneamente. Isso resulta na fusão de horizontes entre princípios, regras e o caso concreto – fundamento do diálogo entre as fontes e permissão para o intérprete compreender o direito no caso concreto – que significa produzir o direito e construir uma solução adequada (que não

³⁷⁷ Sobre a circularidade entre direito e política Calmon de Passos afirma que “há um nexo ineliminável entre direito e poder político. Direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decidido será atividade desenvolvida para nada. Consequentemente, toda decisão de conflito é um ato de poder e de poder político. Disto resulta a consequência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os micro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador, um agente de poder político institucionalizado.” V. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando o que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70.

³⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

³⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7.

³⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 459.

é única). Em resumo: “compreensão e aplicação coincidem”, pois a compreensão não é uma conduta reprodutiva, mas sim produtiva.³⁸¹

Por fim, na dimensão prospectiva de Fachin, deve-se dar também a fusão entre doutrina e jurisprudência para que a criação do direito como resposta estatal ao caso concreto esteja devidamente fundamentada nas premissas do sistema e que seja uma solução de pacificação social e de segurança social e jurídica.

Em resumo, uma circularidade entre direito e realidade³⁸², entre fato e norma, pois deve-se admitir que a norma tem o seu conteúdo variável conforme a realidade em que está inserida³⁸³, e por isso ela passa a fazer sentido no caso concreto inserido nessa realidade, pois o âmbito normativo (aqui entendido como o contexto na perspectiva de Müller a seguir descrita) compõe a norma a ser concretizada.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: ABERTURA DO DIREITO PRIVADO AO NOVO SISTEMA DE FONTES

Os fenômenos da publicização do direito privado e da constitucionalização do Direito Civil são destaque na doutrina e legislação do Século passado e demonstram, na contemporaneidade, que a fusão entre público e privado, entre civil e constitucional, comprovam a unidade do sistema do direito bem como a abertura do sistema de fontes.

A percepção de espaços públicos e privados remonta à Antiguidade, sendo possível observar o homem em sua intimidade e sua família, desde o início da vida no aspecto puramente privado, para, num segundo momento, quando se estabelecem relações sociais, pensar-se em seu aspecto público.³⁸⁴

Alguns afirmam que os estudos do público e do privado existem desde os primórdios do Direito Romano, onde os conceitos eram distintos mas se comunicavam.

³⁸¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 193.

³⁸² “Non vi è una realtà sociale e poi una realtà giuridica; l’unitarietà del fenomeno sociale non consente separazioni tra diritto e società.” PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 237.

³⁸³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

³⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 85.

Em sentido contrário, Moraes³⁸⁵ afirma que a divisão metodológica entre direito público e privado não reside no Direito Romano, pois naquele contexto o *Jus Civile* que era o direito dos cidadãos era considerado como público.

A despeito da origem, coube aos positivistas normativos pensar de forma dicotômica, separando-os, realidade que resta superada pelo retorno à antiga comunicação romana. Lorenzetti³⁸⁶ narra a superação da separação entre público e privado, que se pode perceber pelo exame de seus conceitos centrais, abaixo apontados:

Imperium e igualdade: na origem do Direito Público havia uma desigualdade entre Estado e particular, ao passo que no Direito Privado os particulares estavam em posição paritária. Na atualidade, no plano internacional de uma economia globalizada, identifica-se muitas vezes paridade entre os Estados e, nas relações particulares, inúmeras desigualdades e condições de vulnerabilidade têm sido reconhecidas e merecem proteção legal.

Lei e contrato: historicamente prevaleciam as regras de ordem pública para o público, e a autonomia privada ao particular, o que não se manteve nas últimas décadas. Ao contrário, vislumbra-se inúmeras situações de Direito Privado com normas de ordem pública de caráter irrevogável e inafastável, tal como ocorre nas relações de consumo, por exemplo.

Justiça distributiva e justiça comutativa: a primeira dominava no Direito Público, “para a adequada repartição de privilégios e gravames”³⁸⁷, ao passo que a comutatividade, a equivalência, se apresentavam como característica marcante do privado. Presentemente, começam a aparecer decisões de responsabilidade civil no âmbito privado com nítidos contornos distributivos.

Fontes autônomas: no passado constatava-se a Constituição como fonte do Direito Público, e os Códigos Civil e Comercial, do privado, situação que se inverteu depois de 1988, como se verá a seguir.

³⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

³⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 39-40.

³⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010, p. 40.

Ou seja, o que se percebe é que a estanque divisão entre público e privado, de um passado não muito distante, acaba por se embarçar na complexidade da sociedade atual, trazendo uma nova realidade ao sistema jurídico.

Desde meados do Século XX é possível constatar uma significativa mudança no Direito Privado, que constantemente vem sofrendo influências de questões coletivas, tais como a questão ambiental, a preocupação com patrimônio histórico e cultural das cidades, a reparação do dano em caso de extensão de vítimas atingidas, a intervenção do Estado nas relações econômicas e contratuais, entre outras questões coletivas.³⁸⁸ Essas questões residem em um espaço intermediário entre o público e o privado. A influência constante das questões coletivas e sociais em sede de Direito Privado, fez a doutrina repensar o paradigma da dicotomia entre o público e o privado, ficando obrigada a aceitar uma nova realidade e constatar a superação dessa separação estanque.

As grandes dicotomias do passado como Estado/sociedade, política/economia, individual/coletivo, público/privado, “estão claramente envelhecidas”³⁸⁹ e não dão conta da nova realidade da sociedade complexa. No plano da economia percebe-se a “mercantilização da política” e a “politização da economia”³⁹⁰, no plano do direito:

o direito privado recebe crescentes interferências do direito público: limitações de preços, imposições de padrões de qualidade, defesa do consumidor, numa palavra, intervencionismo. De outro lado, o direito público crescentemente delega ao direito privado algumas de suas antigas competências: arranjos neocorporativos, assembleias de interessados, pactos setoriais. A teoria geral do direito designa o primeiro movimento como ‘publicização do direito privado’. O segundo momento tipifica a chamada ‘privatização do direito público’.³⁹¹

Com o advento da Constituição de 1988, tal conjuntura ficou ainda mais evidente, pois o texto constitucional passou a tutelar questões tipicamente privadas, como a família, a propriedade e a responsabilidade civil. Além disso, buscou a CF/88 inaugurar o denominado Estado Democrático de Direito, trazendo para o texto legal os seus principais pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Especialmente

³⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

³⁸⁹ CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 118.

³⁹⁰ CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 118.

³⁹¹ CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 118.

quanto a estes, trouxe uma exaustiva disciplina de garantias e tornou-as cláusulas pétreas, não admitindo sua supressão. Muitas dessas garantias referem-se a situações tipicamente privadas, trazendo “regras que regulam e controlam os poderes privados, na perseguição da justiça material”.³⁹² No que tange à democracia, vislumbra-se uma “democracia intermediária permanente”, onde se pode perceber a atuação constante e digna do cidadão³⁹³, em especial materializada pelo acesso a justiça.³⁹⁴

Para Tepedino³⁹⁵, a Assembleia Constituinte de 1987-88, marcou o período de redemocratização do Brasil, tendo reconstruído conceitos e metodologias do Direito Privado, bem como o compromisso com a pessoa humana e a justiça social. Segundo Barreto³⁹⁶, a grande inovação da Constituição de 1988 foi trazer a democracia como fundamento do Estado Constitucional, estando essa democratização da contemporaneidade fundamentada basicamente no princípio da igualdade, que refletiu tanto no Direito Público quanto no Privado. Já para Rodrigues Junior³⁹⁷ a constitucionalização do direito privado, em especial no que diz respeito ao direito de propriedade e sua função social, não teve início apenas com a norma de 1988 como julgam a maioria dos civilistas brasileiros, pois há disposições constitucionais acerca da propriedade desde o texto constitucional de 1934.³⁹⁸

³⁹² LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008. p.19.

³⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.** Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009. p. 41.

³⁹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.103.

³⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 22.

³⁹⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 288.

³⁹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítica de um caso de constitucionalização do direito civil In: **Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda.** Coimbra: Coimbra editora, 2012.

³⁹⁸ Importa ressaltar que disciplina constitucional da propriedade não foi resultado somente do texto de 1988, pois já estava presente no texto constitucional desde a Constituição Imperial de 1824, já prevista como garantia, e também nas subsequentes, sendo que os indícios acerca da sua função social aparecem no texto de 1934, mas evidentemente com a Constituição Federal de 1988 o tratamento da propriedade se tornou mais abrangente e detalhado, em especial no que tange à intervenções estatais. V. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítica de um caso de constitucionalização do direito civil In: **Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda.** Coimbra: Coimbra editora, 2012.

Diante dessa nova realidade, o Direito testemunhou a chamada publicização do Direito Privado: o que antes era regido exclusivamente pelo Código Civil, passa a ser tutelado pela Constituição, que deixa de ter um conteúdo exclusivamente programático.³⁹⁹ A publicização do Direito Privado acaba por retratar a superação da dicotomia entre o público e o privado, reforçando, ainda mais a unidade⁴⁰⁰ do sistema jurídico.

Consequência disso, percebeu-se a proximidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que são os ramos do Direito que mais afetam o indivíduo em seu cotidiano. Constatou-se que, como pessoa humana, o exercício da cidadania e a garantia dos direitos fundamentais está afeta ao Direito Constitucional, e, como sujeito de direitos, as suas relações diárias com a família, com os bens, com a propriedade e como contratante, afeta ao Direito Civil. Essa interação fez com que os civilistas descobrissem o Direito Constitucional e o reconhecessem como instrumento de viabilização do Estado Democrático de Direito e da promoção da justiça social e da solidariedade.⁴⁰¹ Tepedino⁴⁰² acrescenta ainda a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial e o valor social da livre iniciativa, que ao lado da justiça social e da solidariedade aventadas por Lobo⁴⁰³, se mostram como valores consagrados pela Constituição. Irti⁴⁰⁴ narra a agora chamada de constitucionalização, na Constituição italiana de 1948, que tratou especialmente da autonomia originária da

³⁹⁹ LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

⁴⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile.** Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 15-19.

⁴⁰¹ LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008.

⁴⁰² TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009.** p. 22.

⁴⁰³ LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

⁴⁰⁴ “La Carta republicana, en fin, no se limita a garantizar las antiguas libertades políticas y civiles, sino que – abriéndose a las ideologías, la católica y la socialista, ajenas al Risorgimento y a la creación de Estado unitario – penetra dentro del Derecho privado, reconociendo la autonomía originaria de la familia y de las comunidades menores, asignando a la propiedad una función social, regulando el ejercicio de la iniciativa económica de los particulares” In. IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación.** Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 203.

família e de comunidades menores, da função social da propriedade bem como regulando a livre iniciativa.

Segundo Lobo⁴⁰⁵ a constitucionalização no direito brasileiro traz as seguintes consequências:

A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do Direito Civil não o resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um de seus aspectos. Vai muito mais além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: (a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; (b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais.

A constitucionalização se deu num primeiro momento em sentido formal, apenas com a migração de algumas regras de baixa escala de complexidade, para em um segundo momento mostrar-se em sua dimensão substancial, afastando-se das normas positivadas, para se abrir aos princípios e, num terceiro momento, em um horizonte prospectivo “que nasce no rio do texto constitucional, navega em suas águas, mas irá desembocar no oceano da construção e reconstrução (vale dizer, no construir de novos sentidos) dos significantes que integram o discurso jurídico normativo”.⁴⁰⁶

Para Fachin⁴⁰⁷, a constitucionalização do Direito Civil buscou nos princípios e valores constitucionais a ressignificação de institutos basilares do ramo, como a família, o contrato e a propriedade, identificando-a como uma “nova fundamentação das figuras centrais do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da

⁴⁰⁵ LOBO, Paulo. A constitucionalização do Direito civil brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

⁴⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 689.

⁴⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 162.

propriedade e da liberdade” mas também como um método que se abre ao dissecar a hermenêutica.⁴⁰⁸

Essa nova realidade do Direito Civil-Constitucional poderia levar a crer que o Direito Civil perderia a sua importância, mas, ao contrário, “o engrandece ao impor o constante repensar de suas estruturas fundantes, concedendo-lhe legitimidade e amplificando suas potencialidades na solução de problemas para os quais não foi originalmente pensado”.⁴⁰⁹ A aceitação da conexão entre tais ramos permite a aplicação direta dos preceitos constitucionais nas relações privadas, o reconhecimento da normatividade de regras e princípios constitucionais, bem como recorrer aos valores constitucionais, possibilitando a promoção da justiça social.⁴¹⁰

Lôbo⁴¹¹ nesse mesmo sentido resume que na “metodologia do direito civil-constitucional, o Direito Civil e o Direito Constitucional não são excludentes e podem conviver harmônica e conjuntamente regulando as relações sociais e que na realidade brasileira (aponta diferenças da realidade alemã) é possível vislumbrar a aplicabilidade direta das normas constitucionais.

Importante aliar o fenômeno da constitucionalização do direito privado com os fatos sociais e políticos narrados no primeiro capítulo, em especial a complexidade social e a relativização da soberania diante da globalização. Nesse cenário, Teixeira⁴¹² afirma que ainda que “formalmente possa ocorrer um contínuo e crescente processo de constitucionalização” o que percebe é totalmente contrário e “materialmente inverso: uma real desconstitucionalização do direito”. Afirma o autor que o fenômeno não é percebido apenas no direito privado e que a globalização e reconfiguração da soberania na contemporaneidade faz com que inúmeros direitos e garantias sequer estejam presentes no texto constitucional. Essa afirmação acaba sendo reafirmada no último capítulo quando defender-se-á a abertura do sistema de fontes.

⁴⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 85.

⁴⁰⁹ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

⁴¹⁰ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

⁴¹¹ LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

⁴¹² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.).. **A constitucionalização do direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 48.

A interferência mútua entre os dois ramos, também tem interessado aos constitucionalistas, tendo Canotilho⁴¹³ inclusive questionado se o fenômeno não seria o oposto, ou seja, a “civilização do Direito Constitucional”. Além da publicização do Direito Privado, pode-se identificar a privatização do Direito Público, movimento distinto, mas interdependente daquele.⁴¹⁴ Perlingieri⁴¹⁵, por sua vez, robustecendo a ideia da unitariedade do sistema, aponta a superação da dicotomia público-privado⁴¹⁶, entendendo o Direito Civil inserido nesse ordenamento unitário.

No que está relacionado ao Direito Civil, nos anos que seguiram a promulgação da CF/88, discutia-se a real necessidade de permanecer com a codificação civil, considerando que o ultrapassado texto civil de 1916 já não atendia aos novos pressupostos da nova ordem constitucional. Ademais, a adoção por microssistemas atendia bem às necessidades da época, já estando em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei de Locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros microssistemas.

Tepedino⁴¹⁷ narra o fenômeno buscando a redefinição do papel do legislador naquele momento histórico, que deixa de ser o mero repressor do ilícito para se transformar no “agente de promoção de valores e políticas públicas”, buscando a

⁴¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. p. 108-115. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-109.

⁴¹⁴ Constata-se em Zolo que no plano internacional, por conta do fenômeno da globalização, percebe-se o movimento do direito privado superando o direito público. No cenário do direito internacional, em especial nas tratativas entre sociedades com elevada expressão econômica, percebe-se que os consultores jurídicos fazem do contrato o principal instrumento, sobrepondo-se inclusive aos ordenamentos jurídicos nacionais. Assim, diante da ausência de regras intercontinentais, o contrato acaba sendo o centro do sistema internacional e muitas vezes permitindo arbitrariedades. V. ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 73-5.

⁴¹⁵ “Vi sono punti di confluenza così precisi tra il privato e il pubblico che sarebbe più corretto discorrere di diritto civile anziché di diritto privato. Non è soltanto un mutamento di etichette. Il diritto civile non si prospetta in antitesi al diritto pubblico ma è soltanto una branca che si giustifica per ragioni didattiche e sistematiche e che raccoglie ed evidenzia gli istituti attinenti alla struttura della società, al vivere dei cittadini in quanto titolari di diritti civili. Si ritorna alle origini del diritto civile come diritto dei cittadini, titolari di diritti nei confronti anche dello Stato. In questa impostazione non v'è contrapposizione tra privato e pubblico in quanto lo stesso diritto civile è parte di un ordinamento unitario”. V. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 55.

⁴¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; . Barueri: Manole, 2007. p. 139-49.

⁴¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5.

“função promocional do direito”, que, segundo o autor, desencadeou nos microssistemas à época.

A discussão sobre a necessidade ou não de codificar, segundo muitos civilistas brasileiros, surgiu no direito comparado numa situação peculiar da indignação de Irti⁴¹⁸ na década de 70 quando, no pós segunda guerra mundial, constatou uma “fuga do Código Civil italiano de 1942 em direção ao eixo principiológico e valorativo da constituição daquele país”⁴¹⁹, tendo tal crítica contaminado a doutrina europeia da época.

No entanto, o panorama social da época deve ser levado em conta, pois o próprio Irti⁴²⁰ narra que o Código Civil Italiano de 1942 nasceu desacreditado pois continha ainda uma influência do período fascista e não representava os anseios sociais do pós-guerra. Por isso a Constituição republicana italiana de 1948 retrata muito mais fielmente os anseios, valores, energias morais e intelectuais do país naquele momento e, por isso, a regra constitucional passou a ser valorizada em detrimento do texto codificado. A Constituição italiana de 1948 passou a regular instituições típicas do direito privado, de forma mais adequada à realidade do país à época.

A descodificação preceituada por Irti⁴²¹ tinha como principal fundamento a constitucionalização de alguns institutos antes tipicamente privados, basicamente a família, a propriedade e a autonomia privada, e, com isso, a perda de centralidade do Código no sistema de fontes, considerando, ainda que leis esparsas atendiam a

⁴¹⁸ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992.

⁴¹⁹ TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 223-251, 2006. p. 12-13.

⁴²⁰ Sobre o Código Civil de 1942: “En 1942, en un año decisivo de la segunda guerra mundial, entra en vigor el nuevo Código civil. No es, como se quería desde las jerarquías del partido único, el código del fascismo [...] el nuevo Código, no tanto rompe la continuidad de la doctrina civilista, como sobre todo refuerza su eficacia, asumiéndola todavía como indispensable laboratorio de conceptos y técnicas legislativas. [...] No se puede mantener en pie un código que simboliza el tiempo del desastre, del deshonor de la nación. [...] En 1948, la Constitución republicana sorprende a la doctrina civilista: se ha alcanzado un sutil refinamiento de conceptos, que permite encuadrar las instituciones del nuevo Código y ofrecer un orgánico sistema de Derecho privado. [...] la Constitución ofrece una escala de valores, en torno a la que convoca a todas las energías morales e intelectuales de nuestro país.” In: IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 201-203.

⁴²¹ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 203.

interesses específicos, deixando de lado a lei geral.⁴²² Retrata a partir disso a constituição no “vértice da pirâmide normativa”⁴²³, projetando uma sociedade para o futuro, além de prever em seu texto institutos dantes exclusivamente privados, passando o texto constitucional como critério constante de referência e controle.

Irti⁴²⁴ finaliza seu entendimento inicial constatando que a multiplicação de leis especiais gerou a perda da centralidade do código, e por isso aponta a “edad de la descodificación”.

Zolo⁴²⁵ ao narrar o mesmo fato, trata-o como “crise inflacionária do direito” demonstra que a multiplicação da quantidade e especificidade de leis ao longo do Século XX fez com que elas gradativamente fossem perdendo força, pois as leis muitos mais se autoproduziam do que propriamente destinavam-se à regulação da vida social. O autor narra o fenômeno da codificação apenas como “resíduo histórico” pois as pretensões de clareza, sistematicidade, universalidade e invariabilidade foram atropeladas pela quantidade de leis e microssistemas. No mesmo sentido Ferrajoli⁴²⁶ afirma que a inflação legislativa que descortinou a crise do Estado de Direito pôde caracterizar o declínio das codificações, já que a existência de muitas regras fizeram colapsar o sistema de fontes, contribuindo para a incerteza e a ingovernabilidade de todo o sistema jurídico.

Fachin⁴²⁷ liga a discussão sobre a constitucionalização com a da codificação e aponta que “enquanto os códigos civis descendem de um Estado de ideário liberal, as Constituições são filhas do programa do Estado Social”, narrando que da crise da codificação emergiu o fenômeno da constitucionalização.

⁴²² TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil?. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 223-251, 2006. p. 12-13. No mesmo sentido na obra de Irti: IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 203.

⁴²³ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 203.

⁴²⁴ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 209-10.

⁴²⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 73.

⁴²⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 440.

⁴²⁷ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 689.

Após as significativas mudanças sociais no fim do Século XX, tais como a derrocada do modelo do Estado Social, a globalização, as privatizações, entre outros, o movimento da descodificação perdeu força diante da constatação que os sistemas podem conviver harmonicamente, sem pretensão de completude, mas complementando-se. A ideia da constitucionalização do Direito não exclui a convivência com o Código Civil e a sua posição fundamental no ordenamento jurídico.

Na década de 90 Irti⁴²⁸ reconheceu o que chamou de “plusvalor político” deixando de defender a descodificação e afirmando que o Código mantém um significado unificante e uma capacidade mediadora, estando no centro do sistema e contribuindo para a unitariedade do mesmo, atribuindo ao Código a função de realizar e traduzir as regras constitucionais, em “profícua circularidade hermenêutica”.⁴²⁹

Independentemente dos anseios da doutrina, no que tange a necessidade ou não de codificar, em 10 de janeiro de 2002 foi publicado o Código Civil (CC), que teve origem no projeto de Miguel Reale datado de 1970. O Código encerrou a discussão da necessidade ou não da codificação, mantendo a sua “função reorganizadora e ressistematizadora do Direito Privado”⁴³⁰, e trouxe em seu texto uma nova realidade: a posição de centralidade antes ocupada pelo patrimônio, pela propriedade, passa a ser ocupada pelo sujeito de direitos, pelo indivíduo. Já como reflexo de uma mudança paradigmática, e demonstrando atualidade do texto civil, o sujeito passa a ser o principal enfoque da nova norma, agora devendo ser interpretada conforme os fundamentos e garantias constitucionais da regra constitucional de 1988, como resultado da constitucionalização acima narrada.

No direito comparado o fenômeno é o mesmo, pelo que se percebe da entrada em vigor do novo Código Civil argentino em 2015, na reforma do direito das obrigações no Código Civil alemão, e na ampla revisão do Código Civil francês, esta recentissimamente, no início de 2016.⁴³¹ Portanto, superada a era da descodificação, reconhecida sua função unificadora do sistema, reconhece-se que, porém, o Código assume um novo papel na contemporaneidade, que deixa de assumir a função

⁴²⁸ IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 4.ed. Roma : Latterza, 2004, p. 9.

⁴²⁹ IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 4.ed. Roma : Latterza, 2004, p. 37.

⁴³⁰ TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 223-251, 2006. p. 3.

⁴³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do direito civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>>. Acesso em: 29 set. 2016.

fechada e completa para se abrir para uma nova cultura jurídica.⁴³² Não cabe mais pensar na codificação como busca por um Direito ideal e racional ao extremo, mas sim por um Direito plural, influenciado pela sociologia e filosofia, mas também pelas próprias ações dos sujeitos que o próprio código tutela⁴³³, aquilo que Irti⁴³⁴ denominou “plusvalor político”.

Hernandez Gil⁴³⁵ propõe alguns passos para repensar a codificação: não a considerar imóvel; não a tornar um elemento histórico do passado sem correspondência com os fatos atuais; entendê-la como um processo dinâmico; não a considerar como um sistema lógico-formal enclausurado; permitir ressignificações de seus institutos pela doutrina e jurisprudência; reconhecer a influência dos princípios sobre ela; e, por fim, acrescentado por Fachin,⁴³⁶ reconhecimento da multiplicidade das fontes do direito. Todos esses passos fortalecem os argumentos da unidade do sistema, da fusão de horizontes e do círculo hermenêutico ora expostos.

Diante dessa realidade, prefere-se então, ao invés da terminologia da *descodificação* que esvazia o papel e função do Código no ordenamento, pelo verbete *descentralização*, onde o Código Civil mantém a sua centralidade como eixo do Direito Privado e garante a sua importância no novo e aberto sistema de fontes que será visto no último capítulo. Timm⁴³⁷ afirma que não há incompatibilidade entre a ideia do Código Civil e dos microsistemas, pois o Código mantém a ordem e a unidade do sistema, convivendo todos harmonicamente. Ademais, não há mais a pretensão da completude, comprovado isso pela adoção da técnica das cláusulas gerais, mas mantém-se a noção da unidade e circularidade hermenêutica.

Logo, percebe-se uma mudança significativa do Direito Civil ao longo do último século: de um código patrimonialista e completo voltado para a propriedade, para a liberdade e autonomia das partes no ato de contratar, passa-se a um código mais humano e aberto, prevendo os direitos da personalidade como garantia, tendo o

⁴³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 285.

⁴³³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 149.

⁴³⁴ IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 4.ed. Roma : Latterza, 2004. p. 9.

⁴³⁵ HERNANDEZ GIL, Antonio. Formalismo, antiformalismo y codificación. In: **Conceptos jurídicos fundamentales**. Madrid: Espasa-Calpe, 1987. p. 615-7.

⁴³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 150.

⁴³⁷ TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no Direito Privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 223-251, 2006. p. 24.

indivíduo como principal objeto de proteção e permitindo readequações contratuais que refletem na coletividade.

Fachin⁴³⁸ denominou como “repersonalização do Direito Privado” e para Perlingieri⁴³⁹, como “despatrimonialização do direito”, tendentes a identificar o indivíduo e a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, consequência da nova realidade do Direito Civil-constitucional. A realização desse novo modelo se percebe com a “supremacia do Direito e da política sobre o mercado e a economia”, pensando-se não apenas nos valores consagrados pela Constituição, mas também pelos valores internacionalmente reconhecidos, como ocorre com os direitos humanos.⁴⁴⁰

O Código Civil de 2002 veio impregnado dessa nova construção democrática com preocupação social e coletiva. Além dos direitos da personalidade, trouxe regras para o contrato, tais como a boa-fé e a função social do contrato. Restringiu a propriedade e a posse a partir de princípios fundamentais, tais como a sua função social, onde a preocupação com o coletivo e social fica evidente. Nalin⁴⁴¹ narra que de forma surpreendente o CC, apesar de se originar de um projeto de lei iniciado na década de 70 traz um conteúdo muito mais próximo à realidade constitucional contemporânea do que propriamente o reflexo do contexto social e político da sua formação.

Importa reconhecer, contudo, que se passa por um período de repersonificação do direito e da função jurisdicional. No âmbito do Direito Civil, mesmo que se sintam os reflexos sociais, coletivos e constitucionais, continua a ser o ramo do Direito preocupado em regular o indivíduo em seu “ser, ter e agir”. Continua a cuidar dos particulares e de suas ações, mas agora assume a sua postura ética e social para inserir o indivíduo na sociedade e tutelar a dimensão existencial para então majorar

⁴³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 162.

⁴³⁹ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

⁴⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

⁴⁴¹ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

os valores da civilidade em que está inserido.⁴⁴² Tanto assim que o CC apresenta três princípios fundamentais⁴⁴³: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

A eticidade aparece como forma de desapegar ao formalismo jurídico do Código revogado permitindo assim que valores éticos adentrem ao ordenamento.⁴⁴⁴ Recorrentemente encontra-se no texto codificado, por exemplo, o primado da boa-fé, seja como regra interpretativa⁴⁴⁵ ou como deveres anexos aos contratantes. A boa-fé como expressão máxima de cláusula geral, deverá ser preenchida conforme os valores da confiança, da proporcionalidade, da equidade, enfim, leva-se em conta a tradição na composição de seu âmbito normativo. A adoção da teoria da confiança no direito obrigacional deve ser pautada por valores como a transparência e a lealdade, pelo que se percebe que as condutas éticas se mostram como um dos objetivos principais do texto civil.⁴⁴⁶

A socialidade, por sua vez, transparece nas situações que regulam o indivíduo em sua vida comunitária, notadamente pelo princípio da função social. Cabe ao Direito Civil transformar o simples princípio em um “concreto instrumento de ação”⁴⁴⁷, fazendo prevalecer o coletivo sobre o individual, instrumentalizando-o, porém não se confundindo⁴⁴⁸ socialidade como princípio do Código Civil com a solidariedade como objetivo da República constante do texto constitucional. A socialidade é uma proposição para adequar a lei civil à época em que regra é aplicada, permitindo “conciliar as diretrizes centrais do ordenamento, polos em torno dos quais o direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social”.⁴⁴⁹

⁴⁴² MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

⁴⁴³ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808/2003, p. 11-19. fev./ 2003.

⁴⁴⁴ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808/2003, p. 11-19. fev./ 2003.

⁴⁴⁵ Segundo Reale o principal artigo do Código Civil de 2002 trata da interpretação dos negócios jurídicos com base na boa-fé e nos usos (art. 113). V. REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>> Acesso em: 29 set. 2016.

⁴⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131-44.

⁴⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-60.

⁴⁴⁸ BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 267.

⁴⁴⁹ BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 267.

Para Martins-Costa e Branco⁴⁵⁰, tal instrumentalização ocorre em três domínios: do contrato, da propriedade e da posse.

Em relação à posse e à propriedade, a ideia da titularidade individual para preocupar-se com a utilização do bem. Ao contrário do absolutismo das legislações oitocentistas, o uso do bem, especialmente imóvel, vem sofrendo restrições desde a Constituição de Weimar, quando o interesse social apareceu, uma das primeiras vezes, como dever limitador ao seu titular. Não se trata de ver a posse ou a propriedade como públicas, mas sim de entender as limitações coletivas e sociais que seu uso sofre, no limite da complexidade das relações jurídicas atuais, buscando a sua utilidade para a sociedade como um todo.⁴⁵¹

A função social da posse e da propriedade estão estampadas tanto no texto constitucional, elevada inclusive à qualidade de direito fundamental (art. 5º., XXXII) e princípio da atividade econômica (art. 170) quanto no Código Civil (art. 1228, § 1º.) e retratam as inúmeras preocupações coletivas que devem pautar o uso do bem imóvel, notadamente a preocupação com o meio ambiente e ao cumprimento das regras sociais. Percebe-se de tais dispositivos legais que o público, o coletivo, sobrepõe-se ao direito do particular, que deverá cumprir as limitações para manter-se no bem. No que se refere à função social do contrato, aparece como função integradora da autonomia da vontade e os efeitos econômicos e sociais que o instrumento produz na sociedade.

E, ainda sobre os princípios orientadores do Código Civil, a sistematicidade e a operabilidade tornam efetivas as disposições éticas e sociais, pois Reale⁴⁵² também se preocupou com tornar o conteúdo da lei em concretização de direitos. De nada bastaria trazer disposições repletas de significado filosófico e político, sem se preocupar no modo de tornar efetivo o seu conteúdo.

⁴⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-60.

⁴⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-60.

⁴⁵² REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 29 set. 2016.

Assim, é recheada a lei civil de regras buscando a concreção dos valores⁴⁵³ e princípios por elas consagrados. Reale⁴⁵⁴, desde a exposição de motivos do Código Civil assim se manifestou:

Essa unificação, inclusive no tocante à linguagem, tinha, é claro, valor provisório, tendo por escopo fornecer a primeira e indispensável visão de conjunto, o que importou a eliminação de normas porventura conflitantes, bem como a elaboração de outras destinadas a **assegurar ao Código o sentido de ‘socialidade’ e ‘concreção’, os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada.** Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à **ação construtiva da jurisprudência**, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade. (grifo nosso)

Assim, verifica-se uma mudança de mentalidade que reflete no Poder Judiciário, na sua função primordial da resolução de conflitos. A lide deve ser decidida necessariamente numa interpretação conforme a Constituição e normas do sistema jurídico. Caberá ao Judiciário não mais a mera subsunção da regra ao caso concreto, mas sim a uma atitude mais complexa: concreção do Direito na lide, independentemente da existência ou não de regra positivada.⁴⁵⁵

A Constituição portanto passa a ser considerada como fonte das relações de direito público e privado, irradiando efeitos por meio de seus valores sociais e democráticos para toda a sociedade⁴⁵⁶, seja por meio de sua aplicação direta ou indireta, por meio de suas regras ou princípios, passa a da abstração regulatória para a aplicação prática, inclusive às relações privadas.

⁴⁵³ “As cláusulas gerais continuaram a ser a fonte de criação judicial, caminho para a entrada de novos valores nos sistemas Legislativos.” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁴⁵⁴ REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁴⁵⁵ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 413.

⁴⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 83.

Moraes⁴⁵⁷ chega a questionar a correção desse novo modelo, analisando se a intervenção estatal e legal exagerada⁴⁵⁸ não implicaria na “redução de espaço das escolhas individuais, podendo resultar um autoritarismo ou paternalismo judicial”, para depois defender que a autonomia, como pressuposto da liberdade também faz parte da dignidade, e ao final oferece a argumentação/fundamentação judicial como forma de controle.

Martins-Costa⁴⁵⁹ atreve-se a narrar um pluralismo social a partir da constatação da massificação social e defende que a multiplicação da quantidade de leis implica na redefinição do papel da jurisprudência como fonte de criação jurídica. A constitucionalização do direito não pode significar deixar de lado as regras, mas sim interpretá-las de acordo e na coerência da unidade do sistema.⁴⁶⁰

Percebe-se que o conceito e o conteúdo da constitucionalização do Direito Civil é uma presente inegável. Pelo exposto até aqui, o fenômeno poderia simplesmente ser encaixado perfeitamente na teoria da construção escalonada do ordenamento a partir do raciocínio da supremacia da Constituição, ou seja, deve-se aplicar a lei infraconstitucional à luz da norma maior, no topo da pirâmide. Contudo, pretende-se ir além da mera supremacia. A norma constitucional não servirá apenas como indicativo de interpretação da regra infraconstitucional. Ela será identificada como um vetor interpretativo e criativo⁴⁶¹ do direito, inclusive na inexistência de regra positivada, possibilitando a construção do Direito no caso concreto, em um ordenamento aberto, principiológico e coerente.

Resta assim afastar-se do método subsuntivo para fundamentar e legitimar a posição do Poder Judiciário ao produzir o direito no caso concreto.

⁴⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

⁴⁵⁸ No mesmo sentido narra Miragem especificamente no que tange ao conceito de abuso de direito e ativismo judicial: “Neste sentido, a interpretação e aplicação da cláusula inscrita no art. 187 do CC/2002, ora passa a observar os mesmos riscos, como espécie de intervenção desmesurada do juiz na autonomia privada individual, ou ainda para excessiva atuação do Estado no controle das atividades notadamente circunscritas à livre iniciativa privada.” V. MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas no direito privado** 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 180.

⁴⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 280-3.

⁴⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 134.

⁴⁶¹ “Por tanto, me parece conclusión lógica que la conversación que somos sea siempre conversación inacabada. No hay palabra que ponga el punto final, como tampoco existe una palabra primera. Toda palabra es siempre ya y por sí misma repuesta y equivale siempre a plantear una pregunta nueva.” V. GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1995. p. 76.

3.3 SUBSUNÇÃO *VERSUS* COMPREENSÃO: A PRODUÇÃO DO DIREITO NO CASO CONCRETO

A Ciência do Direito preocupa-se constantemente com cada uma de suas estruturas, buscando sua significação e função dentro do sistema jurídico. Uma das sempre presentes discussões reside na elaboração da norma, sua interpretação e aplicação no caso concreto. A par disso discute-se a origem da norma e as interferências externas na interpretação, a começar pelo sistema de fontes, apresentando-se em primeira ordem as bases do positivismo jurídico e após às críticas a esse modelo. Basicamente propõem-se o afastamento da subsunção e a proximidade com a compreensão, permitindo a produção do Direito.

Historicamente, desde a época da retórica aristotélica, passando pelo jusnaturalismo medieval, chegou-se à ideia do jusracionalismo buscando-se a adequação do método lógico-dedutivo para a Ciência do Direito.⁴⁶²

Guastini⁴⁶³ elucida a celeuma em torno do vocábulo “positivismo jurídico”, primeiro contrapondo-o ao jusnaturalismo: enquanto neste as normas são valores, naquele são fatos; neste já estão dadas pela natureza, como antecedentes ao homem, naquele dependem do uso da linguagem; e, por fim, neste as normas podem ser extraídas do conhecimento, ao passo que, naquele, não.

Especificamente no que toca ao positivismo jurídico, o autor elenca suas versões: a do positivismo científico que passa a entender o Direito como ciência e as normas postas são consideradas o seu objeto, nessa versão a ciência jurídica assume uma postura de neutralidade, sem valorar as posturas ou comportamentos. Esse positivismo científico, por sua vez, pode ser subdividido em normativismo e realismo. Ambos abarcam a teoria do Direito e a teoria da ciência jurídica, mas o primeiro sustenta que o Direito é um conjunto de normas e a sua ciência é o conhecimento delas, ou seja, o objeto da ciência acaba sendo a própria norma. Já na vertente do

⁴⁶² Não se pretende nesse trabalho exaurir o conteúdo histórico, mas apenas referenciá-lo para a conceituação do modelo subsuntivo. Sobre a questão histórica: GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, fev. 2013. p. 151-155.

⁴⁶³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 350.

realismo o Direito é um conjunto de comportamentos, que abrangem os seus realizadores e seus intérpretes.⁴⁶⁴

Como consequência dessa evolução histórica, o juspositivismo revelou o “raciocínio jurídico definitivamente como juízo de subsunção, atividade de enquadramento do fato concreto a uma norma abstrata determinada, de modo a se extrair dessa relação a consequência jurídica prescrita pelo sistema legal vigente”.⁴⁶⁵

No processo subsuntivo necessário se faz “traçar relações de identidade, porquanto a possibilidade lógica da sua existência é, justamente, a identidade entre a hipótese jurídica abstrata e a sua objetivação jurídica”.⁴⁶⁶ Dito de outro modo, deve haver uma coincidência entre a lei e o fato para se aplicar a regra e dizer a solução já posta de antemão na lei positivada.

Segundo Moraes⁴⁶⁷ “o rigor excessivo na proteção da segurança jurídica, com a imposição do método único da subsunção na aplicação das normas, encontra-se justificadamente superado, até mesmo porque traduz uma segurança ilusória e uma neutralidade falsa, por trás das quais apenas se mascaram as escolhas políticas existentes no processo”.⁴⁶⁸

Na visão hobesiana, cujas ideias jusnaturalistas podem ser consideradas precursoras do positivismo jurídico, Engelmann⁴⁶⁹ criticamente explica que nesse cenário a lei é vista como mandato do poder soberano, sendo que deve apresentar uma parte “proibitiva ou distributiva – dirigida aos súditos e a outra punitiva ou vindicativa, direcionada aos juízes” preocupando-se apenas com a forma e não com o seu conteúdo. Tais parâmetros formais determinam a atuação judicial na aplicação do direito, quando se deve “respeitar a intenção do legislador/soberano” sob pena de exarar uma decisão injusta. Ou seja, no contexto do positivismo jurídico o juiz limita-se a reproduzir o texto legal. A relação entre Direito e Estado, assim, fica estagnada,

⁴⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 351-5.

⁴⁶⁵ GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, fev. 2013. p. 155.

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 186.

⁴⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

⁴⁶⁸ No mesmo sentido SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e ideologia. In: **Doutrinas essenciais de processo civil**. v. 1. p. 991-2012 Out./2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁶⁹ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 30-5.

restando ao Direito à submissão à vontade estatal, por meio da lei, “entendida como a vontade do poder soberano”.

Como pressupostos do positivismo jurídico Engelmann⁴⁷⁰ aponta a “unidade política” que se deu pela união de todos os ordenamentos num único, do Estado, e a “unidade jurídica” que reza que a “única fonte do direito é a lei”. O entendimento de que o Estado, poder soberano, mediante atuação do Poder Legislativo detém o monopólio da justiça, acaba por identificar lei e justiça.

A teoria kelseniana, por sua vez, separa a análise estrutural da funcional na teoria do direito. Afirma que a Ciência do Direito deve se ocupar com a sua estrutura, ao passo que a sociologia ou a filosofia se aterão à sua função, que não é objeto da ciência jurídica.⁴⁷¹ “Tudo leva a crer que a sua proposta é algo mais que uma teoria pura do direito, pois busca uma teoria para uma ciência jurídica pura” na qual o “ser” retrata um enunciado descritivo e o “dever ser” um juízo diretivo, podendo-se concluir que a norma (dever ser) será aplicável a um “substrato no mundo dos fatos” (ser).⁴⁷² Outra característica relevante está em afastar o debate sobre justiça no interior da ciência jurídica, separando direito e justiça, o que se pretende afastar ao longo do presente estudo. Acredita-se nos valores (baseados na tradição e que compõem o âmbito normativo) como responsáveis por trazerem justiça à realização do direito por meio da decisão judicial.

No Brasil da década de 1920, Pontes de Miranda vislumbra o Direito como ciência, trazendo ensinamentos transdisciplinares das ciências duras, para explicar os fenômenos jurídicos. Com influências do positivismo de Augusto Comte, Pontes defende a existência de um “sistema social positivo”, não entendido aqui como o positivismo legalista, mas sim aquele que sofre influência significativa da sociologia e da política. Tenta trazer para o Direito o raciocínio lógico-matemático da física e da matemática, sem contudo negligenciar a inserção do sistema na sociedade e suas relações humanas.⁴⁷³

⁴⁷⁰ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 35-6.

⁴⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁴⁷² ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 43-4.

⁴⁷³ ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 417-420. p. 419.

Ou seja, além da grandiosa contribuição doutrinária de Pontes de Miranda, a sua relevante argumentação acerca da ciência positiva do Direito faz com que o Direito passe a ser entendido como ciência, ao mesmo tempo em que se reconheceu a sua inserção no sistema social. Mas o autor ainda mantém-se arraigado à lei positivada, buscando sempre a hipótese legal para que ocorra a aplicação da lei à situação fática, pelo fenômeno da mera subsunção. A teoria do suporte fático ponteana parte do mesmo pressuposto kelseniano da norma incidir sobre uma situação concreto do mundo dos fatos. Daí concluir-se que Pontes de Miranda é considerado positivista sob a influência Comteana, vislumbrando o Direito como fenômeno social⁴⁷⁴, ao passo que a doutrina kelseniana encaixa-se no positivismo normativo.⁴⁷⁵

Mello⁴⁷⁶ explica que “o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizados no mundo dos fatos”. Percebe-se pela narrativa do autor, que explicita a obra ponteana, a vinculação de ambos com a regra positivada.

Assim, a hipótese legal da norma só é criada para regular uma situação social que se fez relevante e mereceu uma regra⁴⁷⁷, é o que se nominou de suporte fático, ou seja, “o suporte fático da regra jurídica é aquele fato ou grupo de fatos que o compõe e sobre o qual a regra jurídica incide”⁴⁷⁸. Ou seja, o fato regulado é elemento que compõe a regra. O direito antevê e regula a hipótese, que terá incidência da premissa maior quando na prática se verificar. Pontes chega a admitir que alguns suportes fáticos são previstos pela regra e são estranhos à causação física⁴⁷⁹.

Pontes⁴⁸⁰ até admite que o mundo se modifica e novos fatos aparecem, contudo, só os considera como jurídicos na medida em que adentrem na regra positivada, afirmando categoricamente que “à lei é essencial colorir fatos, tornando-

⁴⁷⁴ ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 419.

⁴⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 353.

⁴⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

⁴⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

⁴⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 19.

⁴⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 20.

⁴⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 19.

os fatos do mundo jurídico de determinando-lhes os efeitos”. Na hipótese da insuficiência⁴⁸¹ ou desfalque de suporte fático não haverá incidência da regra e portanto o fato não se torna jurídico.

É possível concluir que, pela teoria do suporte fático, ao analisar o plano da existência do fato social, procede-se a verificação da existência de regra que o regule. Ou seja, ocorrerá a incidência da regra jurídica com o consequente ingresso do fato ao mundo jurídico desde que haja a previsão legal antecedente.

Martins-Costa⁴⁸² explica que a identidade entre Direito e lei bem como entre lei e norma, trazia segurança jurídica e sistematicidade aos códigos oitocentistas, permitindo então a aplicação direta da regra. Contudo como se percebe da narrativa histórica da complexidade da contemporaneidade não cabe mais pressupor que todas as situações práticas estão amparadas por regras jurídicas. Ao contrário, “como todas as situações da vida não estão previamente dadas” a tarefa hermenêutica não pode se limitar a ser um simples método limitador, bem como a “intepretação buscada não poderá ser definitiva”.⁴⁸³ Menezes Cordeiro⁴⁸⁴ afirma que “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”.

Como revisão crítica do pensamento positivista e meramente subsuntivo, demonstrou-se *supra* que Raz⁴⁸⁵ admite as interligações entre direito e política e direito e moral, enquanto Bobbio já se preocupa em inserir o Direito no sistema social e analisar a sua função, seja repressiva, seja promocional, na regulação de condutas e atitudes sociais.⁴⁸⁶

Ambos reconhecem a abertura do sistema jurídico, mas especialmente Bobbio⁴⁸⁷ reconhece o sistema do direito como “unitário, coerente e completo” além de aberto à complexa sociedade.

⁴⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 28.

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 276.

⁴⁸³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128.

⁴⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 46.

⁴⁸⁵ RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 281-2; 304-5.

⁴⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁴⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 41-6.

Daí dizer que a adoção da teoria do suporte fático de Pontes de Miranda tem sua significação e relevância naquele contexto social, onde ainda o modelo subsuntivo prevalecia. Atualmente não se pode negar que inúmeras situações cotidianas ainda se resolvem por ela e pelo método da subsunção, que Hart e Dworkin colocariam na resolução dos casos fáceis, contudo essa verdade não prevalece para todos os fatos cotidianos, considerando a finitude dos suportes fáticos e a infinidade e complexidade de conjunturas do dia-a-dia. É uma forma dos fatos adentrarem ao mundo do direito, porém não pode ser considerada a única.

Tepedino⁴⁸⁸ reflete sobre o “ocaso da subsunção” baseado em digressões de Grau, afirmando que a atividade meramente subsuntiva reduziria significativamente a atividade do julgador, além de não atender às premissas da unidade do sistema. Explica que a subsunção se equivoca quando separa o mundo abstrato das normas do mundo real dos fatos, bem como quando separa o momento da interpretação do momento da aplicação. A simples subsunção torna a regra infraconstitucional aplicável fielmente ao suporte fático e conseqüentemente sua leitura não retratará a posição principiológica ou constitucional sobre a questão. Conclui afirmando que “a norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo”.

Gadamer⁴⁸⁹ narra o ocaso da subsunção a partir da relação entre hermenêutica jurídica e dogmática jurídica, onde aquela ocupa posição predominante, pois “não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”. Daí se destacar a função da hermenêutica na função de concretizar a lei, ato que demanda a interpretação e consiste na aplicação da norma.

Da mesma forma, Perlingieri⁴⁹⁰ afirma que a subsunção é um modelo superado, pois não havendo distinção entre fato e norma, a “interpretação e a qualificação do fato são aspectos de um processo cognitivo unitário orientado para a reconstrução daquilo que ocorreu em uma perspectiva dinâmica, voltada para a sua fase de realização”.

⁴⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 443-5.

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 489-90.

⁴⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.650-2.

Na contemporaneidade, em especial no pós guerra, percebeu-se que o método da subsunção ao ficar preso à letra da lei pôde inclusive legalizar regimes totalitários, passando-se a questionar até a capacidade da lei em realizar valores sociais e justos.^{491 492} A hermenêutica, ao contrário, deve se mostrar como uma arte que “busca criar, complementar e aperfeiçoar as normas gerais que deverão ser aplicadas aos casos particulares” sendo que “esse encontro entre o geral (universal) e o particular não poderá usufruir de um mero processo silogístico de subsunção”.⁴⁹³

Resta comprovada assim a limitação do método subsuntivo para a resolução de todos os casos colocados ao Poder Judiciário na sociedade contemporânea e complexa.

Desde a análise do modelo do *rule of law* britânico, nos primórdios no Século XIX, reconhece-se que o parlamento pode produzir qualquer lei, seja de uma questão social, seja do marco zero, mas a produção legislativa isolada não produz efeitos práticos, pois necessita da interpretação judicial, contudo “a vontade parlamentar é, sim, formalmente absoluta, mas, quando é colocada no funcionamento geral do ordenamento, ela parece também, substancialmente condicionada pela interpretação e aplicação judicial”.⁴⁹⁴

Dada a insuficiência da subsunção, volta-se a discutir o círculo hermenêutico entre a formação da lei no Legislativo, e sua aplicação no Judiciário, rediscutindo-se a questão das regras e princípios. Neves⁴⁹⁵ afirma:

A concentração na mera identidade entre ambos levaria a um positivismo constitucional-legalista ingênuo, que despreza a adequação social do direito, aferrando-se a um modelo puro de regras como expressão direta de dispositivos constitucionais. A negação completa da identidade, com foco exclusivo nos órgãos de concretização constitucional, especialmente naqueles que têm a última palavra, os tribunais constitucionais, conduziria a um positivismo constitucional realista ou a um decisionismo judicial, que

⁴⁹¹ GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, fev. 2013. p. 155.

⁴⁹² No mesmo sentido narrando a utilização indevida das cláusulas gerais no sistema alemão: MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004

⁴⁹³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

⁴⁹⁴ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 147.

⁴⁹⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 94.

despreza a consistência jurídica. Nos dois extremos, seria impossível o funcionamento de uma ordem constitucional que se desenvolve mediante a dinâmica da relação paradoxal entre regras e princípios, no âmbito de uma sociedade supercomplexa.

O equilíbrio, portanto, ditará os parâmetros de um novo modelo. Não adianta substituir a subsunção da regra pela subsunção do princípio constitucional, pois, além da estrutura do princípio completar-se na sua aplicação, estar-se-ia diante de um positivismo constitucional legalista conforme afirmou Neves.

Reale⁴⁹⁶ define a atividade hermenêutica numa visão retrospectiva e prospectiva, reconhecendo o papel positivo e criador do intérprete, que necessariamente deve realizar a sua interpretação no conjunto do ordenamento e da sociedade, mas também tendo em vista o caso concreto e suas consequências.

Da mesma forma não se pretende fundamentar uma ampla e irrestrita liberdade judicial para a concreção do direito, pois da mesma forma tal decisionismo judicial não seria eficaz. Por tudo isso, a proposta de reconhecer a abertura do sistema positivo por meio de princípios e cláusulas gerais ao mesmo tempo em que se oferecem os parâmetros para o preenchimento dos mesmos e se possibilita a solução da lide e a construção do direito no caso concreto, ganham sustentação e fundamentação.

O Judiciário assume portanto uma função inovadora, num horizonte ético e compromissório, pois diante da impossibilidade do Direito (aqui entendido como regra) em acompanhar as modificações sociais da sociedade complexa, “a solução oferecida pelo juiz deve se apresentar como uma resposta mais imediata e próxima da realidade”. Assim, o juiz, em especial as cortes supremas, devem ser entendidas como limite e como possibilidade da efetividade dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁹⁷

O que se pretende portanto não é findar a subsunção como método, mas sim repensá-la como o único método dogmático de construção do direito no caso concreto. O processo subsuntivo, em especial na aplicação de regras, tem seu valor e não será extinto. Na aplicação de regras para casos simples, a subsunção como método do positivismo afigura-se como plausível. “O afastamento dos métodos do positivismo,

⁴⁹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 293-4.

⁴⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 690-1.

compreendidos como absolutos, não precisa levar ao seu banimento da ciência jurídica; é mais recomendável reconhecê-los na sua legitimidade relativa e utilizá-los, no âmbito dessa relativização”.⁴⁹⁸

Entretanto, para o preenchimento de cláusulas gerais, aplicação de princípios e a concretização do direito no caso concreto somente a subsunção “não é documentável de modo racional”⁴⁹⁹ pois “à medida em que modelos normativos abertos, vagos, carentes de precisão, passam a ocupar espaços destacados no sistema, como cada vez mais se vê no Brasil, há que se proceder a uma adaptação dos processos intelectivos dos envolvidos na prática” que se vislumbra substituindo a mera subsunção pela concreção.⁵⁰⁰ Portanto, aparece a perspectiva hermenêutica para possibilitar a compreensão do direito como se verá adiante.⁵⁰¹

A fundamentação dos argumentos da unidade do sistema jurídico e da função do Poder Judiciário nesse sistema perpassa por três estudiosos do tema ao longo do Século XX e ainda na contemporaneidade. Karl Engisch⁵⁰² ao analisar o pensamento jurídico contemporâneo e identificar na função jurisdicional a compreensão do direito; Friedrich Müller⁵⁰³ ao analisar a estrutura da norma e do ordenamento e identificar a atividade judicante como concretização do Direito; e, no cenário brasileiro, Luiz Edson Fachin⁵⁰⁴ ao estudar a dimensão prospectiva do Direito e as ligações entre doutrina e jurisprudência.

3.3.1 A Compreensão para Karl Engisch

⁴⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁴⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IV.

⁵⁰⁰ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁵⁰¹ Além das ressalvas feitas à teoria ponteaniana acerca do suporte fático nesse item e no item 4.4.2.3 *infra* discorda-se também do conceito de norma que não pode ficar apenas atrelado à regra e abstratamente sem considerar a realidade social, conforme se vislumbra ao longo dos itens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3.

⁵⁰² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 95.

⁵⁰³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. I.

⁵⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

Sobre a subsunção, Engisch⁵⁰⁵ manifesta-se afirmando que ela faz parte do processo de interpretação/aplicação da lei, porém, enxerga-a de forma distinta: não vislumbra a subsunção de um fato a uma regra. Afirma que somente se pode subsumir conceitos, ou seja, a subsunção representa uma relação entre conceitos. Deve-se interpretar o conceito jurídico, o conceito de fato e somente depois encaixá-los, num processo de compreensão.

No que diz respeito à compreensão, Engisch identifica-a no processo de aplicação da lei ao caso concreto. Contudo, não se trata de mera subsunção simples e matemática, pois o autor identifica a premissa maior não no texto legal positivado, mas sim no raciocínio complexo do jurista em identificar o conceito jurídico aplicável ao caso, e compreendê-lo no ordenamento como um todo. Parte da ideia de que a regra não pode ser considerada individualmente, mas sim interpretada num todo lógico e sistemático que é o próprio sistema jurídico⁵⁰⁶, reconhecendo a “unidade da ordem jurídica” conforme acima exposto.⁵⁰⁷

No que se refere à interpretação, Engisch⁵⁰⁸ reconhece que, desde Savigny, não se trata apenas de interpretação literal do texto legal e sua aplicação, mas sim de uma interpretação por vários vetores, que se podem resumir em: a própria interpretação gramatical, ou verbal, compreendendo o sentido e alcance da regra; a interpretação lógica e sistemática, identificando o texto legal e suas conexões com os demais textos; a interpretação histórica, na qual insere-se o dispositivo num contexto maior e analisa-se a sua evolução; a interpretação teleológica, que vislumbra o fundamento do próprio preceito. Contudo, reconhece que a opção por apenas um dos métodos interpretativos não é muito cômoda, afinal estar-se-ia contribuindo para arbitrariedades. Ao mesmo tempo reconhece que a utilização de todos os métodos conjuntamente poderia ocasionar entendimentos e conclusões contraditórias. Atesta a dificuldade em optar por um dos métodos, bem como de estabelecer uma hierarquia entre eles, portanto propõe uma interpretação além de tais amarras, que se concretizaria na compreensão.

⁵⁰⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 95.

⁵⁰⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 115-7.

⁵⁰⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 123.

⁵⁰⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 136-45.

Nesse compreender pode-se buscar a origem e a história do dispositivo legal, papel que cabe aos historiadores do Direito, buscando-se identificar as raízes e contextos da nascimento da norma. Contudo, a compreensão da norma é evolutiva no tempo e no espaço, desprendendo-se da sua origem e autoria e inserindo-se em novos cenários.⁵⁰⁹ O reconhecimento dessa norma nesse novo cenário é papel que cabe ao jurista:

A própria lei e seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (eternamente quieto permanece o passado), mas são algo vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica.⁵¹⁰

Continua o autor afirmando que todas as novas situações técnicas, econômicas, sociais, políticas, culturais e morais devem ser apreciadas conforme as normas preexistentes, concedendo ao juiz a tarefa de interpretar essas normas conforme esses fenômenos presentes. Por isso tudo reconhece no juiz o terceiro poder do Estado, assumindo função igual a do legislador.⁵¹¹

No mesmo sentido Gadamer afirma que “o jurista toma o sentido da lei a partir e em virtude de um determinado caso”⁵¹² e mais a frente “é verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la”⁵¹³ e ainda mais a frente quando inclusive referencia a obra de Engisch “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei, em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica”.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 165-72.

⁵¹⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 173.

⁵¹¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 173-4.

⁵¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 483.

⁵¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 485.

⁵¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 489.

Não pretende Gadamer, assim, uma ampla e irrestrita liberdade. O autor aponta que os limites do próprio sistema e por vezes até o limite do próprio texto vinculam a atividade judicante. O que demonstra é que existe uma parcela de liberdade na atividade hermenêutica, em especial do juiz (contrapondo-se a atividade hermenêutica do historiador⁵¹⁵), que lhe concede parcela de discricionariedade para, no círculo hermenêutico interpretação – compreensão – aplicação, construir a solução para o caso concreto.⁵¹⁶ Daí o papel da tradição e da *phrónesis* para evitar a arbitrariedade.⁵¹⁷

Diante dessa posição “legislativa” do Judiciário, assume especial relevância o ordenamento aberto, permitindo que a norma se desprenda da sua origem histórica e o julgador desempenhe a nova função. Nesse novo modelo aberto, não há mais tanta amarra dos aplicadores ao conteúdo da lei, pois, desde o seu nascimento, a lei estabeleceu uma tessitura mais aberta que permite aos intérpretes maior liberdade.⁵¹⁸ Engisch identifica quatro fenômenos que comprovam tal abertura: conceitos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais (conceitos aprofundados no próximo capítulo). A indeterminação conceitual, portanto, é implícita a todo o ordenamento jurídico.

Tal indeterminação é positiva no ordenamento, pois liberta o intérprete da clausura da lei, permite que ele a adeque às peculiaridades do caso concreto, bem como crie uma solução justa para o problema que lhe é posto sob análise.⁵¹⁹

Por fim, importa ressaltar na sua obra, a afirmação de que o julgador, como intérprete do Direito, apesar de inserido no sistema jurídico que é regido precipuamente pela norma, não está adstrito apenas à ela.⁵²⁰

⁵¹⁵ Sobre a mesma distinção efetuada por Gadamer, Müller afirma que “a historicidade não está legitimada no direito para nivelar distinções especificamente jurídicas” [...] “Uma obra de arte de um passado muito remoto tem hoje – embora ela venha inteiramente do seu tempo e é, quanto à época do seu surgimento, multiplamente condicionada e cunhada pelo seu ambiente histórico – não só uma atualidade distinta, mas também uma atualidade maior, mais imediata do que uma norma jurídica oriunda da mesma época; a rigor, esta última não é mais nenhuma norma, é apenas um texto de norma, uma configuração linguística sem normatividade jurídica.” V. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁵¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 482-90.

⁵¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 115-130.

⁵¹⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 208.

⁵¹⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 255.

⁵²⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 363-4.

Tanto o processo de preenchimento dos conceitos indeterminados, quanto a construção da decisão de cada caso concreto, bem como o preenchimento de lacunas na lei ou concreção da norma, é importante vislumbrar a atitude do intérprete a partir de todo o sistema jurídico, em especial a jurisprudência. Os precedentes jurisprudenciais também são componentes importantes no processo decisório, pelo que ganham posição de destaque. Por fim, é de se reconhecer, segundo o autor, que o julgador não pode se limitar a subsumir o fato ao conceito legal preexistente na norma, mas sim lhe cabe uma atitude de significativa interpretação, compreensão e criação do resultado, que é nada mais que a resposta conforme o Direito considerado como sistema.^{521 522}

Nesse contexto reaparece a conjuntura da hermenêutica filosófica, em especial ao afastamento dela como método, e propiciando o evento da compreensão na atividade judicante. A compreensão do fato e a conclusão jurídica para o mesmo se afasta do processo subsuntivo e permite uma atividade interpretativa mais completa. Se o julgamento não pode se limitar a subsunção da regra ao caso, a atividade consiste muito mais numa “atribuição de sentido dado ao texto frente às múltiplas facetas do caso concreto”.⁵²³

Diante dessas considerações, a obra de Engisch importa para esse estudo no sentido de verificar como se dá a atuação do Poder Judiciário no caso concreto. Utiliza-se das ideias do autor no sentido de admitir que a resolução do caso concreto não se dá apenas na aplicação da norma, mas sim da compreensão do conjunto de normas que compõe o unitário sistema jurídico. Pretende-se, além disso, ir um pouco mais além, abrindo o sistema de fontes para admitir fontes externas e a tradição.

⁵²¹ Ferrajoli, em tom de crítica, afirma que no panorama atual estar-se-ia retornando ao modelo de estado pré-moderno, de direito jurisprudencial, chegando a afirmar que opera-se um retorno à escola de Savigny, onde se “reivindicou a autonomia do direito em relação à legislação e o papel imediatamente construtivo e normativo da ciência jurídica”. V. FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 422.

⁵²² Corroborando o entendimento de ENGISCH, Menezes Cordeiro, na introdução à edição portuguesa da obra de Claus Canaris, explicita o Direito em sua natureza histórico-cultural, inserido numa sociedade complexa e que vislumbra a necessidade de acompanhar a sua evolução. Daí a dificuldade de adotar condutas formalistas, pois quando as normas são chamadas a solucionar os fatos da vida, “mostram-se insuficientes: elas não comportam elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas.” V. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. XVIII-XX.

⁵²³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 115-30.

Ainda, busca-se pelo estudo dos conceitos indeterminados trazidos pelo autor, identificar a origem e conceito das cláusulas gerais que compõe o ordenamento civil brasileiro, conforme se verá no capítulo a seguir.

3.3.2 A Teoria Estruturante de Friedrich Müller – a concretização

Didier⁵²⁴ introduz a temática da nova metodologia jurídica, em especial após a segunda metade do Século XX, narrando “a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, identificada como essencial ao desenvolvimento do Direito”. Bonavides⁵²⁵ afirma que a preparação para a democracia participativa segue com a reelaboração da hermenêutica constitucional, fundada em valores e princípios, bem como pela reelaboração do conceito de norma jurídica.

Destacou-se Müller como principal autor na visão contemporânea, com especial destaque para a teoria estruturante que fundamenta a atividade jurisdicional afastando a simples subsunção tal como se pretende nesse estudo, pois segundo Bonavides⁵²⁶ sua teoria transcende os modelos clássicos jusprivatistas pois alia metódica, dogmática e teoria da norma jurídica numa visão inovadora.

Müller⁵²⁷ ao analisar a estrutura da norma e a função do intérprete no cenário contemporâneo, inicia a abordagem contrapondo a norma com a realidade e afirma que “a busca de critérios absolutos é uma questão sem sentido”, ou seja, não há como se identificar critérios absolutos nas ciências humanas que propiciem a distinção perfeita entre norma e realidade, pois considera, já inicialmente que a prescrição jurídica necessita da concretização na práxis. Na primeira parte da obra critica aqueles que concebem como opostos o ser e o dever-ser, bem como suporte fático e consequência jurídica, para, na segunda seção, propor uma “concepção de tipo novo da efetivação do direito”, afirmando que a concretização conjuga a realidade e norma, conforme se exporá.

⁵²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

⁵²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 206.

⁵²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 208-9.

⁵²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. I.

A primeira crítica contundente que Müller⁵²⁸ faz ao positivismo reside na separação de norma e fato, de direito e realidade. Afirmar que não preexiste norma antes dos fatos que regula, pois ela não existe sozinha, sem referência e aplicação com a realidade. Para o autor não se deveria pesquisar as “essências jurídicas misteriosamente inerentes”, aqui entendidas como o dever-ser, mas sim seria mais justo “pesquisar os modos especificamente jurídicos de utilização de conceitos e componentes de normas”.

Perlingieri⁵²⁹ também vislumbra “o estreito relacionamento entre fato e norma” pois não os considera como duas atividades separadas, seja na finalidade, no método ou no tempo. Afirmar que “a qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina”, pois da mesma forma que a teoria estruturante defende que “trata-se de construir a resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência que de tutela que o fato manifesta”.

Resume Perlingieri⁵³⁰:

Normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento: a interpretação tem função aplicativa, tem escopo prático, é a identificação de um significado jurídico (efeitos do fato). O fato não preexiste à interpretação, mas é constituído pelo procedimento que o interpreta: antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições.

Müller⁵³¹ concorda com a concepção gadameriana acima explanada sobre a diferença entre o intérprete histórico e aquele que aplica a norma, tanto que exemplifica a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão onde “se afirma com razão que a vontade subjetiva do legislador (constituente) histórico não é decisiva, ao passo que a sua vontade objetivada é considerada como medida da interpretação”, portanto, deve-se levar em conta não as razões da formação da norma em uma análise antepassada, mas sim considerar a sua facticidade social. Da análise

⁵²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. II.

⁵²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 650-2.

⁵³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 651-2.

⁵³¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. II.

das decisões da corte suprema alemã, constata que apesar do tribunal fazer referência à métodos convencionais de interpretação, utiliza em larga escala outros métodos, desvinculados dos tradicionais, que levam em conta o resultado da decisão, a adequação ao objeto, os nexos históricos, políticos e sociológicos, aspectos esses que fundamentam a decisão.

De todas as críticas ao positivismo, Müller⁵³² não propõe, contudo, um antipositivismo extremado, pois não desconsidera totalmente o texto da norma, mas sim o adequa à concretização do direito conforme as necessidades e consequências do caso concreto. Admite que a norma é necessária, mas aqui a norma não está entendida como regra, mas sim como “ideia-diretriz materialmente caracterizada”. O grande questionamento está em discutir “até que ponto a interpretação e aplicação do direito podem no caso individual apoiar-se na facticidade social e em resultados da pesquisa sociológica, sem errar o alvo da normatividade do direito”. Dito de outro modo, como será possível criar uma resposta adequada⁵³³ ao caso concreto respeitando os parâmetros do ordenamento, unitário? Coincide em parte com o problema da presente pesquisa.

Segundo o autor, “a dimensão normativa do direito é mais do que apenas uma formulação meramente seletiva e generalizante de conteúdos socialmente vigentes. Mas ela não pode ser separada de tais conteúdos”. Por isso vai além da mera descrição ou compreensão da norma, mas “o sentido da conceitualização jurídica visa a obtenção de normas, a positivação normativa”. Diante dessa premissa, norma e realidade devem ser entendidas circularmente, e os conteúdos sociológicos e teleológicos da norma devem aparecer como elementos constituintes da própria normatividade, o que não ocorre no positivismo kelseniano e na teoria do suporte fático.⁵³⁴

Müller⁵³⁵ inclusive utiliza-se das lições de Gadamer ao afirmar:

A teoria do direito se pratica na hermenêutica, o que pode ocorrer – como aqui na relação entre direito e realidade [...] Em nenhuma ciência

⁵³² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. III.

⁵³³ Importa ressaltar que essa resposta adequada não se considera como única, como se perceberá ao longo da tese

⁵³⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. III.

⁵³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. III.

humana o momento de aplicação, quer dizer, da aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico, aparece tanto no primeiro plano como na ciência jurídica. Ainda que a aplicação seja parte constitutiva de toda a compreensão nas ciências humanas, conforme explicou Gadamer, a ciência jurídica seguramente não lida com configurações de linguagem que são também compreensíveis 'em si mesmas', mas com normas que pretendem 'ter vigência' em combinação com sanções concretas no universo social, cuja normatividade está, portanto, assestada sem mediações na direção de áreas, conteúdos, reações sociais determinadas em cada caso.

Concorda com Gadamer que compreensão e aplicação andam juntas, mas não podem ser em si mesmas, mas sim no contexto social em que estão inseridas. Como resultado da interpretação e da aplicação, manifesta-se o "teor material normativo" como parte integrante desses processos, ou seja, como parte integrante da "concretização do direito". Daí verificar-se comprovadamente o círculo hermenêutico entre teoria e prática, entre direito e realidade, entre doutrina e jurisprudência. Não se pretende deixar de lado a legislação, ao contrário, reconhece-se o seu papel eficaz na concretização do direito. Ao aplicar o direito por meio da concreção perfaz-se uma análise do caso concreto em "toda a sua potencialidade"⁵³⁶ pois não se parte apenas da compreensão da norma mas sim da perquirição dos fatos e da norma conjuntamente.

Por isso a "teoria da norma não é separada do 'ser', mas tratada como aspecto autônomo no direito e na ciência jurídica".⁵³⁷ Por isso a proposta gadameriana "voltada para uma hermenêutica criativa e não meramente reprodutiva"⁵³⁸ ajusta-se a proposta de Müller.

Sobre a aplicação e pré-compreensão no direito constitucional, Müller⁵³⁹ aponta uma nítida abertura do direito positivo para a concretização, o que não significa, entretanto a diminuição da normatividade do direito positivo, mas sim o condicionamento recíproco entre a normatividade e a visão estruturante da norma. Pretende assim aplicar a sua teoria estruturante não apenas aos casos difíceis, mas

⁵³⁶ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁵³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. III.

⁵³⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131.

⁵³⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

permitir que na contraposição da teoria com a pré-compreensão e a tópica, proporcione-se também a resolução de casos fáceis. Por isso reafirma o círculo hermenêutico “herdado da tradição” entre sujeito-objeto, ou seja, intérprete e texto. Coaduna-se esse entendimento aos pressupostos da hermenêutica filosófica, quando identifica a tarefa criativa e produtiva do Direito, situada na facticidade e historicidade.⁵⁴⁰ Não se pode afastar os preconceitos e pré-compreensões, tanto produtivos quanto destrutivos, mas sim deve-se refletir sobre eles e racionalizá-los, pois assim é possível ter maior controle sobre eles e não cometer erros.

Larenz⁵⁴¹ afirma:

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só a ‘coisa Direito’, à linguagem, em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas.

Engelmann⁵⁴² ao analisar a atividade hermenêutica ressalta a relação entre perguntas e respostas e a necessidade da *phrónesis* como “responsável pela concessão do caráter ético exigido para a produção do resultado hermenêutico”, ou seja, não é possível afastar as pré-compreensões mas sim controlá-las:

Tal situação está vinculada à pré-compreensão do intérprete, ao antecipar o sentido daquilo que está sendo objeto do processo interpretativo. Como o intérprete já está inserido na tradição, que justifica a sua pré-compreensão, sempre haverá possibilidades que escapam ao contexto da pergunta-resposta, ensejando outras, e assim sucessivamente.⁵⁴³

Por isso a tradição assume relevância, pois a compreensão considera onde o sujeito está inserido, a *práxis* e a situação que está examinando.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 271.

⁵⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 290.

⁵⁴² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130.

⁵⁴³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130.

⁵⁴⁴ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 130-1.

Nesse sentido Gadamer⁵⁴⁵:

Cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo o processo objetivo-histórico.

A tópica⁵⁴⁶, por sua vez, inaugura um “novo caminho para o conhecimento do Direito pelas vias argumentativas”⁵⁴⁷ retorna sempre ao problema como ponto de partida fixo. Ao aliar essa premissa à teoria estruturante deve-se aliar o problema ou o caso a ser interpretado/solucionado ao contexto no qual está inserido. Não se vislumbra que o caso seja analisado sozinho e nem fora do contexto social, mas sim propõe que ele seja declarado na decisão por meio da utilização do costume e das fontes externas. Assim o problema volta a ganhar relevância como contorno da construção da norma de decisão. Reforça a maior facilidade em aplicar a tópica em questões civis (comparando-as com a complexidade das questões constitucionais) afirmando que tanto o problema quanto a norma podem ser considerados *topos* na construção da decisão judicial, não se pretendendo, no entanto, sobrepor o problema à norma, mas sim pensar a norma a partir do problema dado. Assim, a tópica permite o aprofundamento da interpretação da norma nascendo do problema, afastando-se da mera repetição de normas e de problemas antecedentes que não guardam relação ou semelhança com o que está sendo decidido. Deixa claro a necessidade do Direito atender, e integrar-se, às expectativas sociais: “A tarefa estabilizadora dos projetos jurídicos de comportamento sugere compreender o direito e sua metódica de tal maneira, que eles estão à altura da e podem resistir à sociedade real com as suas

⁵⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 443.

⁵⁴⁶ A tópica como técnica de pensamento será abordada como um dos parâmetros propostos para o preenchimento das cláusulas gerais. Assim, a profundidade dos conceitos relativos à tópica estão presentes no item 4.4.2.1 abaixo.

⁵⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 207.

diferentes tendências de visão de mundo e política”⁵⁴⁸ pois deve-se assegurar uma solução satisfatória mesmo nos problemas mais difíceis.

Partindo do pressuposto de que a norma não é aplicável mas sim produzida no processo de concretização, a tópica assume relevância na teoria estruturante na medida em que a concretização deve levar em conta o próprio sistema normativo aliado à “estrutura do problema do caso ou do tipo do caso”⁵⁴⁹ e dessa conjuntura aparece a distinção de norma e texto da norma.

Ao tratar sobre os fundamentos da teoria estruturante (da norma jurídica) Müller⁵⁵⁰ constata que na teoria do direito separa-se norma e fato, que entende como algo “sem sentido e impossível de realizar”, enquanto que na jurisprudência não se vislumbra o adequado aprofundamento da discussão entre direito e realidade. Por meio da análise de julgados da corte constitucional alemã, o autor aponta que os julgados constroem as teses jurídicas a partir de uma análise destituída de método, pois apesar de interpretar o caso deixa de alinhá-lo à realidade.

Nesse sentido:

Sob a ótica da estrutura da ação jurídica prática, eles mostram, fundamentalmente, que direito e realidade não promovem cada um por si e de modo independente uma relação entre entidades existentes, que pode ser formulada de maneira geral, mas apresentam, numa mistura que vai se alternando, fatores atuantes na concretização do direito, dotados de uma autonomia apenas relativa. Aquilo que é normatividade jurídica mostra-se concretamente na convergência de perspectivas que normalmente são generalizadas como metáforas abstratas do tipo ‘norma’ e ‘fato’, ‘direito’ e ‘realidade’, bem como igualmente como ‘relação’ abstrata desses elementos.⁵⁵¹

Retorna-se, portanto, à ideia da fusão de horizontes entre direito e realidade, entre norma e fato, na perspectiva gadameriana.

Por isso afirmar que a distinção de princípios e regras não tem relevância na teoria estruturante, pois a partir da concepção que a norma é construída no caso

⁵⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁵⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁵⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

⁵⁵¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

concreto tanto princípios quanto regras enquanto normas só terão existência “no confronto com os fatos”.⁵⁵²

O âmbito normativo é sempre indispensável à concretização da norma, e os dados empíricos do âmbito normativo formam os “elementos constitutivos integrais da concretização da norma”, ou seja, os dados extraídos da realidade entram no contexto da norma produzida pelo Legislativo e são introduzidos na concretização da norma: “devem ser transformadas pela decisão do Legislativo em ordenamento jurídico válido e ser introduzidas na concretização da norma por meio da questão normativamente guiada, formulada pelo operador do direito”.⁵⁵³

Por conseguinte importa elucidar a distinção entre texto normativo⁵⁵⁴ e norma na teoria estruturante de Müller objetivando comprovar que a construção da norma ocorre na circularidade entre interpretação, compreensão e aplicação do direito no caso concreto, que serve especialmente para o presente estudo vislumbrando a possibilidade da concretização efetiva das cláusulas gerais no âmbito do direito civil-constitucional no Judiciário brasileiro.

Perlingieri⁵⁵⁵ enxerga nesse mesmo tom quando afirma que “La norma esiste nella sua attuazione, allorché viene dall’interprete individuata in relazione al caso concreto: il momento fattuale attribuisce alla norma concretezza e storicità che le sono essenziali”. Ou seja, se a norma existe na sua realização e individualização, a simples existência da norma é irrelevante, pois a concretização do Direito ocorrerá na sua aplicação. Acrescenta que essa aplicação não se materializa apenas pela subsunção da regra por mero juízo de licitude, mas sim pela análise do cumprimento dos valores constitucionais num juízo de valor do fato.⁵⁵⁶

⁵⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção.” **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1. p. 607-630. 2003.

⁵⁵³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

⁵⁵⁴ Importa nesse item a utilização do termo “texto normativo” na perspectiva da Teoria Estruturante de Friedrich Muller. No mesmo sentido no Capítulo IV ao utilizar da obra de Judith Martins-Costa, para essa autora “A linguagem jurídica se expressa por intermédio de textos normativos (enunciados normativos, dispositivos e disposições). Quando se fala em norma, se está a aludir, na verdade, ao *resultado* (consagrado e reiterado pelo intérprete autorizado) da interpretação de certo enunciado normativo, pois toda norma é uma construção resultante da interpretação feita a partir de textos”. V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 136-7.

⁵⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 227.

⁵⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 236-9.

Primeiramente deve-se ultrapassar a ideia da norma como “comando pronto” e, por isso, afasta-se do método subsuntivo, pois este distancia-se significativamente da realidade e gera uma conclusão abstrata, o que não se pretende. Por isso a distinção entre texto normativo e âmbito normativo. O âmbito normativo é a realidade que traz materialidade para a norma pura, pois ela sozinha não passa de texto. “A ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma”.⁵⁵⁷

Ao iniciar a abordagem do atual CPC, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁵⁵⁸ reafirmam a distinção entre texto e norma ao afirmarem expressamente que o CPC “é uma fonte, um documento textual dotado de autoridade jurídica. Não é ainda, porém, uma norma. A norma é o resultado da sua interpretação.”, pois “a unidade do direito obedece a um processo dinâmico e argumentativo de reconstrução interpretativa que vai das fontes às normas”.

Portanto resta diferenciar programa normativo do âmbito normativo. Tanto o programa normativo, aqui entendido como teor literal, quanto o âmbito normativo são considerados elementos, partes integrantes da norma, ainda que o âmbito normativo seja externo, pois se trata do “setor da realidade fornecedor do material”, mas que faz sim parte da “disposição legal a ser concretizada”⁵⁵⁹. A norma portanto não é formada só de texto literal, gramático, sentido literal, mas também do componente que dá sentido à ela, a realidade. O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal, daí se falar em circularidade entre direito e realidade.

Apesar de nomenclatura e efeitos semelhantes, expõe-se o pensamento de Canotilho⁵⁶⁰ que distingue “programa normativo” e “sector normativo”:

O programa normativo é o *resultado* de um processo parcial de concretização assente fundamentalmente na *interpretação do texto normativo*. [...] Por sua vez o sector normativo é o resultado de um

⁵⁵⁷ Essa distinção feita por Müller não é novidade, pois o próprio autor indica aponta a obra de Savigny como origem dessa distinção, onde se diferenciava o mero texto – “imagem da lei” – do “conteúdo real”. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 86.

⁵⁵⁹ Não se trata, todavia, do “espírito da lei” no sentido histórico da hermenêutica, pois não se está perseguindo a intenção do legislador, mas sim a realidade atual que transformará o texto em “direito concreto”. V. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1216.

segundo processo parcial de concretização assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma).

Ambas as distinções redundam em separar texto e norma, impedindo o intérprete a se limitar a mera “interpretação” do sentido do texto como linguagem (interpretação filológica). Ao contrário, o modelo de Estado de Direito em que está inserido o atual sistema jurídico demanda uma interpretação muito mais “complexa e difícil de se concretizar”.⁵⁶¹

Castanheira Neves⁵⁶² distingue *ius* e *lex* quando afirma que esta significa a norma em sentido amplo, englobando regras e princípios, contudo aquele só ocorre na “realização histórico-concreta mediante o juízo prático sobre a inter-acção pessoalmente titulada e comunitariamente responsável”.

A norma, portanto, não pode significar apenas o seu texto literal, mas, ao contrário, deve completar-se com o âmbito normativo como seu elemento, e por isso é estruturada, construída no caso concreto, na circularidade entre texto e norma, entre fato e norma, *ius* e *lex*.

Guastini⁵⁶³ assemelha essa proposta ao pensamento jus-realista afirmando que nessa vertente “o direito é constituído não por normas mas antes por formulações linguísticas de significado indeterminado: não há normas de ordem anterior à interpretação e independente desta” e por isso eleva-se a atividade jurisdicional “interpretativa e aplicativa”.

A norma não se resume ao seu texto, pois enquanto o texto da norma é mero “sinal linguístico”, a norma é o “que se revela ou se designa”.⁵⁶⁴ Inserida num contexto, se é realidade que a norma regula se modifica, modifica-se também ela mesma, numa

⁵⁶¹ Excetuando-se dessa interpretação mais profunda e adequada à realidade as regras que são “casos limites concretamente definidos” como aqueles que se referem a datas, prazos, limites de idade por exemplo. Esses não demandam construção complexa e serão aplicados por simples subsunção. “Mesmo quando o sentido da palavra é claro, é apenas em casos-limite muito raros e concretamente estabelecidos que o texto literal é suficiente para regulamentar normativamente casos específicos.” Segundo MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁶² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

⁵⁶³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 146.

⁵⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1218.

circularidade gadameriana, e por isso pode significar a sua inaplicabilidade, ainda que vigente.⁵⁶⁵

As normas obsoletas, portanto, podem ser perfeitamente interpretadas no sentido filológico, permitem a pré-compreensão, a inserção histórica pela tradição e a atualidade hermenêutica, mas pela falta do âmbito normativo não podem mais ser juridicamente concretizadas. “O aperfeiçoamento jurídico, atuante na concretização, não é previamente dado no texto normativo” e por isso a norma precisa da realidade para ser construída. Daí a prova da separação de texto e norma, programa normativo e âmbito normativo, e que a concretização do direito só se dá a aplicação – interpretação – compreensão na realidade em que está inserido. Contudo o âmbito normativo não se resume à realidade social, mas abrange também as “estruturas materiais reais geralmente já na situação conformada pelo direito”, imaginando-se aqui estar incluída a jurisprudência cuja normatividade é admitida para a formação de novas decisões.⁵⁶⁶⁵⁶⁷

Sobre os textos normativos, em especial as cláusulas gerais:

Também os textos normativos com versões mais genéricas, como os de cláusulas gerais, de normas específicas dos direitos fundamentais ou de partes de preâmbulos desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições. Mesmo se a formulação não for clara e apesar da diferença fundamental entre norma e texto literal, o texto normativo é geralmente o primeiro ponto de partida e ponto de referência da concretização.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ Exemplos desse fato são comumente extraídos do direito penal quando das regras relativas à mulher honesta e ao adultério, que permaneciam como regras válidas e vigentes, mas que há tempos perderam seu âmbito normativo. O conceito de mulher honesta e de adultério foram retirados do Código Penal recentemente em 2005, pela Lei 11.106/2005, apesar de há tempos não serem aplicados pelo Judiciário brasileiro.

⁵⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁶⁷ No mesmo sentido sobre as normas obsoletas: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

⁵⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

No mesmo sentido Castanheira Neves⁵⁶⁹ aponta que as normas como as cláusulas gerais e normas em branco melhor demonstram a concretização ou a realização do direito, pois o âmbito normativo aparece de forma mais evidente.

Ribeiro⁵⁷⁰ aponta nesse sentido ao comentar a cláusula geral de boa-fé quando afirma que “compete à doutrina e à jurisprudência em *mediação concretizadora* extrair do princípio padrões de comportamento operativos, ajustados aos diversificados contextos situacionais a que ele se aplica”.

Admite-se assim que o texto normativo é o ponto de partida e referência para a observação do âmbito normativo, este volátil a cada caso a ser interpretado, mas que passa a compor o conteúdo da norma. O texto normativo é sim um importante elemento, porém não o único. Se fosse único estar-se-ia diante da subsunção positivista, se fosse totalmente descartado, diante de julgamentos subjetivos. Por isso o texto normativo desempenha a importante função de ser a “fronteira de concretização permitida” ou “limite extremo da análise do sentido possível”⁵⁷¹.

Considerando que tanto o texto quanto o âmbito normativos compõem a norma, Müller⁵⁷² afirma “não há distinção fundamental entre o direito escrito e o direito consuetudinário” pois “mesmo o direito não escrito é normativo”. Pode-se concluir que a ideia da normatividade não vem ligada ao texto, mas sim à sua aplicação no caso concreto, por isso afirma-se que a concretização da norma ocorre no círculo hermenêutico da interpretação – compreensão – aplicação.

A função do texto normativo é de resguardar a “segurança jurídica, a clareza da norma, a publicidade e a inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito”, ou seja, apresenta a função de limitador da compreensão da norma. Porém necessário diferenciar a “positividade do direito” e a “positividade do texto normativo” pois não representam expressões idênticas. O texto tem sim o seu valor, mas também se admite que possa ser afastado, como nos casos em que o

⁵⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

⁵⁷⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

⁵⁷¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁷² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

“texto literal for comprovadamente equivocado ou passível de ser mal compreendido”. Admite-se, portanto, que em caráter excepcional possa se decidir contrariamente ao texto literal⁵⁷³, nesse caso, necessitando adequar a decisão ao escopo normativo, aqui entendido como as demais fontes do direito.

Müller⁵⁷⁴ admite a “atividade criadora do direito” se concretize fora da legislação, apenas em caráter excepcional, mas não fora das “possibilidades de compreensão do texto constitucional”.

Kelsen⁵⁷⁵ ao tratar da interpretação fala da norma geral e individual, admitindo a criação do Direito quando da elaboração da norma individual, especialmente na “interpretação do Direito pelo órgão que o aplica”.⁵⁷⁶ Aproveita-se, pois a teoria kelseniana na medida em que ele mesmo admite ser a aplicação do Direito um processo de interpretação/criação, num ato criativo. Contudo, pretende-se, aqui, um alargamento da atitude criativa, não apenas fundado num norma de “escalão superior”

⁵⁷³ Müller admite que em alguns casos se decida contrariamente ao texto literal, contudo, na mesma página trata do “escopo normativo”, que continua como um limitador da concretização. Assim, imagina-se que a conclusão mais coerente seja a de que a decisão pode até contrariar um dispositivo legal, texto normativo, mas não pode ir contra as normas que compõem as bases do sistema jurídico como um todo. Segundo o autor, “Enquanto a concretização faz com que o texto normativo expresse de forma linguisticamente correta o escopo metódico para o teor normativo material da disposição, o resultado prático não pode contrariar as possibilidades remanescentes nesse escopo. O fato de que esse escopo normativo, por seu turno, não pode ser determinado sem que se considere o texto literal, torna a disposição racional e a escolha entre os fatores específicos, que nem sempre estão conformes, mais difícil, senão ilusória. É impossível ao pensamento metodológico tradicional elaborar uma sequência hierárquica obrigatória dos cânones. Mesmo com a restrição aos *topoi* gramaticais, genético-históricos, sistemáticos e altamente teleológicos, é tradicionalmente delegado ao juiz o ordenamento de aspectos particulares dos contextos racionais de fundamentação, bem como estimar o peso dos dados materiais para ambas as partes e, dependendo do caso, decidir contrariamente ao texto literal.” V. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 387-97.

⁵⁷⁶ Apesar da contraposição de Müller ao positivismo (Müller afirma que a teoria kelseniana propõe a “separação e a contraposição de norma e realidade, ser e dever-ser”, fazendo-o em tom de crítica, afirmando que Kelsen estaria muito mais preocupado com a ciência do que tipicamente com o direito. Alega, ainda, que Kelsen ao analisar a normatividade “expurga da norma jurídica a pergunta pela correção de seu conteúdo” o que não deve prevalecer, em sendo o direito uma ciência humana e social. Segundo ele o ordenamento jurídico isolado não existe, pois necessita de outros elementos da ordem real global, unindo-se a ela e cumprindo a sua função ordenadora.) é possível perceber uma aproximação da teoria estruturante à criação da norma individual tal como proposta no Cap. VIII da Teoria Pura do Direito quando trata da interpretação da norma.

⁵⁷⁷ tal como preceituado pelo autor, mas abrangendo outras fontes, dialogando entre si⁵⁷⁸, e permitindo a adequada construção da norma individual.

Pode-se concluir portanto que o texto normativo é o texto propriamente dito, o programa normativo é o teor literal do texto e o âmbito normativo é a realidade do caso concreto – a junção de todos ocorre na concretização da norma no caso concreto que consiste especificamente na atividade judicante.⁵⁷⁹ O âmbito normativo é o elemento que permite integrar a tradição na resolução do caso e também o responsável pelo afastamento da simples “aplicação” da norma, resultando senão numa construção da norma em cada caso concreto.

Tal concretização deve ir além do texto literal incluindo os dados da realidade do caso concreto (âmbito normativo), mas mesmo que vá além do texto, não deve ir além da norma, pois o sistema proporciona aparas para que a construção do direito ocorra nos seus parâmetros. Por isso se fala da abertura do sistema de fontes, pois não se pode considerar apenas a regra positivada como reguladora do sistema, mas sim permitir que o Judiciário possa construir a decisão correta para o caso de acordo com os parâmetros do próprio sistema jurídico.

A evolução do sistema jurídico depende da sua abertura para a sociedade, o âmbito normativo considerado como realidade, pois “a ciência do Direito, como toda ciência, depende de mobilidade que se perfaz por constantes rupturas de paradigmas e aceitação de novas ideologias” e o “Estado Democrático de Direito requer um abandono da postura distante do Poder Judiciário” apontando como nova função judicial a sua voz ativa na criação do Direito.⁵⁸⁰ Tal como preceitua Canotilho⁵⁸¹ ao afirmar que “a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais* e *procedimentais adequados* possibilitadores da concretização, densificação e

⁵⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 388.

⁵⁷⁸ Conforme se fundamentará no item 4.4.2.3 infra.

⁵⁷⁹ Segundo Müller: “Na esfera da expressão linguística, o grau de concreção de ambos os elementos pode ser independente. A precisão do programa normativo sofre de uma falta de especificação do âmbito normativo no texto normativo” V. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁵⁸⁰ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14. n. 14., p. 210-230. jul/dez. 2013.

⁵⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1163.

realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição”.

Sobre o âmbito normativo vale destacar que não se resume apenas à realidade, mas também deve “se ater a ‘valores’ no sentido de concepções axiológicas socialmente eficazes bem como as suas estruturas” e “não é uma mera soma de fatos, mas um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou conformados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real”. Ainda que a realidade tenha papel destacado no âmbito normativo, ele não se resume a ela.⁵⁸²

Canotilho⁵⁸³ é expresso ao colocar a metódica estruturante impõe que a interpretação/aplicação deve ser dar no aberto sistema constitucional de regras e princípios e sua adequação ao sistema é obrigação que se impõe.

Isso tudo aparece com especial ênfase nas cláusulas gerais, afinal o seu texto normativo genérico exige que o âmbito normativo seja reconstruído a cada caso analisado. Rêgo⁵⁸⁴ aponta como função atribuída às cláusulas gerais “a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz”. Interpretar a cláusula geral deve significar atribuir um sentido indo além do texto⁵⁸⁵, densificando o seu conteúdo. Dito de outro modo, as cláusulas gerais são preenchidas a cada caso concreto de acordo com a realidade do caso e do sistema, ao mesmo tempo que seu conteúdo é o próprio limitador de tal construção. Por exemplo, aplicando-se função social ou boa-fé, construir-se-á em cada caso uma solução distinta, todas embasadas juridicamente, contudo nunca se poderá construir uma decisão que vá contra a verificação da função social ou da boa-fé.

Coadunando com os demais autores estudados aqui, Müller⁵⁸⁶ resume:

⁵⁸² “O âmbito normativo constitui um ponto de vista auxiliar na concretização: a realidade, que pertence inseparavelmente à norma, na esfera de sua eficácia, e é normativamente incorporada a ela, é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma. Por outro lado, o aspecto do âmbito normativo sustenta-se em um círculo real de dados fáticos e problemas, que não apenas codetermina a normatividade da norma na modalidade de uma hipótese mas diretamente em seu ambiente social e histórico”. V. MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. XIII.

⁵⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 1116-20.

⁵⁸⁴ RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 63.

⁵⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1118.

⁵⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. XIII.

O sentido metódico da análise do âmbito normativo nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas confirmar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-la de modo indiferente, mas também alterá-la. Mesmo nesse caso, a peculiaridade material do âmbito normativo codetermina, como fator, constitutivo, a norma no todo, no que diz respeito a seu tema, estrutura e função. No mais, também na metódica estruturante emerge o círculo hermenêutico. Isso apenas corrobora a tese de que âmbito normativo e ideia normativa fundamental revelariam não apenas uma alteração linguística da relação entre realidade e direito na própria norma em si, mas constituiriam elementos de um questionamento que de antemão não estaria baseado nessas abstrações.

Canotilho⁵⁸⁷ resume ao afirmar que “uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso”.

Diante disso não há que se falar em simples aplicação da norma, mas sim da sua concretização que “engloba tanto a sua construção e ‘aplicação’ como, com isso, a solução do caso jurídico”. Um dos fatores importantes para a concretização ensinada por Müller⁵⁸⁸ consiste, segundo ele, na “estreita inter-relação de jurisprudência e doutrina jurídica” que permitirá a concretização real.

Tal relação é abordada a seguir na dimensão prospectiva do direito, segundo Fachin.

3.3.3 A Dimensão Prospectiva em Luiz Edson Fachin

Por fim, na doutrina brasileira, partindo da perspectiva sistemática da unidade do sistema jurídico preceituada acima, Fachin⁵⁸⁹ analisa as dimensões do Direito Civil na contemporaneidade: primeiramente um pilar formal, onde identifica o direito positivo, seja constitucional ou infraconstitucional, considerado em sua normatividade; em segundo lugar, a vertente substancial, identificada na força normativa e vinculativa dos princípios constitucionais; e, por fim, a dimensão prospectiva fundada na “atuação

⁵⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 1221.

⁵⁸⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. XIII.

⁵⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 180-181.

da reconstrução do significado de significantes que integram a teoria e a prática jurídica”.

Na primeira dimensão, formal, Constituição Federal e Código Civil aparecem como normas regulamentadoras da vida em sociedade. Mesmo reconhecendo-se os fenômenos da constitucionalização e repersonalização do Direito Civil, o Código ainda é reconhecido como “obra de pensamento estruturado emergente de um sistema de normas de Direito Privado que corresponde às aspirações de uma dada sociedade”.⁵⁹⁰ Tal materialidade teve sua importância histórica e a mantém nos dias atuais, pois tutelam grande parte dos fatos da vida cotidiana.

Essa dimensão não exclui a necessidade da prestação jurisdicional, pois é por meio da atuação do Poder Judiciário que se agasalham e concretizam as pretensões inclusivas.⁵⁹¹ Ainda que o Código tenha a ambição da completude, não se verifica nele uma “muralla para a hermenêutica”, pois tanto o Judiciário quanto a doutrina continuam a exercer o papel de “integrar, interpretar e dar sentido de limite e de possibilidades” aos fatos jurídicos. Daí dizer que, mesmo que empiricamente, constata-se um diálogo entre legislador-julgador-doutrinador que pode propiciar transformações no Direito e na vida.⁵⁹² Perlingieri corrobora esse entendimento e ressalta o papel crítico da doutrina, em especial no equilíbrio do sistema de fontes (ainda que parte da doutrina não tenha consciência disso).⁵⁹³

No segundo pilar, substancial, o autor identifica a força normativa dos princípios e a supremacia da Constituição Federal. Essa dimensão é constatada não apenas no ordenamento brasileiro, mas também em vários sistemas estrangeiros. Nessa fase identifica-se um Direito Civil mais aberto e sensível aos problemas e exigências da

⁵⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 16.

⁵⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 21; 34.

⁵⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 47-8.

⁵⁹³ “Si trascura sovente di discorrere del ruolo che la dottrina (la comunità degli studiosi del diritto e le opere da esse prodotte) deve svolgere per un equilibrato sistema delle fonti. Allora o la dottrina ha perso prestigio e credibilità o è la stessa dottrina che non ha consapevolezza del dover assolvere il suo compito, ivi compreso quello di critica alle decisioni giurisprudenziali, sí da concorrere mediante la interpretazione alla formazione del sistema. Il ruolo critico, quando c'è, è quasi sempre limitato al particolare e non investe le ragioni del disfunzionamento”. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 27.

sociedade e, adequado às normas constitucionais, positivadas ou não, constrói respostas para as celeumas que lhe são postas.⁵⁹⁴

Contudo, constata-se que a construção principiológica trouxe consigo críticas significativas, em especial aquelas que imputam à primeira dimensão a certeza e a segurança jurídica, mas se não se pode duvidar da importância dessa dimensão intermediária como caminho a evoluir para a terceira dimensão.

Nessa terceira, denominada prospectiva, que é de maior interesse ao presente estudo, identifica-se a reconstrução permanente do Direito Civil pela teoria e pela prática, ou seja, papéis da doutrina e da jurisprudência, respectivamente. Importa ressaltar que essa não exclui as duas primeiras, formal e substancial⁵⁹⁵, que coexistem harmonicamente. Pode-se perceber nessas afirmações a visão da hermenêutica filosófica gadameriana quando aponta uma aproximação entre teoria e prática⁵⁹⁶.

Na prospectividade identifica-se função relevante da hermenêutica, que a partir da abertura de caminhos na legislação, terá função integrativa, ampliando espaços decisórios e de reconstrução de significados⁵⁹⁷, ainda que tanto a doutrina quanto a jurisprudência não gozem atualmente do prestígio devido no cenário jurídico.⁵⁹⁸ Silva⁵⁹⁹ aponta que na atividade processual não mais se verificam petições ou sentenças fundadas em doutrina, apenas em jurisprudência colacionada ao bel prazer e sem vinculação com o caso ou com o resultado. Esse aparte entre a prática forense com o comprometimento doutrinário é apontado pelo autor como um dos fatores da crise narrada no presente estudo.

Menke⁶⁰⁰ analisa a posição protagonista da doutrina em especial na realidade alemã afirmando que “num sistema onde normas de textura aberta ganham relevo, além de aumentar a responsabilidade dos magistrados, cresce também o papel

⁵⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 63-4.

⁵⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83.

⁵⁹⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117.

⁵⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83.

⁵⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 86.

⁵⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

⁶⁰⁰ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

desempenhado pela doutrina, que terá o dever de assumir a postura crítica-constructiva no que toca ao trabalho dos juízes”.

No mesmo sentido, alinhado à realização do direito na *práxis* histórico-social, Castanheira Neves⁶⁰¹ recupera o sentido da prática no modelo do jurisprudencialismo, considerando que a lei se realiza na jurisdição.

Fachin⁶⁰² apresenta a constitucionalização do Direito Civil como pressuposto para essa terceira feição, considerando que o fenómeno da constitucionalização traz uma nova fundamentação para os pilares do mundo civilista, quais sejam, contrato, família e propriedade. O autor, desde antes da aprovação do Código Civil em 2002, desde a primeira edição da Teoria Crítica do Direito, apontava os novos paradigmas do Direito Civil contemporâneo, especificamente à visão interdisciplinar⁶⁰³ e afirmando que “O Tribunal, por mais supremo que seja, ao menos nasce abstrato como defensor da Constituição e, então, se torna concreto com o desvelar histórico-cultural de seus julgados”.⁶⁰⁴

Aponta a nova realidade social com a massificação do consumo e do contrato, com a mudança paradigmática do ser humano na sociedade, e com as novas famílias que surgem a cada dia, como fatores de dificuldade de acompanhamento da lei positivada aos fatos sociais. Daí a função prospectiva ganha força, na medida em que é possível construir uma solução conforme o ordenamento, sem que haja um dispositivo específico regulador do fato.

Tal concreção somente se torna possível pela identificação do método sistemático e da unidade do sistema, pois o próprio ordenamento, aberto e plural⁶⁰⁵, permite a criação de uma resposta. Não se pode ficar limitado à lei positivada, pois não é ela a única norma jurídica que compõe o ordenamento⁶⁰⁶, daí se admitir a abertura ao sistema de fontes.⁶⁰⁷

⁶⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. v. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

⁶⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12-3.

⁶⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 176.

⁶⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 694.

⁶⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 90.

⁶⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 180.

⁶⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 199.

O autor elenca exemplos do Supremo Tribunal Federal – STF – que comprovam essas afirmações: a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel em caso de alienação fiduciária em garantia; o reconhecimento da união homoafetiva; a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias. Em todos os casos não se verifica na legislação uma resposta pronta e acabada, mas sim uma construção tópico-sistemática no Judiciário, a partir de problemas concretos, buscando-se no sistema a melhor entre as possíveis soluções.⁶⁰⁸

Reconhece que, no momento atual, o Direito Civil ultrapassa a simples estrutura chegando de fato à função, tal como preceituou Bobbio⁶⁰⁹, em resumo:

A dimensão prospectiva do Direito Civil toma a interpretação como questão constituinte do Direito Civil, daí a relevância do pensamento sistemático nesse contexto. Traduz-se, por essa via, um pensar por meio de problemas, hauridos não apenas do sentido fático dos casos como também das hipóteses teóricas como *questões*. Esses *problemas* podem ser localizados tanto nas possibilidades hermenêuticas da aplicação das normas de Direito Civil, quanto na força construtiva dos fatos por intermédio da doutrina e da jurisprudência.⁶¹⁰

Dessa forma, a visão prospectiva busca não apenas uma tutela jurisdicional, mas um juiz que possa reconhecer a complexidade social, adequar a ela os valores do sistema jurídico e do problema, e conceda uma efetiva tutela jurisdicional, daí a relevância das cláusulas gerais, princípios, recuperação histórica e demais componentes do sistema.⁶¹¹ No mesmo sentido Nunes⁶¹² afirma que o aumento da complexidade social e também dos litígios atribuem à jurisdição e ao processo novos contornos e também Reale⁶¹³ que já antevia a dimensão prospectiva da hermenêutica e sua vinculação ao caso concreto.

⁶⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 92-4.

⁶⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁶¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 115.

⁶¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 120-1.

⁶¹² NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 343.

⁶¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 293-4

Fachin⁶¹⁴ explica que a construção e reconstrução dos significantes fundamentais do Direito Civil – contrato, propriedade e família – deve se dar dentro dos limites do sistema aberto, poroso e plural, partindo-se de alguns compromissos: deve-se colocar o Direito Civil dentro do sistema, sem que se retorne à subsunção de outrora, pois deve-se analisar a atividade hermenêutica como compreensão da norma; o intérprete deve adequar tal compreensão ao tempo e lugar em que está inserido, afastando imobilidades; a norma não precisa estar necessariamente positivada para obrigar um comportamento ético, pois mesmo não escrita pode ser considerada precisa e de vinculação geral.

Diante disso, percebe-se que não basta a constatação da existência de princípios e valores⁶¹⁵ formadores do ordenamento, deve-se buscar a sua efetividade, sua concretização.⁶¹⁶ Para tanto é necessário um julgador que assuma o protagonismo necessário à sua atividade, e que esse exercício se dê com serenidade e firmeza.⁶¹⁷

Do estudo desenvolvido por Fachin, comprova-se a necessidade e possibilidade de um Judiciário forte e preparado, para compor os desafios da sociedade contemporânea e complexa. A importância da jurisprudência na concretização do Direito é uma constante, e a visão prospectiva do Direito Civil, contribuirá para fundamentar a legitimidade do Poder Judiciário no preenchimento de cláusulas gerais pretendida nesse estudo.

Pode-se então concluir parcialmente que, independentemente de se denominar de compreensão, criação, concretização ou prospecção é necessário que o acesso à justiça seja visto como uma forma de participação do indivíduo para fazer valer os seus direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em o Judiciário deve estar preparado e legitimado para esse mister. Para isso é necessário a abertura do sistema de fontes, reconhecendo a unidade do sistema, mas admitindo a sua abertura para influências externas, reconhecer que a norma é produzida nos limites do caso concreto, mas para tanto deve se ter presente um intérprete preparado para essa

⁶¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 144.

⁶¹⁵ Sobre a utilização de valores na concretização da dogmática jurídica v. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 312-20.

⁶¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 170.

⁶¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 154.

complexa missão. Por isso, visando afastar julgamentos subjetivos e merece discussão essa responsabilidade.

3.4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E RESPONSABILIDADE PELA CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA AO CASO CONCRETO

Como visto acima, a concretização efetiva dos direitos coaduna com a realidade do Estado Democrático de Direito, e se efetivará no Poder Judiciário. Nesse cenário de governo dos homens, a discricionariedade judicial assume relevância e não pode ser deixada de lado⁶¹⁸, pois na efetivação dos direitos o papel do intérprete acaba sendo deveras relevante.

O imbricamento do julgador no círculo hermenêutico entre interpretação, compreensão e aplicação, bem como o elemento do âmbito normativo que compõe a formação da norma (aqui entendida como a decisão do caso concreto oriunda do círculo hermenêutico) permitem o controle do poder subjetivo do intérprete, evitando decisões arbitrárias. É certo que se verifica um grau de discricionariedade na decisão judicial, mas que não pode ser confundida com arbitrariedade.

Streck⁶¹⁹ resume:

E não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de horizontes dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima.

O resultado do círculo hermenêutico não é um ato de vontade e é controlado pela tradição, deve estar “assentado em uma série de aspectos, incluindo o consenso social, a tradição, os valores da sociedade e especialmente os princípios da lei natural”, sendo que isso permitirá que a decisão seja uma resposta “às expectativas do grupo social e darão suporte de razoabilidade à decisão interpretativa”, ou seja, “o

⁶¹⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 89.

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 275.

resultado da interpretação apenas será razoável e legítimo se respeitar todo esse conjunto, que dará a necessária respeitabilidade à decisão do caso concreto”.⁶²⁰

Nessa realidade do Estado Democrático de Direito e da concreção do Direito no caso concreto, os direitos fundamentais assumem especial relevância, considerando que tornar o cidadão um titular de direitos não basta para a concretização do novo modelo, é necessário torná-los efetivos, reforçando-se o argumento democrático. Aqui residem então os seus dois pilares: direitos fundamentais e democracia.

Para Zolo⁶²¹, a efetivação dos direitos depende diretamente da aplicação dos mesmos que se dará na “magistratura ordinária”, por isso assume especial relevância a formação e os critérios de seleção dos juízes:

Uma política do direito ‘garantista’ deveria, por isso, ter no seu centro temas como a formação cultural e a seleção dos juízes, a sua experiência e sensibilidade social, a sua identidade e integridade profissional, a sua orientação em direção aos ‘fins do direito’ – o fortalecimento das expectativas sociais e a tutela dos direitos subjetivos -, bem além do formalismo de um evanescente ‘método jurídico’, que se pretende ‘puro’ e valorativamente neutro.⁶²²

Contudo, a liberdade dos juízes ou tribunais no caso concreto não pode ser confundida com julgamentos solipsistas, ou conforme a consciência do indivíduo, sem qualquer fundamentação ou embasamento⁶²³, afastando-se da racionalidade jurídica e valendo-se somente da racionalidade política.⁶²⁴ Moraes⁶²⁵ reitera que a superação da subsunção “não pode funcionar como pretexto para se conferir ao magistrado carta branca para decidir, de acordo com as suas convicções pessoais” e por isso aponta o

⁶²⁰ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 245.

⁶²¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 90.

⁶²² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 90.

⁶²³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

⁶²⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012. p. 49.

⁶²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

dever de fundamentação como forma de controlar os poderes do Judiciário. Barroso⁶²⁶ é claro ao afirmar que não se pretende que o Judiciário se torne uma “instância hegemônica” e nem que se permita a “usurpação da função legislativa”.

Da mesma forma Menke⁶²⁷ parte do aprofundamento de doutrinadores alemães no estudo de grupo de casos para o preenchimento das cláusulas gerais afirma que ainda que não haja nenhum precedente aplicável e nem regra específica para o caso “deve-se lançar mão da interpretação sistemática, além de observar os preâmbulos e as exposições de motivos da leis” e deles “extrair os valores que integram o sistema jurídico” mas nunca se pode basear uma decisão exclusivamente na “opinião pessoal, rechaçando-se assim o voluntarismo puro”.

Gadamer⁶²⁸ já destacava a função da hermenêutica jurídica “quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária.” e continua afirmando que “compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente”⁶²⁹ tratando-se mesmo de um processo de mediação entre a norma e o caso.

Silva⁶³⁰ defende a discricionariedade pois entende que a decisão é um “ato volitivo” não devendo o julgador se limitar a reproduzir o texto legal num processo automático de subsunção, numa evidente “sedução pelas regras” ou ainda de reprodução de julgados antecedentes sem vinculação com o caso, num “jurisprudencialismo normatizado”.

Engelmann⁶³¹ retrata a atividade da compreensão do intérprete como “a relação entre a pergunta e a resposta” que “permite alargar as possibilidades da hermenêutica” sem que isso importe em “arbitrariedade, mas apenas aponta para um campo de grandes possibilidades projetadas pela consideração da tradição”. Isto é, o fato de haver possibilidades não significa permitir arbitrariedades ou ampliar a discricionariedade do julgador.

⁶²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 443.

⁶²⁷ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁶²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 487.

⁶²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 487.

⁶³⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

⁶³¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

Ávila⁶³² também traz o comparativo do modelo rígido por meio da mera subsunção, limitando o juiz à correspondência de fato e norma, comparando-o com o modelo aberto, onde o grau de tipicidade é mínimo e a atitude do Judiciário complexa, chamada de concreção, “por meio da qual as consequências jurídicas concretas resultam da polaridade entre os valores sistemáticos e problemáticos”.

A superação da subsunção como forma de aplicar o Direito em sua completude e com neutralidade científica implica em discutir a tênue separação entre direito e política. Ainda que no plano ideal devesse haver uma separação absoluta entre ambos, é característica dos estados democráticos que “uma parcela do poder político seja exercido pelo Judiciário” e por isso apesar de conceitos distintos, devem se conectar. A própria criação da norma na perspectiva narrada no item anterior envolve uma conotação política: “as normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins”.⁶³³

Busca-se, portanto, a conotação positiva do termo “ativismo judicial”, pois não está o Judiciário apenas atrelado a regras positivadas, mas sim, incumbe-lhe a função de criar a resposta jurídica, construir a solução adequada para cada questão que lhe é posta, a partir da construção do Direito com base em regras, princípios e todo o sistema jurídico que possa lhe propiciar essa estrutura, na perspectiva de Engisch, Müller e Fachin narradas acima. Não se trata apenas do termo “ativismo” mas sim propriamente na construção do direito⁶³⁴, sempre na “busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição”.⁶³⁵

Segundo Engisch⁶³⁶, a discricionariedade deve ser entendida em seu sentido vinculado, pois mesmo existindo um poder de escolha do intérprete, esse poder deve estar endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, pois estará em conformidade com todas as diretrizes do ordenamento considerado como

⁶³² AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 413.

⁶³³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 448-57.

⁶³⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

⁶³⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012. p. 48.

⁶³⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 220.

um todo e dos limites impostos pelo próprio caso concreto. Wilburg⁶³⁷ defende uma “discricionariedade orientada” sendo que resume a sua proposta na abertura e mobilidade do sistema, contudo sem possibilitar uma liberdade total do julgador, pois o próprio sistema, considerado elástico propicia tal orientação.

Inclusive os opositores aos poderes do juiz, que acarretariam solipsismo, ou ativismo no aspecto negativo do verbete⁶³⁸, admitem que não poderá haver cisão entre interpretação e aplicação das regras e princípios em cada lide julgada. A construção do Direito se dá num círculo hermenêutico onde não há mais a diferenciação entre as fases, restando a concretização do Direito em cada caso específico, com uma maior liberdade e autonomia do Poder Judiciário.

Não se pode negar que o contexto social, os valores, os interesses, (vide figura 1) bem como o costume e a tradição interferem na decisão judicial. “O que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação é incontável tanto na subsunção quanto na ponderação” mas a comunicação advinda do processo decisório é controlável social e juridicamente, pois a justiça exige que a decisão seja “juridicamente consistente e socialmente adequada”.⁶³⁹ Calmon de Passos⁶⁴⁰ coloca o costume no conceito de Direito quando afirma:

Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder se institucionalizou.

Cappelletti⁶⁴¹ narra que a toda interpretação é inerente um grau de discricionariedade, até de criatividade, e que “toda reprodução e execução varia profundamente, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete” afirmando claramente que “discricionariedade não quer dizer necessariamente

⁶³⁷ WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Trad. Raul Guichard. In: **Direito e justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 14., t. 3., p. 51-75. 2000. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

⁶³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. In: SANTO, Davi do Espírito. PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre teoria da constituição e do estado**. Insular: Florianópolis, 2013.

⁶³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 179-80.

⁶⁴⁰ Afora o costume, em sua obra Calmon de Passos afirma que o Direito relaciona-se com o político, econômico e social: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando o que nos julgamos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 52.

⁶⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 21-4.

arbitrariedade, e o juiz embora inevitavelmente criador do direito, não é um criador completamente livre de vínculos”.

Engisch⁶⁴² desde o Século passado, sobre o argumento do solipsismo, rebateu-o: há aqueles que afirmam que a atuação do juiz é composta pela fase da “descoberta”, onde por meio da sua convicção antevê o julgamento, e só depois passam pela fase da “fundamentação” na qual ampara seu entendimento no ordenamento jurídico, identificando-se dois momentos distintos. Para o autor, essas fases ocorrem simultaneamente, num círculo hermenêutico, e tem na fundamentação seu centro gravitacional. Por meio dela, limita-se entendimentos meramente pessoais e destituídos de alicerce no ordenamento jurídico, aqui entendido não apenas como regra positivada.

Guastini⁶⁴³ trata da discricionariedade judicial com relevante propriedade. Não a reconhece como um fenômeno maligno, mas sim algo indispensável na ciência jurídica. Afirma não há norma sem interpretação, pois somente essa conferirá àquela a sua atribuição de sentido e a construção do Direito no caso concreto. Até o reconhecimento das zonas de luz ou de penumbra dependerão de ato discricionário do Judiciário, sugere o autor.

Engisch⁶⁴⁴ retrata o mesmo histórico, analisando o positivismo no Século XIX e a estrita vinculação do Judiciário ao texto legal. Resume a evolução da regra no Século XX, vislumbrando na atualidade a existência das regras abertas, contendo uma “linha de penumbra”, concedendo discricionariedade e autonomia ao julgador. Müller⁶⁴⁵ reafirma a discricionariedade reconhecendo que há limites na concretização, pois “também as normas fundamentais impõem exigências especiais ao poder do juiz de concretizar a norma”. Nesse sentido o papel “Legislativo” do juiz aparece com maior intensidade nas cláusulas gerais:

Mesmo no campo da habitual certeza em relação aos métodos, uma descoberta de soluções jurídicas assim estruturada e não apenas relacionada à realidade, mas que a trata como parte integrante do teor normativo, revelou-se verdadeira tarefa do juiz. A vinculação a um

⁶⁴² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 85.

⁶⁴³ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 148.

⁶⁴⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 203-8.

⁶⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

ideal tradicionalmente estrito da metódica jurídica ainda leva a Corte Constitucional Federal a fundamentar, sob a perspectiva político-jurídica, o caráter inevitavelmente Legislativo de conceitos abertos, conceitos jurídicos indeterminados e regras jurídicas gerais.⁶⁴⁶

O ordenamento jurídico deve ser analisado na sua dupla função: a função psicológica, concretizada pelo direito objetivo, que se mostra como um mecanismo para criar efetividade na hierarquização de interesses, que se viabiliza por meio da sanção. Ou seja, o direito objetivo cumpre a sua função de regular a atitude das pessoas previamente evitando o conflito de interesses. A segunda função, judicial, que se manifesta na atividade jurisdicional, na resolução do conflito de interesses quando o Judiciário deverá apontar a solução do caso concreto. Nessa função o julgador cria o direito, constrói-o no caso concreto, partindo dos valores e diretrizes que a própria sociedade estabeleceu como parâmetro da sua atuação.⁶⁴⁷

No mesmo sentido Müller⁶⁴⁸ afirma que a sociologia jurídica “vê a influência da norma textual sobre a sociedade jurídica sobretudo da perspectiva da eficácia psicológica e sugestiva da pretensão programática e própria da autoridade”, ou seja, no sentido psicológico afirmado acima

Assim se percebe que o ordenamento jurídico é formado por ideais e valores preestabelecidos – diretrizes para a sociedade e o juiz – e que o julgador vai concretizar (criar) o direito subjetivo mediato dentro dessa moldura.⁶⁴⁹ “Todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais”⁶⁵⁰ por isso não há que se falar em arbitrariedade ou solipsismo.

Ainda sobre a discricionariedade e as liberdades, Tepedino⁶⁵¹ afirma:

Justifica-se a discordância em relação aos autores que defendem a existência de espaços de liberdade insuscetíveis ao controle constitucional, zonas francas de atuação de liberdade privada. As

⁶⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

⁶⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 34.

⁶⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁶⁴⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo**. Disponível em: <http://darcigribeiro.com.br/arquivos/downloads/PERSPECTIVAS_EPISTEMOLOGICAS_DO_DIR_EITO_SUBJETIVO.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁶⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 24.

⁶⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 37.

liberdades privadas são evidentemente garantidas e prestigiadas pelo projeto constitucional, compondo a ordem pública que reafirma a liberdade na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a defesa da solidariedade e da igualdade não pode se restringir ao momento patológico do exercício do direito subjetivo, entrando em cena pontualmente como limite legal e extrínseco a liberdade, contendo-a na forma da lei, em geral a partir do binômio dano-reparação, devendo, ao reverso, informar o conjunto de valores que efetivamente definem o quadro axiológico e, portanto nosso agir em sociedade.

A norma não se resume, portanto, ao texto, mas sim ao seu comando dentro do contexto social, realidade. Assim, Müller⁶⁵² não propõe que se vá além da norma, mas sim além de seu texto. Nas cláusulas gerais esse raciocínio tem especial relevância pois o seu preenchimento deve ir além do texto, mas não além de seu conteúdo.

Nalin⁶⁵³ explica que na utilização das cláusulas gerais será necessário que o juiz construa norma, principalmente pela fundamentação e argumentação, para depois individualizá-la no caso concreto. Não se trata de simples fundamentação, mas sim de uma “fundamentação que localize no sistema jurídico como um todo, dentro ou fora do CC, as matizes sociais que levam à conclusão de se estar diante de um comportamento desconforme” ou conforme a boa-fé, por exemplo. Afirma o autor que haveria discricionariedade se não houvesse fundamentação ou se fosse meramente subsuntiva sem construir a norma para o caso concreto analisado.

Daí se afirmar que não há discricionariedade plena, irrestrita e subjetiva, pois os limites do sistema, pela fundamentação e pelas fontes, bem como do caso concreto sempre devem ser observados, e que serão propostos como parâmetros para o preenchimento das cláusulas gerais, tal como se verá no próximo capítulo.

Cappelletti⁶⁵⁴ ensina que

criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta. [...] Deste ponto de

⁶⁵² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

⁶⁵³ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

⁶⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 26-7.

vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. [...] não é diversa a natureza dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional, ambos constituem processos de criação do direito.

Ou seja, não se está defendendo uma discricionariedade ampla e irrestrita, partindo-se do grau zero, mas sim a construção judicial do Direito no caso concreto a fim de que a função judicial do julgador seja cumprida com resultado. “O Estado constitucional exige um apto para enfrentar com sucesso, em cada caso, a relação paradoxal entre regras e princípios jurídico-constitucionais” não se busca nem um “juiz- regra (hercúleo) nem um juiz-princípio (hidraforme)”, mas sim o que Neves denomina de “juiz lolau”, capaz de “desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade”. Ele está atento ao contexto social, aplica a ponderação com parcimônia, utiliza princípios e regras de forma coerente, imagina sua decisão na unidade do sistema do direito, enfim constrói uma decisão juridicamente consistente e socialmente adequada.⁶⁵⁵ A produção da norma no círculo hermenêutico da compreensão – interpretação – aplicação e ocorre no contexto da tradição onde a subjetividade deve dar lugar ao passado, majoritariamente pelo costume.⁶⁵⁶

Porém, para concretizar esse novo modelo paradigmático de construção do Direito no caso concreto,⁶⁵⁷ necessário se faz legitimar o poder do juiz e dos tribunais a partir de um novo modelo de democracia. O que se busca é a construção de um processo democrático – com liberdade do juiz e participação das partes para se concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito.

⁶⁵⁵ Neves defende a figura do juiz lolau em referência ao personagem na mitologia. Ao concluir a obra, Neves admite que a figura é um tanto improvável, contudo, um ideal a se perseguir. V. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 228.

⁶⁵⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 194.

⁶⁵⁷ Sobre a subjetividade do intérprete e o afastamento da arbitrariedade: SCALISI, Vincenzo. Per una ermeneutica giuridica ‘veritativa’ orientata a giustizia. In: **Rivista di Diritto Civile**. V. 60. N. 6. Nov./Dez. 2014. p. 1249-1271. Milano: CEDAM, 2014.

4 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO PREENCHIMENTO DE CLÁUSULAS GERAIS

Pelo estudo realizado nos capítulos antecedentes, fundamentou-se os pressupostos para a proposta da presente tese. Partindo da constatação da crise pela qual sociedade contemporânea e complexa atravessa, destacou-se o comprometimento do modelo estatal, bem como demonstrou-se que o modelo da democracia representativa perdeu credibilidade nas últimas décadas. Tal crise afetou, e afeta, diretamente a posição do Poder Judiciário que, por meio do acesso à justiça como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, se mostrou como o *locus* de segurança jurídica e pacificação social. Assim, percebeu-se que a voz do cidadão pode ser ouvida e a participação efetiva se dá por meio do acesso à justiça, corolário da participação.

Diante disso, fundou-se a ideia de sistema jurídico unitário, na medida em que na contemporaneidade, não cabe mais falar de partição entre direito e sociedade, direito e política, direito e realidade, pois o sistema jurídico deve apresentar respostas adequadas aos anseios e celeumas sociais, independentemente da existência de lei que regule o fato jurídico. Para isso afastou-se da regra positivada como única fonte do direito, buscando a fusão entre a produção da lei, no Legislativo, e a construção da norma, no Judiciário, chegando, portanto, ao círculo hermenêutico entre interpretação, compreensão e aplicação da norma, na perspectiva gadameriana. Assim, legitimou-se a atuação do Poder Judiciário na construção da norma no caso concreto, na visão mulleriana, para agora adentrar especificamente na temática das cláusulas gerais no Direito Civil contemporâneo, aqui vislumbradas como a porta para permitir a construção da norma no caso concreto a partir do círculo hermenêutico, onde se valoriza a atuação do Judiciário e se constrói a resposta adequada aos anseios sociais.

4.1 CLÁUSULAS GERAIS

A técnica legislativa do direito contemporâneo adota mecanismos e formas mais abertas que permitem maior liberdade ao intérprete, atendendo aos pressupostos acima elencados.

Na linguagem legislativa nos Códigos Civis depois da segunda metade do Séc. XX, percebe-se a adoção de modelos mais abertos, vagos ou elásticos⁶⁵⁸ que ampliam a capacidade interpretativa do julgador afastando-se do método subsuntivo de aplicação da lei.

Nas regras produzidas na década de 70 já é possível constatar algumas cláusulas gerais⁶⁵⁹, constatando-se leis que passaram a abarcar conceitos que buscam o bem comum e a utilidade social, utilizando terminologias científicas, econômicas e industriais, atentas à realidade contemporânea.⁶⁶⁰ Percebe-se portanto a abertura do direito, em especial pelos códigos civis contemporâneos, à realidade onde estão inseridos:

Essas são as *normas abertas*, ou *vagas*, ou, ainda, *enunciados elásticos*, *porosos* ou *dúcteis*, gênero que abrange várias espécies normativas caracterizadas pela ausência, na hipótese legal, de uma pré-figuração descritiva ou especificativa, bem como é singularizada pelo emprego em seu enunciado de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, e dotados, geralmente, de cunho valorativo.

⁶⁶¹

Martins-Costa⁶⁶² conta que o sistema aberto não é tão novo quanto se imagina, pois nos Séculos XII e XIII, no sistema românico-germânico, já se adotava no *corpus*

⁶⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 119.

⁶⁵⁹ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

⁶⁶⁰ Narração de Irti no direito italiano e na realidade do “entre guerras”: “Irrumpen así en el lenguaje Legislativo, por un lado, indicaciones de programas y de resultados deseables para el bien común y la utilidad social; y por el otro, terminologías científicas, económicas, industriales, conexas con los problemas de la edad contemporánea” In: IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992. p. 26.

⁶⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 119.

⁶⁶² MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 47, jun./1992. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 1, p. 473. out./2010.

juris justinianeu um sistema aberto a outros estatutos e microssistemas e se admitia a interpretação baseada em valores metajurídicos, tais como os princípios, ou as regras relativas à *fides* e *bona fides*.⁶⁶³ Ávila⁶⁶⁴ remonta a origem histórica dessa tipagem legislativa à evolução do jusracionalismo, pela insuficiência das regras positivadas e pela necessidade de adequar as decisões ao contexto social da época.

Segundo Martins-Costa⁶⁶⁵, a criação e o desenvolvimento do Direito não tem a lei como limite, as vezes apenas como ponto de partida, e o preenchimento das cláusulas gerais se dá a partir de fatos e fundamentos externos à lei, como ocorre com a boa-fé e os bons costumes. Afirma que a técnica aproxima o “rígido sistema da *civil law* ao da *common law* em razão dos resultados práticos alcançados, apesar da distância entre as fontes, métodos e estruturas que separam os dois sistemas jurídicos”.

Para Nalin⁶⁶⁶ a cláusula geral permite a simbiose entre as normativas constitucional e infraconstitucional sendo uma “técnica para manter todo o sistema aberto e oxigenado”.

Tepedino⁶⁶⁷ vislumbra os conceitos abertos como meio de se concretizar⁶⁶⁸ o direito do indivíduo, expõe que não basta que o sistema jurídico ofereça inúmeros direitos sem lhes conceder o meio de concretizá-los, sendo a técnica das cláusulas gerais uma forma de assegurar maior efetividade à concretização do Direito no caso concreto:

Se o século XX foi identificado pelos historiadores como a *Era dos Direitos*, à ciência jurídica resta uma sensação incômoda, ao constatar sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direitos conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas

⁶⁶³ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

⁶⁶⁴ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26-31.

⁶⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 292.

⁶⁶⁶ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

⁶⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XXI.

⁶⁶⁸ No mesmo sentido: PATTI, Salvatore. L'interpretazione delle clausole generali. In: **Rivista di Diritto Civile**. V. 59. N. 2. Mar./Abr. 2013. p. 263-296. Milano: CEDAM, 2013.

legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos.

Logo, tais conceitos abertos são considerados regras com “janelas” que os julgadores preencherão com critérios éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, comparativos, para a solução mais adequada para o caso concreto.⁶⁶⁹ Pode-se enquadrar nessa modalidade de técnica aberta tanto as cláusulas gerais, quanto os princípios normativos, os conceitos indeterminados e as diretivas⁶⁷⁰, que serão distintos a seguir⁶⁷¹, mas foca-se o objeto da presente especificamente nas cláusulas gerais.

A adoção da metodologia aberta nas legislações contemporâneas tem como origem o BGB alemão de 1896, por meio de uma cláusula geral de boa-fé em seu §242⁶⁷², que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade.⁶⁷³ Pela expressão *Generalklauseln* adotou-se naquele sistema “uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito”, vislumbrando a cláusula geral como sinônimo de norma aberta, indicando gênero, onde se poderiam englobar também os princípios normativos e os conceitos indeterminados, diante da generalidade do conceito proposto.⁶⁷⁴ Busca-se portanto a cláusula geral em sentido próprio ou em sentido estrito, como espécie, como se verá na diferenciação dos demais conceitos abaixo.

Ressalta-se, todavia, que a realidade alemã era diferenciada, já que a separação entre os poderes não se dava de forma tão plena, e a conjuntura

⁶⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 47, jun./1992. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 1, p. 473. out./2010.

⁶⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 120.

⁶⁷¹ V. Item 4.1.2

⁶⁷² Ainda que a doutrina sempre confira ao §242 a principal origem da cláusula geral da boa-fé a sua efetividade só se verificou duas décadas depois da publicação do BGB, quando a Alemanha enfrentou uma grave crise econômica que ocasionou a mudança o posicionamento do Judiciário para uma postura mais ativa. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁶⁷³ MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999. p. 287.

⁶⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 121.

econômica permitia aos juízes a prerrogativa de um papel ativo frente ao legislador na criação do direito.⁶⁷⁵

O BGB de fato foi pioneiro na utilização e teorização da cláusula geral, mas se admite que a boa-fé já existia desde o direito canônico, bem como no código napoleônico.⁶⁷⁶ Tepedino⁶⁷⁷ aponta que além do BGB, a metodologia se funda também no Código Civil Italiano de 1942, sendo que em ambos a doutrina e a jurisprudência demoraram anos para construir modelos interpretativos dos verbetes abertos.

Afora as experiências alemã e italiana, que habitualmente são as mais citadas, também no Código Civil português encontram-se dispositivos em sede de direito obrigacional e responsabilidade civil no modo aberto, bem como a boa-fé como regra de conduta contratual.⁶⁷⁸ Menezes Cordeiro⁶⁷⁹ aponta além das hipóteses da responsabilidade civil e da boa-fé, exemplos também na separação litigiosa. Jorge Junior⁶⁸⁰ aponta outros tantos dispositivos do código português, em especial em matéria contratual, além de outros no código francês.

Os conceitos abertos (genericamente considerados) não indicam positivamente uma conduta permitida ou proibida, mas sim definem “valores e parâmetros hermenêuticos”, servindo como “ponto de referência interpretativo” e oferecem ao intérprete “os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”.⁶⁸¹ Não há “na hipótese legal uma pré-figuração descritiva ou especificativa” capaz de engessar a sua aplicação, sendo que a grande contribuição

⁶⁷⁵ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁶⁷⁶ RÉGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XIX.

⁶⁷⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

⁶⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 187.

⁶⁸⁰ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72-6.

⁶⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XIX.

dessa técnica legislativa aberta reside em propiciar flexibilidade e segurança⁶⁸² ao sistema jurídico ao mesmo tempo em que autoriza o intérprete a adequar a realidade da norma ao caso concreto – ou seja, adequar o texto normativo ao âmbito normativo.⁶⁸³

Partindo-se da ideia de um sistema formado por princípios e regras, *supra*⁶⁸⁴, comparando-se as cláusulas gerais com eles, pode-se afirmar que as cláusulas gerais estão entre os dois conceitos, e podem ser consideradas como “híbridos”, ou seja, são “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”.⁶⁸⁵ Dworkin⁶⁸⁶ já antevia essa possibilidade ao afirmar que quando a regra contém expressões genéricas exige que na sua aplicação utilize-se “princípios e políticas que extrapolam a própria regra” tornando a regra muito próxima ao conceito de princípio.

Perlingieri⁶⁸⁷ afirma que a técnica das cláusulas gerais “significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”, aproximando-se portanto, da ideia da construção da norma prevista na teoria estruturante.

Segundo Martins-Costa⁶⁸⁸, a técnica das cláusulas gerais permite a “ligação intra-sistemática”, em relação às demais normas do Código; a “conexão intersistemática”, em relação à Constituição Federal; e a “extra-sistemática” remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico. Deve-se especial atenção à ligação intersistemática, pela qual os princípios e regras constitucionais serão a tonalidade da decisão judicial, bem como a extra-sistemática, pela qual se levará em conta os usos e costumes de uma certa ambiência social.

⁶⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 130; 127.

⁶⁸³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

⁶⁸⁴ Vide itens 3.1 e 3.3

⁶⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 104.

⁶⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45. No original DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991. p. 28.

⁶⁸⁷ “Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all’interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto” PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 31.

⁶⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99, 118-9.

Pode-se afirmar, então, que a linguagem das cláusulas gerais é porosa e vaga, o que não afeta a sua obrigatoriedade e coercibilidade. No que tange à vagueza, resta diferenciar a vagueza comum da socialmente típica, que interferirão diretamente no modo de interpretar/decidir. A primeira, vagueza comum, não indica sozinha a existência de uma cláusula geral, pois são conceitos que o intérprete deve preencher a partir das regras da experiência. A segunda, por sua vez, impõe o “uso de valorações tipicizantes das regras sociais”⁶⁸⁹ ou seja, o julgador é enviado para fora do sistema jurídico, necessitando da tipologia social para qualificar os fatos.⁶⁹⁰

Assim se verifica que a amplitude de possibilidades que a vagueza socialmente típica impõe à cláusula geral ao mesmo tempo que amplia o poder do intérprete, impõe limites externos que deverão ser levados em conta, e por isso as cláusulas gerais devem conviver com a abertura do sistema de fontes para possibilitar o seu adequado e eficaz preenchimento em cada caso concreto, conforme se verá no item 4.4.2.3 *infra*. Canaris⁶⁹¹ aponta como característica relevante da cláusula geral “estar carecida de preenchimento com valorações” genéricas, mas sim aquelas determinadas em “consideração do caso concreto”. Aponta, ainda, a equidade como caracterização importante, mas sempre vislumbrando o caso.

No cenário do direito civil contemporâneo brasileiro, constitucionalizado e baseado na unidade do sistema acima narrada, a forma pela qual se tornou possível concretizar os valores e princípios⁶⁹², tão caros à nova ordem civil-constitucional, se deu por meio da construção desses novos modelos interpretativos.⁶⁹³ As cláusulas gerais demonstram o culturalismo do autor do código, quando optou por deixar de lado o sistema fechado meramente subsuntivo e adotar um sistema aberto, concedendo

⁶⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 138-9.

⁶⁹⁰ Martins-Costa utiliza dois exemplos que elucidam a afirmação: para a vagueza comum indica o conceito de “animal bravio” ou de “deficiência mental”, já para a vagueza socialmente típica aponta “bons costumes” ou “boa-fé”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 127.

⁶⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 44; 142.

⁶⁹² Sobre as cláusulas gerais serem preenchidas de acordo com os princípios e valores do sistema: PERLINGIERI, Pietro. **Scuole tendenze e metodi**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1989. p. 153.

⁶⁹³ Busca-se na presente tese o estudo das cláusulas gerais de direito material, mas elas também estão presentes no direito processual, apesar de não constarem na delimitação do tema. Para cláusulas gerais processuais v. BEDUSCHI, Leonardo. **A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrência do princípio do acesso à ordem jurídica justa**. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014. e NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. **Cláusulas abertas na lei processual e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2013.

mais liberdade aos operadores do Direito por meio da interpretação⁶⁹⁴, tendo como eixo central os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.⁶⁹⁵ O próprio Reale⁶⁹⁶ admite ao comentar a eticidade na lei de 2002 que “a opção por *normas genéricas* ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais”.

A técnica legislativa adotada pelo Código Civil de 2002 opta por mesclar a técnica regulamentar das regras, com os conceitos menos estáticos e mais abertos, o que, conseqüentemente, indica o preenchimento de tais conceitos pelo Poder Judiciário em cada demanda sob a sua análise.

Como já demonstrado no item 3.2, o Direito Civil passa a ser reconstruído diante da nova realidade civil-constitucional, e a adoção das cláusulas gerais se mostram como uma técnica hermenêutica⁶⁹⁷ para permitir que o julgador adequue a lide e os resultados advindos da sua resolução para além do interesse das partes, mas buscando também a harmonização dos interesses coletivos e a pacificação social.

A sistemática civil-constitucional permite ao intérprete maior conexão com o caso concreto, propiciando a tópicidade, mas também o liga à posição de centralidade da Constituição no sistema de fontes, bem como sujeita-o a aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Não se trata aqui de deixar o seu preenchimento totalmente livre, como já afirmado, estimulando atitudes solipsistas do Judiciário, mas sim, segundo Tepedino⁶⁹⁸, de permitir uma jurisprudência de valores comprometida com as opções valorativas da sociedade. Müller⁶⁹⁹ também afirma que as cláusulas gerais contêm ao menos referências éticas e sociais que permitem uma concretização segundo esses critérios extrajurídicos de aferição.

⁶⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9-11.

⁶⁹⁵ Tal como item 3.2 *supra*

⁶⁹⁶ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808/2003, p. 11-19. fev./ 2003.

⁶⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

⁶⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XIX.

⁶⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IV.

Sobre o sistema aberto Moraes⁷⁰⁰ afirma:

A progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento.

Moraes⁷⁰¹ explica que a centralidade dos princípios constitucionais bem como a atitude da doutrina e da jurisprudência em relação à eles são fenômenos próprios do Estado Democrático de Direito.

As cláusulas gerais, bem como os princípios, tiveram a responsabilidade da mudança paradigmática do Código Civil de 1916 para o de 2002, que, conforme já explanado, deixou de ser patrimonialista e focado na propriedade, para buscar os princípios da socialidade e da eticidade, voltando-se ao indivíduo e à sociedade coletivamente considerada.⁷⁰² Desde a exposição de motivos do projeto de Código Civil, Reale reafirma a busca pela eticidade, socialidade, operabilidade e sistematicidade, sendo as duas primeiras de absoluta relevância para o primado da responsabilidade social da lei, pelo que se permite a sua adequação à sociedade, à cultura, aos valores e padrões em estar inserida a norma. Assim, a nova técnica de legislar abre a lei, considerada como regra, aos reflexos sociais e culturais do momento da sua “aplicação”.⁷⁰³

Tepedino⁷⁰⁴, por sua vez, defende que a adoção da técnica das cláusulas gerais “evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade”, já que o legislador não consegue, nem conseguirá, acompanhar as modificações sociais

⁷⁰⁰ MORAES, Maria Celia Bordin de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação do princípio constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁷⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

⁷⁰² MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 122.

⁷⁰³ REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10.

criando suportes fáticos suficientes para a aplicação da lei. Contudo o autor faz duas críticas pontuais: entende que o Código Civil adota a metodologia das cláusulas gerais em muitas poucas oportunidades, além de entender que a adoção dessa técnica deve estar precedida da fixação de critérios interpretativos voltados, no caso brasileiro, ao atendimento dos preceitos constitucionais, ou seja, entende que haveria necessidade de incluir junto com as cláusulas gerais critérios para a sua aplicação, tais como normas descritivas de valores. Tais críticas precederam a publicação do texto codificado e, admite-se que a própria evolução da doutrina conseguiu fixar tais critérios interpretativos, em especial pela admissão do fenômeno da constitucionalização acima narrado.

Contudo, a nomenclatura das cláusulas gerais não é unânime, merecendo considerações da doutrina de Engisch, que trata do gênero “conceitos indeterminados”, bem como da doutrina nacional, tendo como ícone Martins-Costa, que adota o termo “cláusulas gerais”, diferenciando-o de princípios e conceitos indeterminados.

Engisch⁷⁰⁵ elucida os significados dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais, que por vezes coincidem ou não com a nomenclatura utilizada na doutrina brasileira e que será a adotada no presente estudo.

Conceitos indeterminados, segundo o autor, são dotados de uma incerteza em seu conteúdo e sua extensão. É característica dos conceitos jurídicos a sua indeterminabilidade, pois mesmo a regra primária que se resolverá pela subsunção dependerá de um preenchimento de seu conteúdo. Reconhece nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual, onde se percebe a clareza do conteúdo e extensão do conceito; e um halo conceitual, onde há incerteza e dúvida no seu preenchimento. Ou seja, a maioria das regras jurídicas é composta por verbetes, indeterminados, que necessitam de um preenchimento na prática, tal ocorre como o conceito de “sossego noturno”, “escuridão” ou “perigo” indicados como exemplos pelo autor.

Os conceitos normativos em sentido estrito são reconhecidos como uma classe de conceitos indeterminados. O autor indica que a normatividade dos conceitos está

⁷⁰⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 208.

sempre presente, pois reconhece que o conceito jurídico é um componente da norma jurídica. Opõe-se, portanto, o conceito normativo em sentido estrito ao conceito descritivo⁷⁰⁶. O conceito normativo depende de uma valoração do intérprete dentro do sistema em que está inserido. Por exemplo o verbete “coisa alheia” demanda um raciocínio acerca das normas sobre propriedade, pois para definir o que significa a coisa do outro necessito determinar juridicamente quem é o proprietário. Da mesma forma, indica como exemplo o verbete “indigno” que da mesma forma precisa de um raciocínio jurídico para se preencher.

Conceitos discricionários, por sua vez, podem ser um *plus* aos conceitos indeterminados e normativos acima descritos. A ideia da discricionariedade para o autor parte da liberdade do juiz ou do administrador a partir de uma valoração pessoal ao conceito. Podem ser analisados pela pluralidade de escolhas ou de sentidos, ou seja, o mesmo conceito admite interpretações distintas, ambas válidas, mas em diferentes sentidos. A opção entre elas é discricionária. Ou seja, neles se pode identificar um espaço livre, onde a escolha deve se dar diante várias possibilidades.⁷⁰⁷ Contudo, não se deve entender essa liberdade como plena, pois o autor afirma que a escolha deve se dar dentro das possibilidades antevistas (conforme o direito), ou seja, possibilidade jurídica, permitindo, inclusive, um juízo valorativo. Reiterando o conceito de discricionariedade acima exposto⁷⁰⁸, não há uma liberdade plena do intérprete, mas sim uma vinculação ao ordenamento como um todo e os limites do caso concreto. O exemplo utilizado pelo autor para tal conceito reside na valoração do dano moral.⁷⁰⁹

O conceito de cláusula geral é entendido como “multissignificativo”. Contrapondo-se à técnica da casuística, não possuem em seu texto uma descrição que permita a perfeita subsunção. Ao contrário, é “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.⁷¹⁰ O mais relevante, segundo o autor, é a capacidade

⁷⁰⁶ Como exemplo de conceito descritivo Engisch aponta os verbetes “morte” e “homem” que pelas regras da experiência serão preenchidos sem a necessidade de se recorrer ao sistema de normas, moral, ou qualquer outro. V. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 211-2.

⁷⁰⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 217.

⁷⁰⁸ V. Item 3.4 *supra*

⁷⁰⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 214-28.

⁷¹⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 229.

dessa técnica legislativa de abarcar uma vasta gama de situações fáticas, dada a sua generalidade.

A maior relevância desses verbetes é o reconhecimento que o seu preenchimento depende da valoração do julgador, devendo-se não apenas aplicar a lei, mas sim construir a valoração do conceito no caso concreto aproximando a figura do intérprete ao do legislador.⁷¹¹

A doutrina brasileira adota uma nomenclatura semelhante a de Engisch para as cláusulas gerais, mas distinta no que se refere aos conceitos indeterminados. Diante da coincidência do conceito de cláusula geral será esse o verbete adotado na presente tese, entretanto mister se faz elucidar os posicionamentos da doutrina brasileira, liderados nesse tópico por Martins-Costa.

Como se viu, a vagueza se mostra como principal característica da cláusula geral, pois ao contrário do método da casuística, no qual impera a descrição e a tipificação de condutas, a linguagem das cláusulas gerais é “particularmente vaga ou porosa” concedendo maior liberdade ao aplicador da norma.⁷¹²

Contudo essa abertura e vagueza não está presente apenas nas cláusulas gerais em sentido próprio, ou propriamente ditas, mas também se verifica nos conceitos jurídicos indeterminados e nos princípios, pelo que se deve diferenciá-los, aparecendo aqui algumas distinções dos verbetes utilizados por Engisch.

Segundo Barbosa Moreira⁷¹³ os conceitos jurídicos trazem em si uma indeterminabilidade, considerando que nem sempre o legislador se utiliza de perfeita técnica de linguagem jurídica para permitir a perfeita e imediata subsunção. Especialmente quando aponta os conceitos juridicamente indeterminados, exemplificando hipóteses desde o Código Civil de 1916, quando o juiz necessitará utilizar as regras da experiência para preenchê-los. Afirma o autor que nessa espécie

⁷¹¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 208.

⁷¹² Segundo Martins-Costa sobre o método da casuística que implicará na mera subsunção narrada no capítulo antecedente: “nas regras casuísticas há uma prevalência do *elemento descritivo*, ocorrendo, por isso, uma *tipificação de condutas* no próprio texto legal. Relativamente a tais dispositivos, haverá, é óbvio, a necessidade de interpretação, a que estão sujeitos todos os textos normativos, pois toda linguagem enseja o trabalho do intérprete. Mas este encontrará no texto a ser interpretado um detalhamento dos elementos a serem considerados, tendo ocorrido uma espécie de *pré-figuração*, pelo legislador, do *comportamento marcante*, a ser levado em conta, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade.” V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 130-3.

⁷¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979. p. 609-10.

normativa “abre-se ao aplicador da norma certa margem de liberdade”⁷¹⁴ apontando, desde logo que não se deve confundir essa liberdade com discricionariedade.

Os conceitos indeterminados possuem a descrição do fato que a norma pretende tutelar, e a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa⁷¹⁵, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução está, por assim dizer, predeterminada”⁷¹⁶. Ou seja, há interpretação por parte do julgador no processo de concretização da norma, “determinando a hipótese legal com base nas regras de experiência”⁷¹⁷ mas a consequência já está fixada na própria estrutura normativa.⁷¹⁸

Para Ávila⁷¹⁹, reiterando a conclusão de Barbosa Moreira:

A distinção entre conceitos indeterminados e cláusula geral é ainda mais delicada. Pode-se, na esteira de ENGISCH, afirmar que o significado de cláusula geral reside no setor da técnica normativa, ao passo que a definição dos conceitos indeterminados liga-se à estrutura normativa. [...] Evidencia-se que são, ambos fenômenos da linguagem vaga, que se inserem na dinâmica jurídica, requerendo atividades valorativas do aplicador. Distinguem-se, ainda, pela margem de liberdade do aplicador e pelos efeitos jurídicos. Nas cláusulas gerais, o aplicador, pela vagueza da hipótese normativa e pela indefinição das consequências, possui possibilidade de optar, segundo uma série de valores sistemáticos e problemáticos, tanto pela incidência de normas sobre determinadas circunstâncias de fato, como pela escolha dos efeitos jurídicos dessa regulação. Nos conceitos jurídicos normativos de valor, a margem de apreciação valorativa circunscreve-se, na mesma intensidade, sobre o preenchimento da pauta carecida de conteúdo de sentido, mas inexistente quanto à escolha dos efeitos já determinados pelo ordenamento jurídico. Por isso a distinção quanto à eficácia normativa.

⁷¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979. p. 610.

⁷¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 47, jun./1992. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 1, p. 473. out./2010. p. 4.

⁷¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979. p. 613.

⁷¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 142.

⁷¹⁸ Uma acepção um pouco mais ampla de conceito indeterminado é defendida por Marques em: MARQUES, Claudia Lima Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? In: **Doutrinas essenciais de Direito Empresarial**. v. 7., p. 481-528., Dez. 2010. São Paulo: RT, 2010.

⁷¹⁹ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 436-7.

Portanto, os conceitos jurídicos indeterminados, apesar de conterem uma indeterminabilidade em seu conteúdo não permitem tanta liberdade na construção da solução quanto as cláusulas gerais. Eles também carregam grau de subjetividade, contudo indicam, de antemão, a consequência de seu descumprimento.

Logo, a diferença não está na linguagem, mas sim na estrutura e eficácia normativa.⁷²⁰ Nos conceitos indeterminados a estrutura normativa está completa, sendo formada pela “hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência pré-determinada”. Já as cláusulas gerais “são estruturas normativas parcialmente em branco” que devem ser construídas pelo intérprete numa “operação intelectual mais complexa” ao adicionar a consequência devida, consequência essa que deve ser “completada por meio de referências às regras extrajurídicas ou a regras dispostas em outros loci do sistema jurídico”.⁷²¹

Assim, a concretização da cláusula geral

exige, conseqüentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusula geral (embora sejam por ela indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretivo ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta.⁷²²

Verifica-se, portanto, a identidade entre o conteúdo das cláusulas gerais para Engisch e para os doutrinadores brasileiros aqui citados, e justifica-se por isso a adoção da cláusula geral como objeto delimitador da presente pesquisa. Percebe-se que para Engisch⁷²³ os conceitos indeterminados contrapõem-se aos determinados, e os normativos, aos descritivos, além de poder se enquadrar nos normativos e indeterminados também a multifacetada cláusula geral, que concede liberdade ao intérprete na sua construção. Por aqui, há a configuração de regras que se aplicam pela simples subsunção, e de outras regras que dependem de um grau de

⁷²⁰ Menezes Cordeiro sequer vislumbra uma necessária relação de implicação entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados. V. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

⁷²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 143.

⁷²² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 143.

⁷²³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 228.

discricionariedade do julgador, em menor grau os conceitos jurídicos indeterminados e em maior grau as cláusulas gerais.

Assim, na hibridez da cláusula geral, sua significação no contexto alemão e na realidade brasileira, percebe-se a liberdade do julgador para concretizá-la no caso concreto.⁷²⁴

Diante disso, resta demonstrado, além da distinção entre conceitos indeterminados e cláusula geral, que nesta há a necessidade da construção da norma de decisão tal como preceitua a teoria estruturante, bem como o círculo hermenêutico entre direito e realidade para se concretizar uma consequência de acordo com a sociedade em que o caso está inserido.

Por sua vez, tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos indeterminados não se confundem com princípios. Esses, considerados como normas com uma função diretiva, que conduzem a padrões interpretativos e reguladores de conduta.⁷²⁵ Aquelas são regras, de conteúdo semântico aberto, ao menos parcialmente, por vezes mas não de modo obrigatório, trazem em seu conteúdo um princípio a ser respeitado. As cláusulas gerais portanto podem conter um princípio, ou ser concretizada por outro, mas com ele não se confunde pois são “institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo”.⁷²⁶

Os princípios atuam sobre todo o sistema normativo, dando-lhes sentido, fundamento e valor, ao passo que as cláusulas gerais “são instrumentos valorativos concretos, em algum período histórico delimitado”, e atuam como mecanismo de eficácia por meio do qual se concretizam os valores normativos e sociais.⁷²⁷ As cláusulas gerais são texto que pode servir de suporte a uma regra⁷²⁸, ou melhor, da criação da norma. Princípios podem preencher as cláusulas gerais pois: “qualquer

⁷²⁴ No mesmo sentido PERLINGIERI, Pietro. **Scuole tendenze e metodi**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1989. p. 166.

⁷²⁵ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70.

⁷²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

⁷²⁷ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito**: o ensino jurídico no limiar do novo século. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

⁷²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

instituição jurídica possível de ser subordinada com necessidade absoluta a um conceito jurídico hierarquicamente superior e mais genérico”.⁷²⁹

Cicconetti⁷³⁰ ao comentar a possibilidade da revisão constitucional na Itália afirma a superioridade de princípios designados como supremos pela Corte constitucional daquele país desde julgados da década de 80. Apesar de admitir a revisão constitucional por ato da Suprema Corte, reconhece-se naquele contexto princípios que não podem ser suprimidos, nem por lei nacional nem por decisão no bloco regional da União Europeia. Dessa informação enfatiza-se duas conclusões: a possibilidade da corte italiana proceder a revisão constitucional, porém limitada à verificação de princípios supremos, importa em elevar a interpretação principiológica a um nível superior; e também, que o controle do fechamento do sistema não ocorre mais em sede legislativa do Parlamento, mas sim no bojo da corte judicial.⁷³¹

Refuta-se a ideia que apenas os princípios seriam suficientes para solucionar o caso concreto, sendo desnecessárias as cláusulas gerais. Conforme exposto no item 3.1, o sistema do direito, unitário, é composto por princípios e regras, precipuamente, mas também de híbridos, tais como as cláusulas gerais. Assim, as cláusulas gerais são uma realidade inafastável, cabendo a discussão sobre como preenchê-las, diante da constatação de que o Judiciário, em especial o STJ apontado no item 4.3, não está logrando êxito nesse mister. Assim, os princípios servem como um parâmetro para que construa uma decisão calcada na unidade e coerência do ordenamento jurídico.

A realidade do Estado Democrático de Direito redundou nas garantias da liberdade do indivíduo:

O Estado de Direito conjugou, em formas originais em relação a qualquer outra civilização, a necessidade de ordem e segurança, que está no centro da vida política, com a reivindicação, muito forte no interior das sociedades complexas, das liberdades civis e políticas. A invenção do ‘direito subjetivo’ como expressão jurídica da liberdade

⁷²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. II.

⁷³⁰ CICCONE, Stefano Maria. A revisão constitucional na Itália: competência e limites In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.). **A Constitucionalização do direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 21.

⁷³¹ CICCONE, Stefano Maria. A revisão constitucional na Itália: competência e limites In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.). **A Constitucionalização do direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. p. 24.

individual é, além de indubitável eficácia das técnicas de diferenciação de poder, a chave de sua originalidade e sucesso.⁷³²

Talvez tamanha confusão ainda faça a doutrina brasileira por estarem os princípios basicamente positivados no ordenamento. Porém o fato de estar positivado não transforma um princípio em regra, pois, afinal, a sua concretização ainda dependerá da arquitetura interpretativa para definir o seu significado e aplicabilidade numa dada sociedade em um dado momento histórico.

Em sede contratual, Tepedino destaca ao menos quatro princípios fundamentais, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, o valor da livre iniciativa, a igualdade substancial e a solidariedade social⁷³³ que ocasionaram mudanças expressivas na autonomia da vontade, em especial nas relações de consumo, considerando que esses princípios foram trazidos ao Código de Defesa do Consumidor como o equilíbrio das prestações e da vulnerabilidade.^{734 735}

Importa ressaltar que princípios e cláusulas gerais não são idênticos, tendo cada qual a sua aplicação e serventia no ordenamento. Apesar de postulados genéricos e carregados de subjetividade, não estão no mesmo patamar.

Os princípios, como visto acima, carregam conteúdo subjetivo, um valor, e reenviam o intérprete à realidades valorativas. Importa ressaltar que os princípios normativos estão positivados, mas outros tantos dos princípios gerais do Direito não constam de qualquer regra e nem por isso deixam de ser princípios ou têm sua normatividade questionada.⁷³⁶

As cláusulas gerais, por sua vez, reenviam o intérprete a outros espaços do ordenamento ou a *standards valorativos*, mas não é obrigatório que contenham valores em seu conteúdo. Ou seja, a cláusula geral é uma regra, pois há a necessidade de estar positivada sob pena de gerar insegurança jurídica, e em seu conteúdo pode ou não haver a indicação de um princípio, portanto a primeira diferença entre princípio e cláusula geral está na normatização. Os princípios residem na

⁷³² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51.

⁷³³ Conforme artigos 1º., III, IV; 3º., III, I, respectivamente, todos da Constituição Federal.

⁷³⁴ Conforme artigos 4º., I, III; 51, IV; 51, § 1º., III; todos do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90.

⁷³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: **Temas de direito civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

⁷³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 151-3.

abstração (estando ou não positivados) e a cláusula geral é uma técnica legislativa que será concretizada apenas no caso concreto, daí a importância da tópica.⁷³⁷

Por conseguinte, conceituam-se as cláusulas gerais como “instrumentos operativos em razão dos quais a solução, dada pelo Direito, fica aberta e condicionada ao plano concreto de aplicação, segundo os valores normativos e sociais do momento de realização do processo”.⁷³⁸ Resta claro que possuem em seu conteúdo conceitos abertos, eivados de indeterminabilidade e vagueza, que permitem ao juiz/intérprete uma liberdade bastante extensa em seu preenchimento e suas consequências. Possibilitam a construção do Direito e de seus resultados em cada caso concreto, possibilitando assim uma solução mais justa e adequada para cada lide que se apresentar ao Judiciário.

Assim, resta o conceito de cláusula geral como

uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico, a qual é dirigida aos juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, a vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.⁷³⁹

Percebe-se, portanto, a abertura do sistema do Direito para atender a realidade social em que está inserido, gerando a adequação da resposta jurisdicional. A ampliação dos poderes do julgador é uma constante quando se trata dessa técnica legislativa.

Didaticamente, Menezes Cordeiro⁷⁴⁰ distingue as cláusulas gerais em três tipos: restritivo, regulativo e extensivo. As primeiras, restritivas, operam “contra uma série de permissões singulares, delimitando-as” tal como ocorrem com as restrições

⁷³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 155.

⁷³⁸ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito**: o ensino jurídico no limiar do novo século. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 432.

⁷³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 303.

⁷⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1184.

às liberdades contratuais que outrora eram amplas e atualmente são limitadas, ou seja, delimitam liberdades ou condutas. As segundas, regulativas, são independentes e “não se ordenam em outras disposições”, regulando um vasto domínio de casos. E, por fim, as últimas, extensivas, ampliam uma determinada regulação possibilitando a aplicação de princípios e regras dispersos no ordenamento, ou até mesmo em legislações ou tratados internacionais.

Trazendo essa divisão para a realidade do sistema jurídico brasileiro, unitário, em especial depois da década de 80, percebe-se a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais conforme as espécies acima pelos artigos 421, 422 do CC, na primeira espécie, quando restringem à liberdade contratual à boa-fé ou à função social; artigos 186 e 927 do CC na segunda, ampliando a responsabilidade civil por culpa; e o art. 7º. do CDC na terceira, quando admite a aplicação de convenções e tratados internacionais, bem como de outras leis e regulamentos, princípios gerais do Direito, analogia costumes e equidade. Especialmente a pluridimensional boa-fé “desempenha funções normativas de concretização reguladora, de integração e também de delimitação”.^{741 742}

Reconhece-se que qualquer das espécies são postulados genéricos, de grande abertura semântica, com consequências distintas, mas em todas percebe-se, na sua aplicação uma ampliação dos poderes do julgador ao construir respostas adequadas. A construção das respostas são progressivamente vislumbradas pela jurisprudência.⁷⁴³

Tais cláusulas gerais, permitem a adequação da regra positivada ao caso concreto e a construção de uma decisão que corresponda não apenas aos anseios da parte, mas também às necessidades sociais e coletivas vislumbradas no momento do julgamento. A adequação aos princípios constitucionais e aos costumes, obrigatoriamente, devem representar uma preocupação constante do julgador.

⁷⁴¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

⁷⁴² Sobre a boa-fé no direito do consumidor v. RÉGO, Nelson Melo de Moraes. Da boa-fé objetiva de direito do consumidor e outros estudos consumeristas. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 299.

4.2 ABERTURA DO DIREITO CIVIL POR MEIO DAS CLÁUSULAS GERAIS

No cenário contemporâneo narrado no presente estudo constatou-se que a complexidade e a velocidade das relações sociais atuais exigem que o sistema jurídico se adeque para atender as novas necessidades sociais. Verificou-se que a legislação positivada não é a única fonte do Direito, que o modelo subsuntivo não pode ser o único a ser utilizado na concretização da norma no caso concreto, bem como que o acesso à justiça é meio de participação e concretização dos direitos dos cidadãos. Diante disso, demonstrou-se que a interpretação/compreensão/aplicação do Direito deve ocorrer num círculo hermenêutico para propiciar a adequada prestação jurisdicional.

Nesse contexto, as cláusulas gerais presentes no ordenamento civil têm a função de abertura e mobilidade do sistema jurídico, permitindo a sua constante ressystematização.^{744 745}

Pode-se considerar as cláusulas gerais como a autorização do Legislativo⁷⁴⁶ para permitir maior liberdade ao Judiciário para a adequada construção da norma. Silva⁷⁴⁷ é expresso nesse sentido ao afirmar que “o legislador ao valer-se de *conceitos indeterminados*” transfere “ao Poder Judiciário a tarefa de complementação do sentido da norma” e Martins-Costa⁷⁴⁸ resume:

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no *corpus* legislativo de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a ‘adequação valorativa’

⁷⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 158.

⁷⁴⁵ Em sentido contrário: “Em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os princípios resgatam o mundo prático, não parece recomendável – em um adequado ‘cuidado constitucional’ – que o Código Civil reintroduza, no direito, cláusulas que autorizem o juiz – solipsisticamente – a ‘colmata lacunas’ ou incompletudes legislativas, a partir da ‘descoberta’ de valores que estariam em uma metajuridicidade” V. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

⁷⁴⁶ Nesse sentido entendendo que a cláusula geral é uma abertura do Poder Legislativo ao ativismo judicial: POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14, n. 14, p. 210-230. jul./dez. 2013.

⁷⁴⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

⁷⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 158.

do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização).

Na medida em que as cláusulas gerais carregam em sua estrutura a vagueza tal como explicitado acima, é possível que por meio da sua utilização o juiz possa “produzir normas”⁷⁴⁹, adequando a norma à realidade e à necessidade da situação litigiosa.

Segundo Müller⁷⁵⁰ quando trata da lógica da ciência jurídica, a concretização do direito aparece de forma significativa no preenchimento das cláusulas gerais no Direito Civil, afirmando que no caso delas, a concretização se torna necessária, bem como difícil em grau mais elevado.

Segundo Jorge Junior⁷⁵¹ as cláusulas gerais “afirmam o objetivo de dotar o *sistema* de normas com característica de *mobilidade*, que propiciem *abertura* ao ordenamento jurídico” podem inclusive evitar “a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica”.

Por meio dessa abertura permite-se a realização de um novo sistema de fontes, pois como preceitua Perlingieri⁷⁵² a unidade do ordenamento não exclui nem a pluralidade nem a heterogeneidade das fontes, pelo que se deve abrir a interpretação para os elementos externos.

Surge dessa situação a conexão entre os parâmetros agora propostos, pois a abertura do sistema por meio das cláusulas gerais há a necessidade de partir do próprio caso concreto e de seus limites, conforme preceitua a tópica, buscando-se a fundamentação no sistema, necessariamente na abertura do sistema de fontes, fazendo incluir não apenas a regra positivada, mas também a doutrina, os tratados, o

⁷⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 158.

⁷⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IV.

⁷⁵¹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

⁷⁵² “L’unitarietà dell’ordinamento non esclude la pluralità e l’eterogeneità delle fonti: questa pluralità trova il suo momento unificante nell’ordinamento che concorre a produrre. [...] là dove si spazio ad un pluralismo di entità decentrate e autonome che non si esauriscono nello Stato [...] e che legiferano in virtù di un potere proprio, si produce un pluralismo di fonti.”. V. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 15.

costume, sempre lidos à luz dos preceitos constitucionais e utilizados na medida da prudência do julgador.

Tepedino⁷⁵³ defende que a adoção do modelo aberto deve ser precedido de um aplicador inserido no atual contexto civil-constitucional, considerando que a aplicação da lei pela regra da subsunção e o reconhecimento de direitos subjetivos absolutos são conceitos superados e não traduzem as expectativas dos civilistas contemporâneos.

Na aplicação das cláusulas gerais ao construir a norma os argumentos do julgador devem partir do caso concreto de forma fundamentada sob dupla forma:

Deve o julgador estabelecer a correlação *in abstracto* entre os deveres previstos de modo vago no enunciado (comumente pelo reenvio a princípios), buscando na tipologia social a descrição dos deveres que seriam exigíveis em vista da situação concreta, para o fim de especificar, ainda *in abstracto*, o comportamento devido; e, num segundo passo, deve estabelecer entre o fato concreto (comportamento, circunstâncias objetivas e subjetivas), e os deveres já então especificados, a relação de correspondência, definindo, também, a consequência jurídica. Na verdade a conduta é indicada de forma genérica. Ao complementar a norma, o julgador fará a especificação, que será definitiva para o caso concreto e indicativa (e, nesse sentido instável), para os casos similares.⁷⁵⁴

Não há a obrigatoriedade da cláusula geral conter em seu conteúdo um princípio, ainda que isso se verifique muitas vezes. Ademais, não está o intérprete limitado ao princípio, pois ao preencher o conteúdo deve adequá-lo também aos costumes, tratados, comportamento entre as partes e tudo mais que possa contribuir para a conduta que seria esperada, para então depois construir a norma como consequência do preenchimento abstrato, ao impor determinada obrigação ou penalidade para a parte litigante.

Obviamente o papel do julgador assume especial relevância nesse novo modelo, e “deve-se formar uma classe de juristas, adequadamente preparada para

⁷⁵³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

⁷⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 156.

tais obrigações, capazes de construir uma jurisprudência avaliativa, atenta às consequências das decisões”.⁷⁵⁵

A responsabilidade da jurisprudência preceituada por Martins-Costa como pressuposto metodológico do Código de 2002, está manifestada na adoção da técnica das cláusulas gerais⁷⁵⁶ e para que essa técnica seja eficaz é necessário buscar o preparo e a responsabilidade do Poder Judiciário.⁷⁵⁷ Wilburg⁷⁵⁸ quando defende o sistema aberto, em especial no direito civil, afirma que “a conformação móvel parece, todavia, aumentar a responsabilidade o juiz”.

Nessa esteira, a eticidade refletida desde a base do Código Civil, busca a formação e responsabilidade do julgador, tal como fez Aristóteles ao estabelecer a ideia de *phronesis*. Não se trata assim de legitimar um poder arbitrário, pessoal ou subjetivo, mas sim de “um saber prudencial”⁷⁵⁹ que aproxima o intérprete do caso e da realidade, com responsabilidade e prudência no sentido de alcançar a pretensão das partes e os reflexos sociais que são esperados de suas atitudes.

Trata-se da prudência do julgador que é conceituada como ética da situação.⁷⁶⁰ Ao mesmo tempo, essa prudência do julgador deverá conduzir a uma resposta adequada ao caso concreto para solucioná-lo de forma justa, transformando o Direito (amplamente considerado: lei, princípios, direito natural, etc.) em norma (solução prática) que satisfaça a necessidade das partes em litígio.

Segundo Menke⁷⁶¹:

Na realidade, a concreção das cláusulas gerais exige do julgador uma fina sensibilidade jurídica e social para captar os valores vigentes sem desbordar para o voluntarismo e para o arbítrio. Como se viu, na

⁷⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 4.

⁷⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 117.

⁷⁵⁷ V. 4.4.2.2 infra

⁷⁵⁸ WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Trad. Raul Guichard. In: **Direito e justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 14., t. 3., p. 51-75.** 2000. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

⁷⁵⁹ SILVA, Dimas Salustiano da. Tópica, analítica e direito: reflexões para o jurista contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1994. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9376/6470>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87.

⁷⁶¹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

concreção, desaparece o denominado encurtamento da necessidade de fundamentação da decisão, e clama-se cada vez mais pela motivação racional.

Ainda que se verifique a abertura do sistema jurídico por meio das cláusulas gerais, não deve ser um estímulo à decisões sem fundamentos, nem sequer sem vinculação ao caso concreto. Assim, para se evitar eventual “insegurança jurídica na aplicação das cláusulas gerais”⁷⁶² necessário observar que a decisão que as concretiza pode ser controlada por razões formais, no caso de incompetência do julgador ou falta de fundamentação, ou ainda por razões substanciais, como por exemplo no caso da sua má compreensão.⁷⁶³

Conclui-se que somente um julgador suficientemente prudente pode assumir esse novo papel refletindo não só sobre a juridicidade da sua decisão no cenário do Estado Democrático de Direito, mas também os efeitos dela na sociedade e na vida das pessoas. Dito de outro modo, as cláusulas gerais concedem liberdade ao intérprete para construir a norma ao caso, contudo deverá fazê-lo de modo coerente e prudente para que a resposta estatal seja adequada e juridicamente fundamentada.

4.3 A POSIÇÃO DO STJ NO PREENCHIMENTO DAS CLÁUSULAS GERAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL

Tendo em vista a necessidade de verificar como a jurisprudência pátria se posiciona sobre os temas ventilados na presente tese, buscou-se um método de pesquisa empírica para possibilitar a comprovação das alegações aqui vislumbradas. Optou-se pela análise de conteúdo.

Sobre a metodologia utilizada na pesquisa, a análise de conteúdo resume-se em um método surgido e aprimorado ao longo do Século XX, como uma forma de pesquisar quanti e qualitativamente discursos e textos advindos das ciências humanas, especialmente da psicologia, da sociologia e de investigações políticas.⁷⁶⁴

⁷⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

⁷⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

⁷⁶⁴ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 19-31.

Demonstram-se como objetivos da metodologia da análise de conteúdo a superação das incertezas e o enriquecimento da leitura⁷⁶⁵, sendo que ambos afastam a simples opinião pessoal do leitor de um determinado texto e permitem que as conclusões sejam extraídas do conteúdo do próprio texto, na medida em que fornece critérios para a extração de elementos.

Esclarece-se que a análise de conteúdo pode ser aplicada a qualquer forma de comunicação, seja escrita ou verbal, e apresenta duas funções primordiais: “uma *função heurística* e uma *função de administração da prova*”⁷⁶⁶, pois ao mesmo tempo em que enriquece a exploração do texto, permite a sua descoberta (primeira função) e também propicia a comprovação de hipóteses preliminares por meio da análise categorial (segunda função).

Portanto, conceitua-se análise de conteúdo como:

um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens.⁷⁶⁷

Assim é possível no binômio análise do texto + inferência do conteúdo demonstrar se o texto analisado corresponde ou não às variáveis escolhidas. Não se trata portanto da leitura do texto com conclusões subjetivas e individuais, mas sim da comprovação quantitativa e, se possível, qualitativa do conteúdo que o próprio texto demonstra.

Deixar o texto falar por ele próprio, como prevê a análise de conteúdo, combina mormente com a perspectiva gadameriana utilizada na presente tese, bem como com a linha de pesquisa na qual ela se desenvolve. Segundo Gadamer⁷⁶⁸:

Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento,

⁷⁶⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 35.

⁷⁶⁶ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 35.

⁷⁶⁷ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 48.

⁷⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 405.

mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.

Nessa medida, a intenção com a escolha dessa metodologia, alinhada às teorias utilizadas na pesquisa, reside em demonstrar como as decisões judiciais não atendem aos parâmetros propostos na presente tese, nem ao menos a nenhum outro com regularidade, que possa assegurar a adequada construção da norma no caso concreto.

Cronologicamente a análise de conteúdo se dá em três polos: a pré-análise, a exploração do material e, por último, o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação.⁷⁶⁹

Na primeira fase, pré-análise, procedeu-se a escolha dos documentos a serem estudados, a formulação das hipóteses e dos objetivos bem como elaborou-se os indicadores que fundamentam a interpretação final. Na segunda fase explorou-se propriamente o material selecionado na primeira fase e, por fim, elaborou-se as tabelas estatísticas com as consequentes interpretações que se passa a expor.

Após a “leitura flutuante”⁷⁷⁰ tomou-se contato com o conteúdo de julgados que versam sobre o tema da presente tese, “deixando-se invadir por impressões e orientações”⁷⁷¹, determinou-se o “*corpus*”⁷⁷² a ser analisado: na escolha dos documentos optou-se por limitar a pesquisa aos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, nas Terceira e Quarta Turmas, bem como na Segunda Seção, em sede de recursos especiais publicados no ano de 2015, que tenham sido conhecidos e julgados, e em cujas ementas constem referência expressa às cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato e função social da propriedade.

A opção pelo STJ justifica-se na medida em que a esse Tribunal Superior compete o julgamento em grau de recurso especial das causas decididas em tribunais

⁷⁶⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

⁷⁷⁰ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

⁷⁷¹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

⁷⁷² “O *corpus* é o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos” V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

regionais federais ou estaduais cuja decisão recorrida tenha contrariado lei federal.⁷⁷³ Considerando as disposições do Código Civil, e por vezes do Código de Defesa do Consumidor, leis federais, sobre tais cláusulas gerais, a última instância decisória sobre o conteúdo das mesmas se dá no STJ, motivo da escolha.

Limitou-se às decisões das Terceira e Quarta Turmas, bem como da Segunda Seção, por serem estes órgãos competentes para o julgamento da matéria de direito privado.⁷⁷⁴

Como marco temporal, delimitou-se o ano de 2015, considerando que a composição da Segunda Seção manteve-se a mesma durante todo o ano de 2015, pois a última alteração de seus membros ocorreu setembro de 2014, com o ingresso do Ministro Moura Ribeiro.⁷⁷⁵ Assim, mantida a mesma composição durante todo o ano de 2015, propicia-se uma análise mais fiel dos julgamentos emitidos pelos mesmos intérpretes.

A adoção das cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato e função social da propriedade justifica-se por se enquadrarem perfeitamente no conceito de cláusula geral propriamente dita adotada no presente estudo, tal como preceituado no item 4.1, pois nelas o Poder Judiciário tem ampla liberdade para o preenchimento do conteúdo do verbete indeterminado constante do texto normativo, ao mesmo tempo em que tem liberdade para preencher as consequências do cumprimento ou descumprimento do preceito.

Pela regra da exaustividade⁷⁷⁶ optou-se por selecionar todos os acórdãos publicados em 2015. Limitou-se a pesquisa a um ano por se considerar um período suficiente para se determinar a atitude do citado tribunal, com a mesma composição

⁷⁷³ Constituição Federal, art. 105, III

⁷⁷⁴ Art. 9º., § 2º., do Regimento Interno do STJ define a competência da Segunda Seção para as matérias de Direito Privado, bem como o art. 2º., § 4º., define que a Terceira e a Quarta Turmas compõem a Segunda Seção. V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Org. Pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, STJ. p. 19-23.

⁷⁷⁵ A composição atual da Segunda Seção do STJ, com as respectivas datas de ingressos dos citados Ministros: Terceira Turma João Otávio de Noronha (18/3/2013); Paulo de Tarso Sanseverino (11/8/2010); Villas Bôas Cueva (14/6/2011); Marco Aurélio Belizze (29/8/2014); Moura Ribeiro (2/9/2014). Quarta Turma: Luis Felipe Salomão (18/6/2008); Raul Araújo (13/5/2010); Isabel Gallotti (11/8/2010); Antonio Carlos Ferreira (14/6/2011); Marco Buzzi (6/9/2011). V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Composição em 13/4/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Composicao.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁷⁷⁶ “Regra da exaustividade: uma vez definido o campo do *corpus* é preciso ter-se em conta todos os elementos desse *corpus*.” V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

conforme narrado acima, ao se manifestar sobre as questões ventiladas, sem a necessidade de incorrer em repetições desnecessárias.

Pela regra da homogeneidade⁷⁷⁷ limitou-se a todos os acórdãos em sede de recursos especiais que foram publicados nesse período, desde que conhecidos e julgados. Foram excluídos aqueles que não passaram pelo juízo de admissibilidade, bem como os agravos e embargos declaratórios que habitualmente discutem matérias processuais sem adentrar especificamente no mérito pretendido aqui, o preenchimento das citadas cláusulas gerais em seu aspecto material.⁷⁷⁸ Ressalta-se que nos casos em que houve julgamento por maioria procedeu-se a análise apenas do voto vencedor do respectivo Ministro indicado para a elaboração do acórdão.

Por fim, pela regra da pertinência⁷⁷⁹ os acórdãos selecionados contém em sua ementa a referência a um dos verbetes referentes as cláusulas gerais ora analisadas, “boa-fé”, “função social do contrato” ou “função social da propriedade”. Foram excluídos os acórdãos que apesar de conterem a expressão “boa-fé” em sua ementa discutem temas diversos, que não fossem a cláusula geral de boa-fé, tais como quando se referiam a boa-fé no sentido processual⁷⁸⁰, a terceiro de boa-fé⁷⁸¹ e boa-fé subjetiva em matéria de posse⁷⁸². Tais acórdãos restaram afastados pela regra da pertinência, por não serem objeto do presente estudo.

Assim, o corpus se resume a 36 acórdãos conforme abaixo distribuídos:

Tabela 1 - *Corpus* da pesquisa empírica da análise de conteúdo

Ano	Boa-fé	Função social do contrato	Função social da propriedade	Total
2015	29	4	3	36

Fonte: A autora.

⁷⁷⁷ “Regra da homogeneidade: os documentos retidos devem ser homogêneos, isto é, devem obedecer a critérios precisos de escolha e não apresentar demasia singularidade fora desses critérios” V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 128.

⁷⁷⁸ Para chegar ao *corpus* final da pesquisa foram analisados o total de 155 acórdãos e após a aplicação dos filtros e regras aqui explanados chegou-se a 36 acórdãos cujo inteiro teor foi analisado com base nos indicadores fixados a seguir.

⁷⁷⁹ “Regra da pertinência: os documentos retidos devem ser adequados, enquanto fonte de informação, de modo a corresponderem ao objetivo que suscita a análise.” BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 128.

⁷⁸⁰ REsp 1480819; REsp 1163283; REsp 1446322.

⁷⁸¹ REsp 1439749; REsp 1518085; REsp1175238; REsp1458741; REsp 1293147; REsp1349233; REsp 1236701; REsp 1416624; REsp 1182533; REsp 1192243.

⁷⁸² REsp 1434491; REsp 1106809.

Chegou-se assim a formulação da hipótese e do objetivo da análise de conteúdo:⁷⁸³

Hipótese: Os ministros do STJ ao utilizarem as cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato ou função social da propriedade não se atém a quaisquer limites ou parâmetros de maneira constante e previsível.

Objetivo: O objetivo concentra-se em descobrir se o STJ utiliza algum parâmetro para preencher as cláusulas gerais. Em caso positivo, qual seria esse parâmetro.

Por fim, em fase preparatória, elaborou-se os indicadores⁷⁸⁴: Os ministros do STJ ao utilizarem as cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato ou função social da propriedade utilizam os parâmetros propostos na presente tese, assim subdivididos: tópica, como referência ao caso concreto; fundamentação, seja em regras da experiência, em texto legal ou em doutrina; diálogo entre as fontes, utilizando princípios, regras constitucionais, costume, outra regra escrita ou não escrita. Vale ressaltar que tais indicadores foram direcionados pela unidade de registro por meio de palavras-chave.⁷⁸⁵

Importante ressaltar que o objetivo está centrado em como o STJ preenche a cláusula geral quando a utiliza – portanto os indicadores serão pesquisados não para definir como ocorre o julgamento do caso inteiro, mas sim se estão presentes no preenchimento da cláusula geral e na sua respectiva consequência, tal como é da exigência da natureza dessa técnica legislativa.

⁷⁸³ “Formulação das hipóteses e dos objetivos: uma hipótese é uma afirmação provisória que propomos verificar (confirmar ou infirmar) recorrendo aos procedimentos de análise. Trata-se de uma suposição cuja origem é a intuição e que permanece em suspenso enquanto não for submetida à prova de dados seguros. O *objetivo* é a finalidade geral a que nos propomos, o quadro teórico e/ou pragmático no qual os resultados obtidos serão utilizados.” V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

⁷⁸⁴ “Se se considerarem os textos uma manifestação que contém índices que a análise explicitará, o trabalho preparatório será o da escolha destes – em função das hipóteses, caso elas estejam determinadas – e sua organização sistemática em indicadores. [...] Uma vez escolhidos os índices, procede-se à construção de indicadores precisos e seguros. Desde a pré-análise devem ser determinadas operações de *recorte de texto* em unidades comparáveis de *categorização* para análise temática e de modalidade de *codificação* para o registro de dados.” V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 130.

⁷⁸⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 134-5.

Ultrapassada a fase preparatória, passou-se à exploração do material, que resultou nas tabelas que seguem no apêndice do presente trabalho⁷⁸⁶ consistindo basicamente na leitura, pesquisa e exploração dos citados acórdãos, para na fase seguinte iniciar o tratamento dos resultados obtidos e a respectiva interpretação.

No tratamento dos dados, utilizou-se a regra da enumeração⁷⁸⁷ indicando a presença ou ausência dos indicadores escolhidos⁷⁸⁸, admitindo-se como variável a presença de outros indicadores, bem como a coocorrência de mais de uma unidade de registro.⁷⁸⁹

Pela análise quantitativa chegou-se aos seguintes números:

Tabela 2 - Resultado quantitativo dos indicadores

Total de acórdãos analisados	36
Referência ou vinculação ao caso concreto	7
Utilizou regras da experiência	0
Fundamentou a decisão em texto legal	10
Fundamentou a decisão em doutrina	12
Fundamentou a decisão em jurisprudência	5
Utilizou regra constitucional	2
Utilizou princípios constitucionais	0
Utilizou costume	0
Utilizou outra regra positivada	4
Utilizou outra norma não escrita	13
Fez referência a outra cláusula geral	4
Não utilizou nenhum indicador	8

Fonte: A autora.

Diante da análise quantitativa, transformando-a em percentuais, chegou-se à seguinte distribuição no gráfico abaixo:

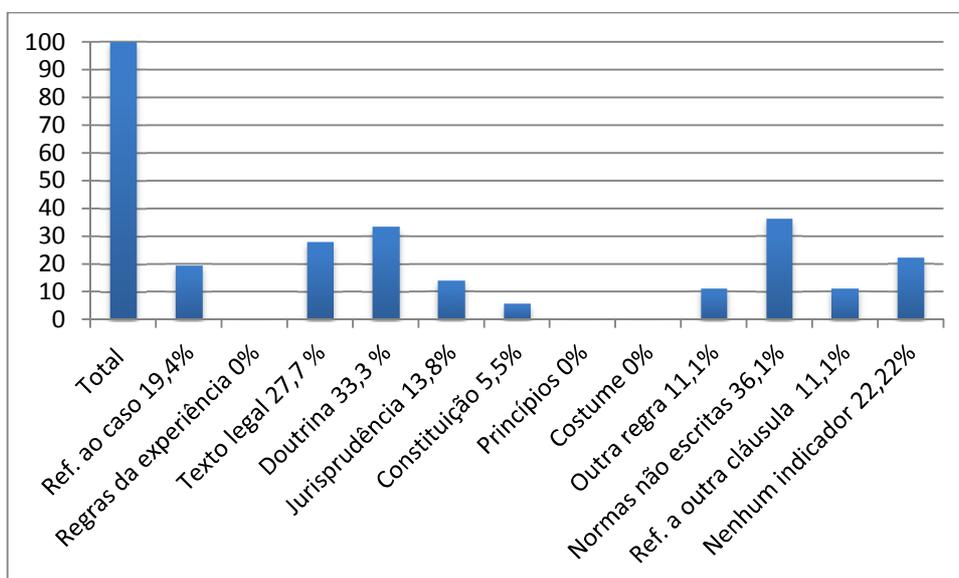
⁷⁸⁶ Apêndice

⁷⁸⁷ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 134-8.

⁷⁸⁸ Nas tabelas do Apêndice indicados por “sim” (S) ou “não” (N) referindo-se S para a presença do elemento e N para a ausência.

⁷⁸⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 142.

Gráfico 1 – tratamento dos dados da pesquisa empírica



Fonte: A autora.

Importa repetir que a análise de conteúdo não pretendeu verificar como o STJ julga, mas se deteve apenas ao modo de preenchimento das cláusulas gerais analisadas.

Dado interessante consiste em verificar que em 22,2% dos casos apenas citou-se a cláusula geral, mas não se fez o seu preenchimento. Ou seja, utilizou-se a cláusula geral para fundamentar a decisão, mas não houve qualquer preenchimento da mesma ou vinculação com o caso, por nenhum indicador utilizado nem qualquer outro verificado no voto/acórdão.

Naqueles em que houve o preenchimento da cláusula geral, percebeu-se que apenas em 19,4% dos casos analisados, a cláusula geral foi preenchida fazendo referência ao caso concreto que estava sendo discutido. Ou seja, além de se preencher o conteúdo da cláusula geral, fez-se a constatação da sua vinculação à lide e estabeleceu-se por isso a consequência respectiva. Raciocínio oposto, em 80,6% dos casos não se fez a conexão da cláusula geral com o caso analisado.

Verificou-se a indicação de dispositivo legal onde constam as cláusulas gerais em 27,7% e as citações doutrinárias em 33,3% dos casos analisados. Pelo critério da coocorrência⁷⁹⁰, verificou-se que em 6 acórdãos (16,6%) a fundamentação se fez com

⁷⁹⁰ "A coocorrência é a presença simultânea de duas ou mais unidades de registro numa unidade de contexto" V. BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 142. Na presente pesquisa a unidade de registro é o indicador e a unidade de contexto é cada um dos acórdãos analisados.

o texto legal e doutrina conjuntamente. Pelo mesmo critério, em 4 casos (11,1%) as cláusulas das boa-fé e da função social do contrato apareceram conjuntamente.

Outros indicadores que merecem consideração quantitativa são as regras da experiência, os princípios constitucionais e o costume que não foram constatados em nenhum momento.

Passa-se, em continuidade, à análise qualitativa dos dados, propiciando as duas últimas fases da análise de conteúdo, a inferência e a interpretação.⁷⁹¹

Numa análise geral, percebe-se que a utilização da boa-fé é muito mais comum do que as demais cláusulas gerais. Numa análise preliminar esperava-se que a boa-fé sempre viesse acompanhada com a função social, o que não se confirmou, pois ocorreu em apenas 4 casos (11,1%). Constata-se portanto que a boa-fé é muito mais corriqueira nos julgamentos do que as outras categorias.

No que tange ao caso concreto, acredita-se que a hipótese da pesquisa empírica foi confirmada, na medida em que os julgados em sua maioria não apresentaram conexão com o caso concreto e não apresentam um padrão de parâmetros para o preenchimento das cláusulas gerais. Assim, os julgamentos limitam-se a repetição de indicadores (tais como a doutrina e a jurisprudência), mas não fazem a construção da norma no caso concreto, que seria ideal na utilização da cláusula geral. Percebeu-se que mesmo quando se utilizou os indicadores do texto legal e da doutrina para preencher a cláusula geral, não se vinculou a lei/doutrina ao caso concreto (a exceção de apenas 1 julgado). Ou seja, preencheu-se o conceito indeterminado que compõe o texto da cláusula geral, mas não se o vinculou à lide, e por isso, não se construiu a norma para o caso analisado. O resultado da pesquisa reforça a afirmação de Müller⁷⁹² que a jurisprudência não aprofunda a relação entre direito e realidade.

Em consonância à utilização de jurisprudência, utilizada em 5 acórdãos (13,8%), apenas em 2 (5,5%) o julgado utilizado como precedente possuía a mesma causa de pedir que o caso analisado. Nos outros 3 casos o precedente utilizado não possuía nenhuma conexão com o atual, sendo um deles emblemático: numa discussão de revisão de contrato de prestação de serviços educacionais o conceito

⁷⁹¹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 44; 146; 165-171.

⁷⁹² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

de boa-fé objetiva baseou-se num julgado de investigação de paternidade⁷⁹³. Em outra oportunidade, numa discussão de cobrança de multa em contrato de combustíveis, o conceito de boa-fé foi extraído de um julgado em contrato de locação⁷⁹⁴. Numa terceira, a questão versava sobre conta corrente bancária e os julgados utilizados como precedentes referiam-se à locação e título de crédito⁷⁹⁵.

No que se refere ao diálogo entre as fontes, esperava-se encontrar mais referências ao texto constitucional, o que não se confirmou. Apenas em 2 situações, referentes à função social da propriedade, referiu-se à regra constitucional. Esperava-se da mesma forma, constatar a utilização exacerbada de princípios, o que também não se verificou.

Especialmente no que se refere ao diálogo das fontes mais comum (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, seja diálogo sistemático de coerência; de subsidiariedade e complementariedade; ou de adaptação ou coordenação⁷⁹⁶) não se o verificou. Apesar da boa-fé estar presente em ambas as regras como cláusula geral, percebeu-se que a sua utilização se deu exclusivamente numa ou noutra regra, sem se vislumbrar qualquer tipo de comunicação ou aplicação conjunta. Os julgados demonstram a utilização exclusiva de uma ou de outra regra, ainda que muitas vezes fosse o caso de utilizar ambas conjuntamente. Um caso simbólico apresentou-se numa típica relação de consumo, a qual discutia a revisão de taxas em conta bancária inativa⁷⁹⁷, onde se fez a fundamentação da boa-fé exclusivamente pelo Código Civil.

Pelo indicador quantitativo percebe-se que em 4 casos (11,1%) dialogou-se o conceito de boa-fé com o indicador “outra norma positivada”, mas não se trata de diálogo entre o CC e o CDC. Nessas demandas utilizou-se o direito/dever de informação do fornecedor (constante do art. 6º., III, do CDC) para fundamentar a boa-fé constante como princípio e direito básico da regra consumerista. Assim, utilizou-se de uma regra positivada dentro da própria lei para se preencher a cláusula geral constante da mesma lei.

No que se refere ao indicador outras “normas não escritas” encaixam-se situações em que houve a referência a uma norma que não se enquadra nos princípios

⁷⁹³ REsp 1160697

⁷⁹⁴ REsp1374830

⁷⁹⁵ REsp 1337002

⁷⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

⁷⁹⁷ REsp 1337002

constitucionais, mas que ainda assim é considerada como dever ou princípio geral do Direito, tal como, confiança, lealdade e solidariedade. Em 2 oportunidades (sendo uma ao preencher a função social do contrato e noutra na boa-fé) fez referência à solidariedade (no sentido contratual). Já a confiança e a lealdade se mostraram mais frequentes e aparecem como elemento de preenchimento da boa-fé em 11 acórdãos (30,5%).

Esse arcabouço de dados leva a concluir que o Judiciário ainda permanece preso ao método subsuntivo e não está preparado para construir uma resposta adequada a partir de uma norma aberta tal como as cláusulas gerais. Tanto é assim, que os maiores índices (27,7% e 33,3%) foram encontrados para a utilização de um dispositivo legal ou doutrina, respectivamente, sem fazer conexão com os casos analisados ou no sistema em que estão inseridos.

Com relação à composição das Terceiras e Quartas Turmas, bem como a Segunda Seção, já se afirmou que durante o período pesquisado manteve-se a mesma, ou seja, durante o ano de 2015 foram os mesmos ministros que compuseram os órgãos julgadores. A despeito de se verificar a mesma composição, verificou-se que apenas sete (dos dez) ministros utilizaram as cláusulas gerais em seus julgamentos⁷⁹⁸, restando portanto outros três ministros em que não se verificou nenhum acórdão de sua relatoria que fizesse a indicação na ementa de uma das cláusulas gerais ora estudadas.

Por fim, vale ressaltar que em apenas um caso, que reflete 2,7% dos analisados, verificou-se a utilização que se imagina adequada da cláusula geral, realizando o seu preenchimento, bem como alinhando-a ao caso concreto e criando a consequência respectiva, ou seja, criando a norma para o caso.

Como derradeira análise qualitativa, buscou-se o dado da quantidade de recursos especiais que os órgãos julgadores aqui pesquisados realizaram ao longo do ano de 2015, obtendo o dado abaixo:

Tabela 3 – Quantitativos de recursos especiais em 2015

⁷⁹⁸ Aqui incluídos apenas os recursos especiais publicados em 2015, pelos critérios e regras já delineados na definição do *corpus*.

Órgão julgador	Julgados	Acórdãos publicados	Decisões monocráticas
3ª. Turma	11353	369	10960
4ª. Turma	10723	203	10431
2ª. Seção	35	29	2
Subtotal	22111	601	21393

Fonte: STJ.⁷⁹⁹

Pela análise da tabela 3, alinhando-se aos dados analisados nesse item percebe-se que dos 601 acórdãos publicados na classe dos recursos especiais em 2015 pelas turmas e seção de competência de Direito privado, em apenas 36 acórdãos a ementa fez referência a uma das cláusulas gerais ora estudadas. Imaginava-se, no início da pesquisa, que a adoção das cláusulas gerais seria muito mais corriqueiro do que se percebeu ao longo da pesquisa, pois num cenário de 601 acórdãos publicados em 2015, em apenas 5,99% foi encontrada uma das cláusulas gerais ora analisadas.

Diante de todo o exposto, após interpretados os dados da pesquisa empírica, pode-se concluir que a hipótese foi confirmada e o objetivo foi alcançado. Percebe-se que não é comum a utilização das cláusulas gerais, bem como não há no STJ uma regularidade ou critério no seu preenchimento, pois: (i) na maioria das vezes em que se utiliza da técnica, não se vincula o conteúdo da cláusula com a realidade da lide; (ii) a referência ao texto de lei ou doutrina que fundamenta o texto da cláusula geral se faz por mera repetição de seu texto, sem vinculá-lo ao caso em julgamento; (iii) a utilização dos precedentes se faz pela ementa dos julgados e encontra-se incoerência em vários casos onde não há conexão da causa de pedir do precedente utilizado com o que está em julgamento; (iv) não se percebe qualquer aplicação dialogada entre as normas escritas e não escritas que compõem o sistema jurídico, pois prefere-se optar por uma regra e aplicá-la sem que faça as conexões com os demais elementos normativos que compõem o sistema.

Portanto, após comprovar que o Poder Judiciário não ultrapassou a barreira da subsunção e que não está utilizando adequadamente as cláusulas gerais, retorna-se à problemática da tese de como legitimar os poderes do intérprete para preencher as cláusulas gerais, e propõe-se que o Poder Judiciário as utilize conforme os poderes e parâmetros a seguir expostos.

⁷⁹⁹ Dado obtido junto à Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica – Coordenadoria Gestão de Informação, por meio de pedido junto à Ouvidoria do STJ: Sistema Justiça – STJ. Tabela original consta do Anexo da presente tese.

4.4 PODERES DO JUIZ NA CONCREÇÃO DO DIREITO: AMPLIAÇÃO DOS PODERES E IDENTIFICAÇÃO DE PARÂMETROS

Nesse cenário, onde o processo e o Poder Judiciário assumem especial relevância como instrumentos de participação da pessoa, cabe analisar como se dá a concreção do Direito por meio da formulação pelo julgador da resposta estatal ao caso concreto.

Nesse novo modelo a aplicação do Direito não mais é um processo lógico-subsumtivo, mas sim uma construção a partir de fatores alheios ao plano normativo, apontados por Ávila⁸⁰⁰: a finalidade concreta da norma, a pré-compreensão, a valoração judicial dos resultados da decisão, o precedente judicial e o consenso, a seguir expostos.

A finalidade concreta da norma é identificada pelo autor na busca pelo sentido da regra positivada, das suas razões de ser. Afirma que a aplicação da norma não é apenas um processo lógico, mas sim criativo, envolvendo integração de interesses e valores concretos, entre eles o sentido normativo.

A pré-compreensão tem sua importância desde a escolha da regra a incidir no caso concreto, bem como na designação de seu significado. Não se pode negar a sua existência, mas sim adequá-la às regras do ordenamento unitário. Aqui vale citar Müller quando afirma: “em regra uma decisão já não é possível nessa etapa de concretização sem a antecipação interpretativa do sentido possível da norma, que transcende a competência da gramática e da filologia”.⁸⁰¹

Já a valoração judicial dos resultados da decisão implica na análise de seus resultados, ao passo que o precedente⁸⁰² tem seu destaque, em especial na composição dos valores que compõe o preenchimento da norma aberta, pois é ele que transforma os fatores metajurídicos em elementos jurídicos pois, mesmo sem o efeito vinculante tem sua efetividade como uma decisão preliminar, diante de seu caráter informativo. Terão sua contribuição em assegurar a uniformidade das decisões

⁸⁰⁰ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito**: o ensino jurídico no limiar do novo século. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

⁸⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IV.

⁸⁰² Sobre o precedente como parâmetro do preenchimento da cláusula geral v. Item 4.4.2.2 sobre a fundamentação das decisões judiciais.

e a continuidade da jurisprudência. Nesse mesmo sentido Cappelletti e Garth⁸⁰³ admitem que as demandas e seus resultados terão repercussões coletivas.

Ávila aponta, por último, o consenso como fundamento parcial da decisão, considerando que o diálogo entre teses contraditórias proporcionado pelo processo visa a adequação da decisão aos valores do meio social, pela utilização dos *topoi*.⁸⁰⁴

Todos esses fatores, segundo Ávila, são limitadores na construção do Direito e na aplicação da norma positivada, pois sua utilização não leva o julgador à uma decisão sem fundamentação, pelo seu livre arbítrio.

Müller⁸⁰⁵ admite que nos casos que não se resolvem pela subsunção, nos casos em que “a concretização da norma pode coincidir com a aplicação”, portanto nos casos complexos, não se pode negar que a pré-compreensão aparece de forma consciente ou inconsciente. Não se pode retirar totalmente, mas se pode controlar pela “teoria constitucional material” fazendo a adequação da decisão ao contexto constitucional, em especial principiológico, daquele momento. Dito de outro modo, não se pode negar a existência da pré-compreensão, mas a tarefa da teoria constitucional por meio dos princípios, tem condições de efetuar o controle de seu conteúdo com maior rigor:

Com vistas à pergunta pela relação entre direito e realidade, a doutrina da teoria constitucional como hermenêutica constitucional necessita de uma complementação referente a dimensão do método, que permita informar até que ponto e por qual caminho elementos da realidade, quer dizer, também da pré-compreensão pré-jurídica, não jurídica, se podem tornar eficazes para a concretização da norma e controláveis nessa mesma concretização por meio da formulação e diferenciação conceituais.⁸⁰⁶

Acerca dos precedentes citados acima, deve-se ter em mente que não se pode entendê-los mecanicamente como um processo de subsunção de uma súmula ou julgado de tribunal superior a um caso semelhante em primeiro grau de jurisdição.

⁸⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 72.

⁸⁰⁴ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

⁸⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁸⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

Deve-se buscar uma aplicação “de modo discursivo”⁸⁰⁷ a partir dos fundamentos originais e das identidades verdadeiras entre os casos concretos. Aparecem desde já dois parâmetros propostos à frente como limitadores no preenchimento de cláusulas gerais, a fundamentação e o caso concreto.

Costa⁸⁰⁸ ao analisar o *Rechtsstaat* aponta que o “Estado Legislativo” de mera regularidade e conformidade à lei não corresponde necessariamente ao “Estado de Justiça”, onde se busca a ordem concreta do povo, e quando analisa a crise do Estado de Direito afirma:

não é suficiente, então, tornar controlável a administração ou a legislação: é preciso ir à raiz do problema, é preciso destruir (corrigindo Dicey) o mito da onipotência parlamentar e apelar para a ideia de um *rule of law* identificado com a intangibilidade de uma ordem jurídica que, confiada à sabedoria dos juízes e dos juristas, se desenvolve ao abrigo de decisões unilaterais e ‘arbitrárias’ do legislador⁸⁰⁹

Não se pretende, contudo, ampliar o poder do intérprete de tal modo a propiciar julgamentos subjetivos, mas sim adequar a norma de decisão ao ordenamento jurídico, unitário, permitindo a sua construção de acordo com as normas que orientam o sistema como um todo. Segundo Müller⁸¹⁰ a norma de decisão não tem autonomia total diante da norma jurídica, mas esta também “não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada”. Ou seja, a norma de decisão deve ser construída a cada caso, baseado em orientação, aplicação, interpretação e compreensão da norma jurídica (aqui não entendida apenas como regra). “A norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela”.⁸¹¹

⁸⁰⁷ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 356.

⁸⁰⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 178.

⁸⁰⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 191.

⁸¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

⁸¹¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

Martins-Costa⁸¹² narra a realidade alemã oitocentista, afirmando que a relação direito/lei naquele país passa a ser entendida na atividade dos juristas que concedem vida ao direito, chegando a tratar o fenômeno como “direito vivente”, posicionando-se contra o positivismo que identificava a norma com o texto legal.

Já Perlingieri entende a norma como concreção e traz considerações sobre a interpretação e a qualificação do fato, demonstrando que não há partição entre cada uma dessas atividades, pois “normas e fatos são inseparáveis objetos de conhecimento”, sendo que o fato não preexiste à interpretação. Conclui que a subsunção é um modelo superado, pois “La qualificazione e l’interpretazione fanno parte di un procedimento unitario teso a ricostruire ciò che è avvenuto in una prospettiva dinamica, rivolta non al passato ma alla fase attuativa. Pertanto interpretazione e qualificazione dell’atto vanno compiute in forma evolutiva”.⁸¹³

Essa conclusão reforça a tese da unidade do sistema jurídico defendida pelo autor, pela qual se pode dizer que a interpretação/qualificação do fato no ordenamento jurídico não depende apenas da norma, mas também da verificação de valores constitucionais, convivência social e justiça em cada caso.⁸¹⁴ Pode-se concluir que essa narrativa de Perlingieri se encaixa perfeitamente na ideia gadameriana de círculo hermenêutico explicada por Engelmann⁸¹⁵ quando elucida a fusão de horizontes: antes da interpretação/aplicação/compreensão a norma não passa de um texto, entendido como um modelo representativo, quando a concretização do Direito ocorre pela construção da solução no caso concreto, que demandará a compreensão preexistente e a tradição do texto e do julgador.

Guastini⁸¹⁶, por sua vez, retoma a vertente hermenêutica e enxerga a ciência jurídica como uma ciência de normas, afinal, o Direito é constituído por elas. Contudo, admite que a norma sem interpretação nada é e não terá nenhum sentido. O autor acolhe a ideia hartiana e entende que as normas possuem uma “zona de luz”, quando não há dúvidas sobre a sua aplicabilidade, e “zonas de penumbra”, onde será incerta

⁸¹² MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 291.

⁸¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 238.

⁸¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 240-2.

⁸¹⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 241.

⁸¹⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 146-7.

a aplicação. Para tanto reconhece a atribuição do Poder Judiciário em proceder tal distinção, no sentido positivo da discricionariedade antes exposto.

No que se refere aos poderes do juiz no preenchimento das cláusulas gerais ressalta-se que

O papel do magistrado diante de uma cláusula geral não é o de simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou de valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe 'concorrer ativamente para a formulação da norma', inclusive, para fins de estabelecimento das consequências jurídicas de sua violação, ou, em outras palavras, para dizer qual será a sanção mais adequada a ser imposta, quando menos a sua extensão ao caso concreto.⁸¹⁷

Diante da comprovação da responsabilidade do juiz no preenchimento das cláusulas gerais, necessário legitimar esse poder com fundamentos no modelo participativo descrito no capítulo 2.

4.4.1 A legitimidade do Judiciário no modelo de democracia participativa

Diante das premissas já identificadas na presente tese, cabe afirmar que o acesso a justiça é meio de participação e o processo o meio de viabilidade de concretização do Direito e dos valores sociais. Por isso, o processo deve ser entendido na atualidade como “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre vários sujeitos envolvidos”.⁸¹⁸ Logo, a ideia de processo reflete o contexto social e legislativo, permitindo ao juiz a construção do Direito no caso concreto, pois deve demonstrar uma resposta aos anseios da parte buscando concretizar os princípios e valores sociais considerados em um dado momento histórico. Daí afirmar que o Poder Judiciário tem a legitimidade de concretizar a norma, fazendo valer os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

⁸¹⁷ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

⁸¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

Para Marinoni e Arenhart⁸¹⁹ o direito de ação que se concretiza no princípio do acesso à justiça não mais se limita a uma simples resposta do juiz, mas vai mais além: deve-se assegurar o cumprimento das decisões e a concretização do direito material que o processo viabilizou, ao que chamaram de “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.

Cappelletti e Garth⁸²⁰ estudando o papel do processo civil como realização do direito substancial criaram as três ondas do acesso à justiça onde, resumidamente, preocuparam-se: na primeira onda com o acesso à justiça propriamente dito, pensando na tutela dos menos favorecidos; na segunda onda com a tutela dos interesses difusos; e na terceira onda, mecanismos de viabilização e realização das duas primeiras, num novo enfoque de acesso à justiça. Ou seja, percebe-se em especial na terceira onda, que não basta se preocupar com a previsão legislativa dos direitos material e processual, se ambos não propiciarem a efetiva realização do direito em concreto, tornando-o assim, efetivo, incluindo-se aqui inclusive a ideia da prevenção.

Como afirma Bobbio⁸²¹ “descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. É constante a preocupação da obra de Bobbio em tornar efetivos e aplicáveis os direitos positivados, vendo na aplicação prática da norma escrita uma garantia ao cumprimento dos direitos até então apenas legislados.

Diante disso percebe-se que a efetividade não se mostra apenas no aspecto processual, mas também como ferramenta de concretização do direito material objeto da demanda. A efetividade pode ser lida como decorrência do princípio constitucional do acesso à justiça. Porém esse acesso não pode ser visto apenas como a possibilidade do indivíduo apresentar a sua demanda ao Judiciário, mas sim de obter uma resposta adequada e efetiva no sentido de transformar a realidade pela decisão estatal.

⁸¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁸²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. p. 31-74.

⁸²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63.

Ribeiro⁸²² persegue a efetividade como um pressuposto do Estado Democrático de Direito na medida em que está relacionada à ideia da construção de uma sociedade justa e digna, motivo pelo qual eleva-a à condição de postulado.

Sobre a resposta adequada, resta ressaltar que no contexto do presente estudo não se busca a verificação de uma única resposta adequada. Na perspectiva da hermenêutica filosófica ressaltou-se o papel do intérprete como a construção da norma no caso concreto, bem como do círculo hermenêutico narrado no capítulo anterior. Dessa forma, imagina-se que “não cabe uma única resposta correta, dada a complexa imbricação entre resposta, pergunta e as circunstâncias históricas”.⁸²³

A resposta deve buscar fundamentação no arcabouço valorativo, principiológico, sociológico e, também, normativo, do sistema, já entendido como unitário. No preenchimento das cláusulas gerais espera-se uma conduta ativa do Judiciário, seja pela vinculação da regra abstrata à realidade do caso concreto, seja pela interligação das regras e princípios que compõe o sistema.

Por exemplo⁸²⁴, afirma Nalin⁸²⁵ que para operar a cláusula geral da função social do contrato, é imprescindível “reconhecer a natureza constitucional da autonomia privada” e também “compreender que a cláusula geral é dotada de carga principiológica, sem com eles (princípios) se confundir” e arremata “a medida interpretativa da autonomia privada contratual depende da verificação da casuística da relação contratual, da relação e da medida de igualdade entre os contratantes”. Ou seja, o Poder Judiciário está autorizado e legitimado a proceder o preenchimento da cláusula geral, atento ao caso, conforme se defenderá pela tópica, numa leitura aberta

⁸²² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80-1.

⁸²³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

⁸²⁴ Não pretende essa tese oferecer os elementos e fundamentos para o preenchimento de cada uma das cláusulas gerais apontadas, pois redundaria num novo problema e numa nova hipótese. Em alguns momentos, contudo, apresenta-se exemplos com base na doutrina, acerca do preenchimento, em caráter elucidativo, sem pretensão qualquer de completude. Para o preenchimento da cláusula geral da função social do contrato, vide BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. V. MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 267.

⁸²⁵ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

do sistema de fontes⁸²⁶, mas não tem atingido com êxito esse mister, como se percebe dos resultados da pesquisa empírica *supra*.

Talvez a grande crítica recebida na presente proposta seja exatamente a da falta de um Judiciário preparado para trabalhar com cláusulas gerais, contudo, essa falta de preparo não pode ser motivo ou desculpa para decisões que não sejam coerentes com o sistema jurídico como um todo.

A inefetividade do sistema jurídico é consequência de vários fatores: da desconexão existente entre o legislador e julgador, a problemática social e a posição do juiz, que se limita a repetir o texto legal sem uma consciência jurídica que lhe garanta uma decisão com efeitos verdadeiros; da morosidade e da burocratização do Poder Judiciário; dos moldes adotados pela legislação brasileira no que se refere à prestação jurisdicional, entre outros fatores.

Ao mesmo tempo em que Constituição garante o acesso a justiça como direito fundamental e instrumento da democracia, o que se percebe na prática é que este acesso não é oportunizado a todo o “povo-destinatário”⁸²⁷ e, quando é, não atende à efetividade na busca pelo resultado prático e satisfação do direito material pleiteado. Percebe-se que, atualmente, a resposta do Poder Judiciário é morosa, inefetiva e não oferece à sociedade a resposta adequada ao problema *sub judice*. Ou seja, apesar da previsão das garantias fundamentais no texto legal, muitas vezes percebe-se que não passam de lei escrita sem qualquer concretização efetiva.

Se, no espectro do Estado Democrático de Direito, o perfil do Estado deve ser ativo – onde “a resolução de conflitos subjetivos é pretexto para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social”⁸²⁸ – cabe discutir o papel do Estado frente aos conflitos, buscando uma atuação preventiva e efetiva na proteção de direitos fundamentais.

Ou seja, pretende-se sim legitimar o poder do intérprete para construir a solução adequada ao caso, mas não se pretende conceder plenos poderes para decidir a contar do marco zero. A proposta dos parâmetros tem como objetivo

⁸²⁶ V. Item 4.4.2.3 *infra*

⁸²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98.

⁸²⁸ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais**. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 54.

exatamente indicar o caminho que deve ser seguido para uma decisão correta e devidamente fundamentada, e exige um juiz preparado para adequar a compreensão das regras e princípios ao caso concreto, com prudência e equidade.

A lei, aqui entendida como regra positivada não encerra todo o conteúdo necessário para a sua produção de efeitos e por isso a tópica contribui para a criação da norma adequada ao caso concreto específico. A equidade do intérprete passa a ter relevância, daí se falar em *phronesis* “definida como o saber moral de que deve ser dotado aquele que aplica o direito”⁸²⁹ não necessariamente vinculada à moral mas muito mais “como virtude intelectual”.⁸³⁰ A *phronesis* deve ser baseada em conhecimento adquirido, em pre-compreensão, em experiência, num processo contínuo e habitual de aprendizagem, ou seja, deve ser entendida como uma espécie de saber prático, de ação, na busca da realização do bem.⁸³¹

Miragem⁸³² ao comentar o ativismo especificamente nas cláusulas gerais, ainda que reconheça um risco no seu preenchimento, aponta a necessidade da “maturidade da jurisprudência e da doutrina” e, especialmente no que se refere à jurisprudência, reforça o dever de fundamentação que redundará na tão esperada segurança jurídica.

Mesmo que o poder dos juízes esteja devidamente legitimado, no que tange à concretização das cláusulas gerais, não se verifica que o Judiciário tenha atendido a contento tal mister. Segundo Terra e Orleans⁸³³ “a falta de preparo do Judiciário para lidar com as cláusulas gerais” aliada a falta de elaboração doutrinária de parâmetros suficientes para a concreção das mesmas contribui para a atecnicidade na utilização das categorias. Essa dificuldade advém “da cultura jurídica brasileira, tradicionalmente conceitualista, os juízes não foram preparados para manejar institutos que lhe

⁸²⁹ SILVA, Dimas Salustiano da. Tópica, analítica e direito: reflexões para o jurista contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1994. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9376/6470>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁸³⁰ SILVA, Dimas Salustiano da. Tópica, analítica e direito: reflexões para o jurista contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1994. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9376/6470>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁸³¹ ENGELMANN, Wilson. A nanotecnociência como uma revolução científica: os direitos humanos e uma (nova) filosofia na ciência. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 261.

⁸³² MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas no direito privado** 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 181-2.

⁸³³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 122-3.

atribuem escolhas propositalmente não feitas pelo legislador”. Essa utilização indevida das cláusulas gerais, para as autoras, prejudica a “efetividade das próprias categorias” ao mesmo tempo em que permite uma ingerência indevida do Judiciário sobre a autonomia privada.

Pela pesquisa empírica da análise de conteúdo constante do item 4.3, no presente estudo ultrapassou-se a fronteira da mera impressão para a comprovação de que, apesar de devidamente investidos da legitimidade para a concreção das cláusulas gerais, o Judiciário não o faz adequadamente. Dessa comprovação e da necessidade de preparar o intérprete para a utilização das cláusulas gerais, pois, na mesma esperança de Silva⁸³⁴, acredita-se que o “Poder Judiciário é capaz de praticar uma jurisdição responsável e legítima” para garantir o exercício de uma “democracia autêntica e universal, é que se propõe os parâmetros expostos a seguir.

4.4.2 Os parâmetros à concreção do Direito

Um dos pressupostos do Estado de Direito narrado por Zolo⁸³⁵, quando disserta sobre o princípio da difusão do poder trata-se da certeza do direito. Nele pretende-se buscar a redução da complexidade para atingir a redução da insegurança. Portanto o primado da segurança jurídica, tal como se entende contemporaneamente, exige um grau de previsibilidade das decisões do Estado, aqui importando o Poder Judiciário. Para atingir esse pressuposto, e trazendo especificamente a compreensão e concreção das cláusulas gerais em cada caso concreto, pretende-se estabelecer parâmetros à atuação do Poder Judiciário, mormente ao preenchimento de cláusulas gerais.

Fachin⁸³⁶ afirma que segurança jurídica “não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”. Diante da complexidade social narrada no primeiro capítulo, faz-se necessário que a construção das normas acompanhe a velocidade da

⁸³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

⁸³⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 39.

⁸³⁶ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 16.

realidade social, sendo a aplicação das cláusulas gerais uma possibilidade para manter a unidade do sistema jurídico, com previsibilidade e coerência.

Não se pretende obviamente afastar o princípio da legalidade preceituado como fundamento do Estado de Direito. O respeito à lei é indispensável.⁸³⁷ Primeiramente, parte-se de um texto legal: a cláusula geral encontra-se positivada no ordenamento civil brasileiro e trata-se de uma imposição da qual não se pretende fugir. Em segundo lugar, a lei positivada ainda continua a ser utilizada para a construção da solução adequada, mas ela será apenas uma das fontes no complexo sistema de fontes que formam o sistema jurídico. Dito de outro modo, em nenhum momento se pretende uma posição subversiva de afastamento da regra posta e de conceder poderes exagerados ao Judiciário. De modo algum.

Conforme os dados da pesquisa empírica demonstrada no item 4.3, o Poder Judiciário já conta com a liberdade de preencher a cláusula geral, mas não o faz. E quando o faz, limita-se a aplicação do artigo de lei ou de doutrina que trata da boa-fé ou da função social mas não cumpre o seu mister que é preencher a cláusula geral e criar uma solução coerente para o caso dentro do sistema como um todo. Ou seja, não se verifica nem previsibilidade, nem coerência.

Daí a importância de se legitimar a atuação do Judiciário a partir do ocaso da mera subsunção e da possibilidade da concreção no círculo hermenêutico. O ordenamento unitário se funda em diversas regras positivadas, tais como a Constituição que mantém sua posição de centralidade e o Código Civil que mantém sua função de sistematicidade, mas não somente dessas regras, mas também de princípios, estatutos, tratados internacionais, costume, entre outras tantas fontes. Deve-se construir a norma baseado nos limites do próprio caso concreto, por meio de uma decisão devidamente fundamentada, seja em regras ou princípios, todos em circularidade conforme o diálogo entre as fontes.

⁸³⁷ FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 17.

4.4.2.1 A Tópica e a limitação do caso concreto

Nessa toada, de identificar cada vez mais a solução construída pelo Judiciário para cada caso concreto, importante ressaltar algumas questões acerca da tópica.

O pensamento a partir dos problemas preceituado pela tópica faz pressupor que o problema, aqui o caso concreto, deve sempre ser levado em conta para a construção da norma como resposta estatal. Ou seja, admite-se que os tópicos, ou *topoi*, “não são imutáveis, mas *progressivamente elaborados*, [...] a cada momento histórico”. Assim, por meio da tópica abre-se a compreensão para o caso concreto e também para que a tradição, por meio do *topos*, seja considerada fonte do direito. Por isso mister se faz a abertura do sistema de fontes, por meio do diálogo entre as fontes *infra* preceituado, a fim de se construir o direito no caso concreto.

A noção de tópica nasceu com a doutrina de Aristóteles e Cícero⁸³⁸, mas Viehweg⁸³⁹ na sua tese de livre-docência elaborada no período do pós-guerra, popularizou-a pela notabilidade⁸⁴⁰ de sua obra ao estudá-la em conjunto com a jurisprudência. Segundo Santos⁸⁴¹ a tópica de Viehweg aproxima-se da tópica aristotélica ao entender que o sistema permanece aberto e deve evoluir com “formulações progressivas dentro do jogo dialético que objetivariam das soluções aos casos *in concreto*” e da tópica ciceroniana ao eleger um catálogo de *topoi* como “pontos de vista jurídicos que teriam de ser considerados no processo de realização prática do Direito”.

A tópica, segundo Viehweg, parte de proposições conforme opiniões através das quais seja possível formar raciocínios e resolver problemas – sustentando discursos – ou seja raciocinar fundado em premissas postas, denominadas *toppoi*.

⁸³⁸ Viehweg funda-se em ambas, mas afirma que “o nível da tópica ciceroniana é sem dúvida inferior ao da aristotélica.” Afirma ainda que “enquanto Aristóteles trata, em primeiro lugar, ainda que de modo não exclusivo, de formar uma teoria, Cícero trata de aplicar um catálogo de *topoi* já pronto. Àquele interessam essencialmente as causas; a este, em troca, os resultados.” V. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 28- 31 Para o presente estudo importa o exame da tópica como um modo de pensamento a partir do problema, aliando-a à jurisprudência, por isso parte-se da obra de Viehweg, que faz tais conexões.

⁸³⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

⁸⁴⁰ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 5.

⁸⁴¹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 59-60.

Trata-se de uma técnica de pensamento⁸⁴² que se orienta em direção aos problemas e não a partir deles como ponto de partida.^{843 844}

No método antigo, tópica aristotélica, tem-se como referência inicial o “*sensus communis* e que não se opera com certezas, mas com o *verossímil*”⁸⁴⁵, e por isso permite examinar o estado das coisas a partir de ângulos distintos e por isso permite “encontrar uma trama de pontos de vista”.

Na dialética aristotélica utiliza-se também da indução e do silogismo como modos de fundamentação, mas também de mais quatro procedimentos instrumentais para encontrar os raciocínios adequados: a descoberta e apreensão das premissas; a discriminação e plurivocidade existente nas expressões linguísticas e discriminação das diversas determinações categorias; a descoberta de diversos gêneros e espécie; e, por fim, a descoberta de semelhanças nos diferentes gêneros. Dessas quatro premissas formam-se os *topoi*:

Falamos em *topoi* em relação aos raciocínios dialéticos e retóricos. Os *topoi* referem-se indistintamente a diferentes objetos jurídicos, físico, políticos e a muitos outros de espécie diferente. *Topoi* são portanto, para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.⁸⁴⁶

Admite-se que os *topoi* sejam formados e consolidados tanto no Legislativo quanto no Judiciário, mas é na jurisprudência que se percebe a imbricação do pensamento tópico estruturado no problema.⁸⁴⁷ Ou seja, a tópica é uma técnica de

⁸⁴² Martins-Costa narra que se prefere adotar a tópica como um estilo ou técnica de pensamento, considerando que Viehweg nega-a como método. V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 180.

⁸⁴³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 27.

⁸⁴⁴ Reale faz uma crítica à exposição da tópica por Viehweg pois entende que o autor torna os princípios como *topoi* e isso tornaria o sistema estático. Por essa razão, por entender que Viehweg separa sistema e problema, Reale discorda. V. REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 135-9. Contudo para a presente tese a grande contribuição da tópica reside exatamente em resgatar os limites do caso concreto para a criação da norma no caso concreto, demonstrando-se como um parâmetro que aprofundará a atividade judicante ao pedido da parte. Pretende-se que a decisão criada no Judiciário a partir das premissas do sistema como um todo afastam-se da simples repetição da regra positivada ou de casos precedentes e carreguem o intérprete para o centro da *celeuma* que está sendo decidida. Assim, não se vislumbra contradição entre problema e sistema, propondo-se que devem conviver harmonicamente, inclusive em relação de complementariedade.

⁸⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 180.

⁸⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 26-7.

⁸⁴⁷ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 72.

pensamento que se orienta a partir⁸⁴⁸ e para o problema.⁸⁴⁹ Por meio de uma reformulação adequada, reformula-se o problema a partir de um conjunto de deduções prévias e da inserção do problema nesse sistema, é possível identificar a solução perfeita.⁸⁵⁰ Trata-se portanto de uma técnica problemática, na qual se discute a solução do problema a partir dos diversos pontos de vista e premissas levantadas por cada uma das partes.

Resume Santos⁸⁵¹:

A tópica seria uma técnica de pensamento problemático – pensar por problemas -, que teria sido desenvolvida pela retórica, desdobrando-se em um contexto cultural. A jurisprudência é entendida por Viehweg enquanto procedimento especial de discussão por problemas, sendo este o objetivo da Ciência do Direito.

Nessa técnica que se direciona para o problema, assume relevância a posição da jurisprudência, podendo-se resumir a ideia viehwegiana em três afirmações:

La estructura total de la Jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema. Los elementos constitutivos de la Jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, han de permanecer ligados de un modo específico al problema y sólo a partir de éste pueden ser comprendidos. Tales conceptos y proposiciones sólo se pueden articular deductivamente en implicaciones que permanezcan próximas al problema, debiendo evitarse implicaciones que trasciendan a éste.⁸⁵²

Assim, segundo Viehweg⁸⁵³ formam-se as premissas, *topoi*, na chamada tópica de primeiro grau, e utilizam-se essas premissas na de segundo grau. A escolha das premissas deve ser precedida de debate e consenso, permitindo assim a igualdade das partes. A tópica na atualidade é destacada pelo autor por meio da sintaxe (conexão de signos com outros signos), da semântica (conexão de signos com objetos) e da pragmática (conexão situacional na qual os signos são utilizados pelos

⁸⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 182.

⁸⁴⁹ “[...] modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles”. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à obra VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 3.

⁸⁵⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

⁸⁵¹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 61.

⁸⁵² GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988. p. 82-3.

⁸⁵³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 24-6.

seus respectivos partícipes) conduzindo-a à problemática, levando a um pensamento de forma situacional, sempre buscando a problematização e a contextualização. Por isso a tópica aproxima o julgador do caso concreto.

Garcia Amado⁸⁵⁴ não considera a tópica apenas uma busca por conceitos e premissas, apontando a interpretação feita por Lüderssen, mas também aponta-a interpretada por Canaris, quando utilizada juntamente com a retórica. Na interpretação apontada por outros autores⁸⁵⁵ a tópica também é considerada como um procedimento pelo qual se busca a discussão de cada problema a partir de todos os pontos de vista, considerando todos os argumentos possíveis. Desde as origens da tópica pretende-se um ciclo fundamental entre descobrimento de problemas, formulação de princípios e articulação do sistema.⁸⁵⁶ Pode-se, portanto, aliar tópica e sistema.

Pode-se extrair da obra de Viehweg e dos autores que o interpretaram que, indubitavelmente, a tópica coloca o problema, a lide, o caso concreto, como alvo central na sua resolução. Essa posição de centralidade do problema leva até alguns autores alemães a denominarem a tópica jurídica como o “pensamento do caso”.⁸⁵⁷ Ou seja, não se trata apenas de uma metodologia dos *topoi*, mas sim da construção valorativa de um princípio, uma cláusula geral ou um conceito indeterminado, buscando a solução adequada para o caso concreto em decisão após a oportunidade de exposição de todos os pontos de vista envolvidos no caso:

Uma concepção axiológica de sistema jurídico, em contrapartida, abre muitas possibilidades para o pensamento tópico. Isso porque um sistema desse tipo se oferece como um sistema inacabado, em função da insuficiência axiológica de seus princípios gerais – que exigem, sempre, novas valorações singulares para sua aplicação – e da

⁸⁵⁴ Para o autor: “Otros autores entienden que la más definitoria de las características del proceder tópico consiste en la discusión de cada problema desde todos los puntos de vista, en el hecho de prestar atención en cada caso a todos los argumentos posibles y de concebir como única posible justificación de la solución que se halle la previa, completa y racional ponderación de los mismos.” V. GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid: Civitas, 1988. p. 86-7.

⁸⁵⁵ Garcia Amado cita as obras de Bokeloh, Pawlowski, Rhinow, Rödiger, Koch e Rüsman. GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid: Civitas, 1988. p. 80-88.

⁸⁵⁶ De Castro ao explicar a origem ciceroniana da tópica traz o ciclo fundamental entre problema – princípios e sistema: DE CASTRO, Claudio Henrique. A Tópica no Direito Romano Clássico. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1999. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1880/1575>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v32i0.1880>.

⁸⁵⁷ ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

existência de lacunas de valoração e de normas que nele não podem ser totalmente integradas, como as normas estranhas ao sistema e as regulações de índole preponderantemente técnico-jurídica.⁸⁵⁸

Assim, a partida da construção da norma deve se dar do caso concreto, não do sistema.⁸⁵⁹ Afirma-se constantemente que Viehweg⁸⁶⁰ contrapõe o pensamento tópico e o sistemático, contudo deve-se considerar que à época considerava o autor apenas o sistema lógico-formal.⁸⁶¹ Na presente tese alia-se as noções do sistema unitário e da tópica, tendo o caso concreto como o ponto de partida e de chegada, mas sem deixar de lado as limitações do sistema jurídico e social.

Por isso dizer que tópica e sistema alinham-se na busca da produção da norma para cada caso concreto:

A verdadeira questão está, porém, em definir se a completude é um *prius* ou um *posterius*, isto é: se a sua completude provém da lei ou se provém do fato de ser 'completável' pelo jogo entre as fontes, que resulta nos modelos jurídicos considerados como estruturas normativas complexas. Se a resposta inclinar-se pela segunda solução, como aqui se defende, conjugam-se, assim, na prática do direito, sistema e tópica: esta apontará às possibilidades de solução do problema, que será resolvido conforme os quadros do segundo.⁸⁶²

Deve-se, assim, partir do problema, aqui entendido como o caso a ser interpretado/compreendido, ao mesmo tempo em que se o insere no contexto local e regional, tanto legal quanto social, para se construir uma solução adequada ao caso.

⁸⁵⁸ ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 138.

⁸⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 182.

⁸⁶⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 35-9.

⁸⁶¹ Martins-Costa explica: "Contudo, aqui, há que se ter atenção: Viehweg toma *pars pro toto*, ao limitar o gênero 'pensamento sistemático' aos contornos de uma de suas espécies, qual seja, o *pensamento axiomáticamente orientado*. Esta redução resta clara de passagem na qual critica a ideia de Nicolai Hartmann, segundo a qual, na medida em que 'o pensar sistemático procede desde o todo', não haveria necessidade de se buscar um ponto de vista, porque já estaria desde o princípio adotado no sistema, a partir dele sendo selecionados os problemas. Assim, a rejeição do pensamento sistemático opera, para Viehweg, num quadro fortemente delimitado pelo horizonte teórico de sua época, os meados do Século XX. Portanto, para o autor de *Tópica y Jurisprudencia*, a rejeição do pensamento axiomáticamente orientado, tem como pano de fundo a noção de sistema lógico-formal ou axiomático-dedutivo pleno, totalmente acabado, sem lacunas e contradições" V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 183.

⁸⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 183.

Não se parte do sistema para se subsumir ao caso, ao contrário, parte-se do caso para construir a norma. Desse modo, “a vinculação constante com o ‘problema’ impede a formação de um pensamento linear, limitado às operações de dedução e redução, como ocorre com a atividade da subsunção”.⁸⁶³

A tópica concebida na realidade contemporânea não pode ser entendida a partir de *topoi* estáticos, pois devem estar vinculados à realidade e ao caso concreto. Segundo Santos “os *topoi* se originariam da prática argumentativa, entendida esta enquanto uma dimensão da vida prática”.⁸⁶⁴

Notadamente na tópica no Direito Civil, pode-se perceber uma análise do *ius civile* romano na obra de Viehweg⁸⁶⁵, que evidencia a escassez de regras positivadas e a elevação da jurisprudência ao patamar de fonte do Direito, contribuindo a tópica como meio de dissolver contradições entre os textos e como meio auxiliar de resolução por meio da interpretação.⁸⁶⁶ Naquela realidade “a orientação era casuística e não sistemática”⁸⁶⁷ e já se verificava uma prática problemática nos casos que eram analisados.

Santos⁸⁶⁸ demonstra o alinhamento da tópica para dar sentido aos princípios, pois apenas no caso concreto é que os princípios são modelados e vão “ganhando contornos plausíveis em termos de admissibilidade jurídica”. Alinha esse entendimento à tendência contemporânea da mobilidade do Direito Civil. Esse raciocínio cabe tanto para o preenchimento de princípios quanto para as cláusulas gerais que são a delimitação do objeto da presente tese, pois essa técnica permitirá que o juiz desça à singularidade do caso concreto⁸⁶⁹.

⁸⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 184.

⁸⁶⁴ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 38.

⁸⁶⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 51-5.

⁸⁶⁶ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 129.

⁸⁶⁷ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 69.

⁸⁶⁸ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 73.

⁸⁶⁹ NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

Na contemporaneidade Zanitelli⁸⁷⁰ alega que a tópica pode contribuir para o remodelamento do Direito Civil constitucionalizado, ao passo que pode auxiliar o preenchimento de cláusulas gerais e na concreção de princípios constitucionais realizados em cada caso concreto analisado no Judiciário. Ávila⁸⁷¹ também aponta a tópica como meio de preenchimento dos conceitos abertos e os *topoi* com função limitadora na atividade da concreção jurisdicional.

Portanto, para atingir o objetivo da adequada concretização do Direito no caso concreto deve-se aliar a tópica ao método sistemático, como complementação mútua.⁸⁷² Isso permite que o intérprete realize a norma de acordo com a realidade do caso concreto, como preceitua a tópica, mas no contexto de um aberto sistema de fontes, que também funciona como parâmetro paralelo, como preceitua o pensamento sistemático.

A tópica retorna o intérprete para o caso concreto e desmistifica a lei como única fonte do Direito, pois desde os estudos aristotélicos a equidade aparece como forma de correção ao “justo legal”, pois a lei geral não pode conter em si toda a realidade prática⁸⁷³ e por isso a importância da *phronesis*.

Aliando a teoria estruturante e os conceitos de tópica, Müller⁸⁷⁴ utiliza o texto literal e sua interpretação linguística com um *topoi* presente na concretização, não tendo eles um “peso maior do que outros *topoi* admissíveis”.

A construção do Direito não se resume ao método subsuntivo de identidade entre lei e caso concreto, mas ao contrário permite ao intérprete a criatividade da criação da norma, conforme os limites do próprio sistema:

A construção dessas soluções não resulta de uma dedução operada mediante um processo lógico-formal de subsunção, antes exigindo a conjugação com o raciocínio tópico. Em outras palavras, o ponto de

⁸⁷⁰ ZANITELLI, Leandro Martins. Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura? In: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 138.

⁸⁷¹ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

⁸⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 179.

⁸⁷³ SILVA, Dimas Salustiano da. Tópica, analítica e direito: reflexões para o jurista contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1994. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9376/6470>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁸⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

partida é o *topos* ao qual o caso envia. Posteriormente, é operada a recondução aos elementos normativos integrantes do sistema, o que decorre, idealmente ao menos, por via da atividade doutrinária em sua tarefa de ressystematizar a solução por meio da elaboração teórica que é o seu mister, ‘ordenando’ no sistema – por meio de relações com outros institutos, aproximações com o Direito Comparado, distinções de institutos afins, classificações nas estruturas dogmáticas existentes – aquilo que fora topicamente lançado pelo julgador.⁸⁷⁵

Dessa forma, a noção de sistema unitário, tal como comprovada especialmente pela constitucionalização do Direito Civil, indica que no preenchimento adequado de cláusulas gerais e conceitos indeterminados faz-se necessário utilizar o conceito de ativismo judicial em sua conotação positiva, tal como preceituada por Barroso⁸⁷⁶, de liberdade de construir a norma de decisão, mas sempre parametrizada pelo caso e pelo sistema. Assim, ressalta-se a tópica como metodologia que conduza ao caso concreto. Os juízes e tribunais estarão mais próximos de cada celeuma, como preceitua a tópica, distanciando-os de sua meramente aplicadora da lei positivada para ir além e criar o Direito no caso concreto, permitindo assim a construção de normas específicas para cada lide analisada.

Como contribuição da tópica ciceroniana pode-se elencar a preocupação com os resultados da decisão. Segundo Santos⁸⁷⁷ “se em Aristóteles pode-se dizer que as causas mais lhe interessariam, em Cícero pode-se perceber uma especial atenção aos resultados”.

Trazendo esse raciocínio para a temática da presente tese, Martins-Costa⁸⁷⁸ ao analisar os critérios para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé afirma que “na concreção de uma cláusula geral, a determinação dos *efeitos* decorrentes da conduta contratual [...] será *determinada pelo aplicador, sempre à vista do caso concreto*”. Fica evidenciada a necessidade de adequar a construção da norma ao caso concreto, como preceitua a tópica. Segue a autora indicando como se deve preencher a cláusula geral da boa-fé:

⁸⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 191.

⁸⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 434-75. E BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes **et al.**(Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 233-4.

⁸⁷⁷ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 64.

⁸⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 145.

para a aplicação do art. 422, a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação) e considerar os elementos fáticos, o aplicador deverá, tendo em vista o instrumental fornecido pelo próprio sistema, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina para casos análogos de execução contratual; investigar os padrões de comportamento usualmente seguidos na ambiência contratual em causa; os interesses e riscos próprios do negócio examinado; averiguar o comportamento das partes, e, tudo somado e ponderado, quando apreciar a demanda fundamentada na violação ao comportamento segundo a boa-fé, integrar o contrato concretamente considerado, determinando o conteúdo dessa integração em vista dos demais elementos fáticos e normativos do caso.⁸⁷⁹

Não se trata portanto de construir a norma apartada da realidade do caso e da realidade social, pois além da tópica como parâmetro considerando o próprio caso concreto, necessário se faz a adequação da solução construída ao sistema unitário conforme preceituado supra. A reflexão acerca dos *topoi* e seu alinhamento ao caso concreto se faz obrigatória para a construção de uma decisão lógica.⁸⁸⁰

Em especial porque o próprio conceito de *topoi* utilizado por essa técnica de pensamento admite que são “progressivamente elaborados, de maneira que, a cada momento histórico, será possível constatar a relevância de uns e o descenso, ou pouca importância, de outros.” Admitindo-se, portanto, que vão variando no “tempo e no espaço social”.⁸⁸¹

Afora a limitação da problemática contextual do próprio caso concreto, importa parametrizar a atividade hermenêutica do julgador. Pode-se considerar a tradição como *topos*. Não sendo considerada a tópica como método, mas sim como um processo de compreensão, a tradição resta inafastável. A tradição nesse processo de compreensão aparece de três formas distintas: pela pré-compreensão do intérprete, pelo contexto externo ao caso, da sociedade, e pelo próprio sistema jurídico. A tradição, portanto, “acaba sendo uma forma de autoridade”. Retorna-se à visão

⁸⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 145-6.

⁸⁸⁰ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 43.

⁸⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 181.

gadameriana de que “a razão prática não pode ser concebida como algo neutro e distante do acontecer humano”.⁸⁸²

Viehweg⁸⁸³ alia as noções da tópica originada no estudo da obra de Vico a partir do acompanhamento da “transformação da jurisprudência em seu percurso histórico”⁸⁸⁴ sendo que “para fundamentar sua tese de que a jurisprudência tem uma estrutura tópica, a uma análise do material histórico legado pela tradição”.⁸⁸⁵

Sobre a pré-compreensão do julgador, já se expôs sobre a sua inafastabilidade, considerando que não se concebe o total afastamento do cunho subjetivo. Ao contrário, pretende-se ter consciência e razão sobre tais preconceitos para que se possa construir a decisão de forma adequada. Segundo Engelmann⁸⁸⁶ “a experiência deste homem que quer escapar da prometida certeza metodológica busca resgatar e valorizar o conceito positivo de preconceito”. Segue afirmando:

se o preconceito ingressa no círculo hermenêutico, não poderá ser o preconceito falso ou aquele simplesmente baseado na autoridade. Pelo contrário, deverá ser o preconceito formado a partir da experiência concreta de cada ente homem, a partir dos contributos da tradição onde ele se encontra inserido. [...] Isso demonstra claramente que a compreensão somente será possível se o intérprete estiver disposto a colocar em jogo seus próprios preconceitos. Dito de outro modo, ele não deverá pretender impor os seus preconceitos, pois é esta a atitude que Gadamer combate, dada a caracterização da autoridade, como obediência. Mas, pelo contrário, o intérprete deverá estar aberto a ouvir o outro, no caso o texto, com o intuito do conhecimento, ou seja, a abertura para o aprendizado oriundo da tradição ou da soma de interpretações anteriores.⁸⁸⁷

No mesmo sentido já exposto por Barbosa Moreira⁸⁸⁸ o intérprete, nesse caso o juiz, é uma pessoa inserida num ambiente sociocultural e por isso autorizado a utilizar as regras da experiência, em especial pelo primado da tradição, pra construir

⁸⁸² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 232; 117.

⁸⁸³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 19-21.

⁸⁸⁴ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 111.

⁸⁸⁵ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 110.

⁸⁸⁶ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117.

⁸⁸⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 233; 235.

⁸⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979. p. 606-7.

a norma no caso concreto. Sedimentado o entendimento, portanto, que não há como eliminar os preconceitos, mas a tarefa do intérprete consiste em racionalizá-los.

Martins-Costa⁸⁸⁹ admite da mesma forma que

Na aplicação das cláusulas gerais, o processo de pré-compreensão envolve uma estrutura tópica na medida em que há uma seleção – embora não, ou nem sempre, explícita – dos pontos de vista que desencadearão o rumo a ser tomado na resolução do caso.

A tópica, portanto, consiste em um “procedimento de busca de premissas” na qual a “tópica mostra como se acham as premissas e a lógica recebe-as e as elabora”.

⁸⁹⁰

Santos⁸⁹¹ explica que a tópica “seria uma meditação que antecede a lógica, pois, enquanto ‘tarefa’, a *inventio* seria primária e a *conclusio* secundária”, ou seja a tópica busca as premissas e a lógica as recebe e trabalha com elas.

Nesse processo de busca pelas premissas e a sua identificação com o problema, que deve ser o ponto de partida e de chegada, exige-se “flexibilidade e capacidade de alargamento”⁸⁹², já que o repertório dos *topoi* é elástico para permitir a sua adequação aos casos concretos, de acordo com a tradição.

A doutrina de Bubner⁸⁹³ ao analisar a tópica junto com a dialética aristotélica afirma a necessidade da fenomenologia atuar diretamente nos *topoi* pois não podem ser considerados estáticos, pois a sua revelação sempre se dá no “mundo-da-vida” e a partir de argumentações.

Como consequência da fenomenologia, no plano externo ao caso cabe falar de tradição em seu conceito puro, como os princípios, os valores éticos e morais, o costume de uma dada sociedade num certo tempo, ou seja, a realidade histórica⁸⁹⁴. Isso tem a ver com a compreensão como “reflexo dos efeitos da história da vivência

⁸⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 190.

⁸⁹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 39-40.

⁸⁹¹ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 66.

⁸⁹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 41.

⁸⁹³ BUBNER, Rudiger. **A dialética como tópica**: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida. Trad. Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 77-83.

⁸⁹⁴ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117.

do homem”⁸⁹⁵ e a decisão será tomada no contexto social e histórico atual, levando-se em conta os aspectos da hermenêutica histórica, mas, muito mais, incluindo o âmbito normativo como seu elemento de formação.

Quando Müller⁸⁹⁶ trata do âmbito normativo insere a tradição como componente da norma que está sendo criada para o caso (decisão).

Engelmann⁸⁹⁷ forma o conceito de tradição incluindo princípios e exigências da lei natural, que vão se perpetuando e se transmitindo, mas que precisam ser utilizadas de forma consciente e responsável, daí a importância da *phronesis*.

Aliando esse entendimento aos limites do caso concreto, bem como à existência de *topos* anteriores cuja interpretação já tenha ocorrido preteritamente, importa analisar a tradição dentro do próprio sistema jurídico. Aqui se pode pensar na utilização da jurisprudência ou mesmo de precedentes, mas é relevante ressaltar que essa tradição não pode engessar o entendimento do intérprete, pois esse muda a partir do contexto do caso e da sociedade como se viu acima. O próprio texto normativo pode ser considerado como um *topos* já que ele é um componente da tradição, do passado e do presente.

Novamente Engelmann⁸⁹⁸ sobre a tradição:

Quando se fala em tradição, também ingressam na cena as interpretações precedentes sobre o texto em estudo. Essas acabam sendo inseridas no contexto da tradição, pois atingem o intérprete. É aí que ingressam os princípios e as exigências metodológicas da lei natural, que são responsáveis pelo refinamento do contexto e do conteúdo da tradição.

Assim importa analisar como se deu a construção da compreensão no passado, resgatando os caminhos já percorridos que são a condição de possibilidade.⁸⁹⁹

Portanto, a tópica e a tradição alinham-se na medida em que pela pré-compreensão do intérprete, por meio das regras da experiência, deve o julgador

⁸⁹⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 230.

⁸⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

⁸⁹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 230-9.

⁸⁹⁸ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 237.

⁸⁹⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 236.

racionalizar as suas impressões para construir a norma; deve também considerar o costume e os reflexos externos da decisão em relação ao sistema em que está inserido; e, por fim, pela utilização dos julgados precedentes para adequar a sua decisão à previsibilidade e segurança que se esperam da solução judicial.

De todo modo, a compreensão não deve ser um comportamento reprodutivo, porque o caso não será idêntico, mas sim produtivo⁹⁰⁰, no sentido de concretização. A cada nova interpretação há “um novo encontro, de uma nova aproximação de tradições”, aproximando-se a “generalidade da norma e a singularidade de cada ‘caso’ concreto” e por isso pode-se perceber no círculo hermenêutico uma “alternativa adequada para fazer a mediação entre o texto com o conteúdo geral e as peculiaridades de cada situação da vida”.⁹⁰¹

Como afirmou Müller⁹⁰², a relevância da tópica para a construção da decisão adequada reside em utilizar o problema e a norma como *topos*, ou seja, deve-se interpretar a norma a partir do problema. O raciocínio tópico indicará a necessidade de conectar a tradição, a pré-compreensão e o sistema indicando-se as conexões com o caso atual. Seja pela utilização de casos antecedentes, seja pela necessidade de produzir a norma de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pode-se constatar um pensamento tópico na concretização da norma.

Müller⁹⁰³ alia a tópica à teoria estruturante da norma quando propõe que o caso problema seja analisado em seu contexto: “apesar dos enfoques distintos, a aplicação, quer dizer, o afastamento da doutrina ‘aplicacionista’ do positivismo em benefício do caráter constitutivo da interpretação (ou concretização) combina o pensamento tópico com o pensamento metodológico” e em frente “a tópica e a metódica estruturante dependem uma da outra na práxis, que decide sobre o sentido da ciência jurídica”, ou seja, “é no detalhe que se deve descobrir o que significa que também a ciência jurídica dogmática é uma ciência da norma nem autárquica, nem autônoma, mas referida à realidade”⁹⁰⁴

⁹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011. p. 265.

⁹⁰¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 236.

⁹⁰² MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁹⁰³ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

⁹⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. VI.

Portanto, o pensamento tópico acaba por fundamentar o primeiro parâmetro recomendado para o preenchimento das cláusulas gerais no contexto da presente proposta: pensar de modo problemático partindo do caso concreto a ser interpretado, desvencilhando-se de abstrações gerais e focando-se na celeuma, bem como na visão instrumental, “substituindo a noção de verdade pela ideia muito mais flexível de ‘consensos provisórios’ admitidos como convincentes por um grupo determinado de pessoas”.⁹⁰⁵

Especificamente nas cláusulas gerais eleitas para a pesquisa empírica exposta no item 4.3, deveria o Judiciário fazer a vinculação ao que significa a boa-fé ou função social no contexto analisado naquela lide específica. Preencher a indeterminabilidade de seu conteúdo significaria dar sentido e significado ao conceito que antes era simples letra de uma regra, para o caso analisado. Na maioria dos casos (mais de 80%) não foi o que se viu. Resta esse parâmetro inicial como proposta para as futuras decisões.

Os conceitos e respectivas consequências se modificarão conforme o caso analisado e conforme a (acelerada) evolução social da modernidade líquida⁹⁰⁶ ou hipermodernidade⁹⁰⁷ narradas no início desse estudo. Acerca da segurança e certeza jurídica, perseguida com certo rigor pelo aplicador do Direito e contradizendo parte da doutrina que afirma serem as cláusulas gerais modos de majorar o ativismo judicial em seu sentido negativo, entende-se que a sua adoção em nada interferem na segurança almejada. Isso porque o fato da lei conter aberturas semânticas não significa que o julgador poderá criar a decisão que bem entende, sem qualquer fundamentação ou vinculação ao caso concreto. A tópica exercerá o primeiro papel limitador da atuação do julgador.

A tópica, como pensamento problemático voltado ao caso, aliada à dialógica, “que atenderia às exigências do pensamento situacional e pragmático”⁹⁰⁸ origina o próximo parâmetro proposto, a fundamentação das decisões judiciais. Isso porque pensando no procedimento dialógico e no relacionamento discursivo, ao final de sua

⁹⁰⁵ GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, fev. 2013. p. 156.

⁹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁹⁰⁷ LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 49-54.

⁹⁰⁸ SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 74.

obra Viehweg⁹⁰⁹ afirma os deveres processuais, destacando-se aqui a fundamentação: “quem se envolve em uma situação discursiva, assume deveres, o que outra vez é algo bastante compreensível para o jurista prático. Pois este conhece os seus deveres processuais, que lhe incumbe cumprir como deveres de afirmação, fundamentação, defesa e esclarecimento”.

Entendendo o processo de modo discursivo, tal como se vê no presente estudo, faz sentido falar em dever de fundamentação, tal como se verá no próximo item.

4.4.2.2 A fundamentação das decisões judiciais

No panorama atual de uma “sociedade democrática, complexa e plural”, onde o método subsuntivo deu lugar a um Judiciário protagonista e ativo, não se pode pressupor que o julgador tenha “carta branca” para julgar como entende de acordo com seus valores internos. A decisão judicial como modo de solucionar celeumas, relativizar vontades e impor deveres deve se dar no sistema de controle constitucional do dever de fundamentação previsto no texto constitucional⁹¹⁰, sendo a fundamentação e a argumentação da decisão o método de controle democrático da mesma, sendo esse método mais eficaz do que os antepassados quando o juiz era mera “boca-da-lei”.⁹¹¹

Segundo Cambi e Hellman⁹¹²:

O novo Código de Processo Civil procura romper com as práticas de decisão conforme a consciência e com a falta de integridade no processo decisório do Judiciário brasileiro, para impedir a proliferação de demandas, a insegurança jurídica, a desigualdade social e o cometimento reiterado de arbitrariedades, a partir de julgamentos subjetivistas e com considerável *déficit* democrático.

Tal como exposto, a criação da norma se dá no círculo hermenêutico entre compreensão, interpretação e aplicação, e com isso concordam tanto pesquisadores

⁹⁰⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 106-7.

⁹¹⁰ Art. 93, IX, CF/88

⁹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

⁹¹² CAMBI, Eduardo. HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241/2015, p. 413-438, mar./2015.

do direito material, quanto do direito processual.⁹¹³ Decidir e fundamentar não significa reproduzir, mas sim na visão da hermenêutica filosófica, produzir:

O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo.⁹¹⁴

Coaduna-se essa produção com as ideias da teoria estruturante,

como ciência social normativa, a ciência jurídica deve, para além de toda e qualquer mediação meramente linguística e conceitual, incluir com a maior abrangência possível os teores materiais envolvidos a serviço da implementação prática, da objetividade normativamente fundamentada e da validade universal plausível no âmbito do ordenamento jurídico positivo.⁹¹⁵

Assim, a simples regra não faz sentido sem antes a sua concretização. Bubner⁹¹⁶ ao analisar dialética e tópica, bem como tratar da argumentação, ressalta o papel da fundamentação. Explica que a argumentação tem sua relevância diante da relação verificada no binômio afirmação-contestação, onde o êxito de uma delas dependerá da fundamentação. Esta terá o papel de reconstruir o que já existia para dar uma nova conotação transformando o “velho em novo”.

“A teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”⁹¹⁷. Assim o dever de fundamentação reflete a necessidade de cada questão decidida ser enfrentada de modo a justificar e fundamentar a construção da solução jurídica, ou seja, a concretização da norma para aquele caso na visão de Müller.

Nessa esteira, o processo civil contemporâneo, em especial após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, inaugura uma nova realidade que gerará em breve

⁹¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

⁹¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 444.

⁹¹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. VI.

⁹¹⁶ BUBNER, Rudiger. **A dialética como tópica**: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida. Trad. Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2013. p. 61-3.

⁹¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. IX.

consequências no Judiciário brasileiro. Trindade⁹¹⁸ aponta a nova lei como uma “revolução copernicana” no sistema processual brasileiro, pois a partir das novas regras incorporou-se uma teoria da decisão judicial democrática, que atingirá os ideais de coerência e integridade na jurisprudência brasileira.

Segundo Nunes⁹¹⁹ o novo processo civil brasileiro baseia-se a absorção de um contraditório dinâmico, o que ele chama de processo constitucional democrático, que conceitua como

O processualismo constitucional democrático seria uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual), vistas em tensão, e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação de decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

Sabe-se que a fundamentação da decisão é requisito de sua validade, além de reflexo e última manifestação do contraditório⁹²⁰, pelo que não basta ao julgador utilizar-se das suas impressões pessoais sobre o caso, sem que haja qualquer fundamentação.

Theodoro Junior⁹²¹ contextualiza historicamente demonstrando que no processo liberal as partes litigavam com todas as suas armas e por fim o juiz, numa posição autoritária e solitária, pronunciava seu veredicto por meio de seus poderes máximos. No atual panorama democrático, os litigantes tornam-se mais ativos com poder de “influir na construção do provimento final” e ao juiz o “dever de levar em conta a colaboração das partes no ato de julgar”. Ou seja, o contraditório deixa de ser apenas um dever entre as partes, e passa a incluir o julgador como ator nesse

⁹¹⁸ TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 7, n. 3, p. 243-252. set./dez. 2015. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

⁹¹⁹ NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 335-53.

⁹²⁰ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2/2015, p. 83-97. jul./dez. 2015.

⁹²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In: **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 179-80.

novo cenário. Todos eles, litigantes e julgadores, terão os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, buscando a justa composição dos conflitos.

Percebe-se que o CPC vigente buscou não apenas retratar o princípio constitucional do contraditório, mas sim trazê-lo a um panorama de efetividade concreta, possibilitando à parte influenciar a decisão judicial. Não apenas isso, mas também mostra-se como forma de evitar uma decisão surpresa, já que as partes deverão se manifestar previamente em todas as questões analisadas pelo julgador, inclusive de ordem pública, que retrata a leitura democrática, pela qual necessariamente deverão as partes serem ouvidas para que o juiz possa decidir.⁹²²

Constata-se, dessa forma que o contraditório, entendido em seu contexto constitucional como o poder da parte de influenciar a decisão judicial aparece como um limitador da própria atividade judicante. Isso porque não mais se sustenta o argumento da autoridade ou da decisão solipsista, mas sim a adequação do julgamento ao interesse da parte, propiciando a sua manifestação prévia e democrática.

Quando trata da produção probatória, novamente o CPC eleva o contraditório como condição de validade do ato processual e concede às partes o direito de influenciar a decisão judicial. Percebe-se a preocupação democrática e igualitária no processo civil contemporâneo, seja pelo contraditório (considerado em sua terceira fase, constitucional) aparece novamente como direito de influir na convicção do juiz, e eleva a parte à condição de participe na fase instrutória⁹²³ seja pelo dever de fundamentação. Obviamente esse dever contribui para a segurança jurídica e o consequente afastamento de arbitrariedades, tal como preceitua a ideia do Estado Constitucional.⁹²⁴

⁹²² RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio; ROCHA; Leonel Severo; ENGELMANN; Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engemann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

⁹²³ RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões Relevantes da prova no projeto do novo Código de Processo Civil. In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; CAMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC**: reflexões e perspectivas. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

⁹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

O Código de Processo Civil⁹²⁵ reflete o dever de fundamentação constante da carta magna, mas vai mais além, pois além do contraditório dinâmico, determina situações em não considera como fundamentação suficiente, pelo que, no raciocínio contrário, indica critérios mínimos que deverão ser seguidos pelos julgadores.

Observa-se que a preocupação do legislador processualista foi trazer o julgador para o caso concreto, obrigando-o a analisar os fatos e fundamentos levantados pelas partes e não apenas reproduzir decisões padronizadas de casos análogos. A conduta do julgador deverá atender precipuamente a todos os argumentos das partes, numa conduta colaborativa⁹²⁶, observados, obviamente, o contraditório e a ampla defesa na qualidade de princípios constitucionais. O novel dever de fundamentação deve ser levado a sério, pois traz integridade e coerência à decisão judicial, ao mesmo tempo em que impede julgamentos subjetivos.⁹²⁷

Os limites do caso concreto, do sistema e, em especial, das normas constitucionais devem direcionar a fundamentação das decisões judiciais:

no Estado Democrático de Direito o critério da racionalidade ‘máxima’ deve ser compreendido de tal modo que o resultado da concretização do direito não só fique claro quanto à direção da sua atuação prática, mas também quanto à dependência jurídica dos seus momentos, conforme os pressupostos constitucionais ‘estilísticos’, conforme os passos principais do processo real de concretização e dos seus critérios; também conforme as valorações, convicções ou ponderações não racionalizáveis, caso elas (co) fundamentem a sentença *in concreto*.⁹²⁸

Vincular o ato normativo, que será fundamento da decisão, ao caso concreto remete ao desenvolvimento dos conceitos da tópica no item anterior.

No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, o legislador processualista afirmou que não se considera fundamentada a decisão que empregá-los sem explicar o motivo concreto da sua incidência no caso.

⁹²⁵ Seja pelo artigo 489 onde trata especificamente da fundamentação, seja pelos artigos 1 a 10 que tratam do contraditório dinâmico.

⁹²⁶ Mitidiero alerta que não se trata de “colaboração entre as partes” mas sim uma colaboração do juiz com as partes e vice-versa. MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2/2015, p. 83-97. jul./dez. 2015.

⁹²⁷ TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 3, p. 243-252. set./dez. 2015. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

⁹²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. VI.

Primeiramente, partindo do conceito jurídico indeterminado preceituado por Engisch⁹²⁹ na doutrina alemã, em que se considera genericamente todos os conceitos jurídicos como indeterminados, pois todos os preceitos jurídicos demandam preenchimento com os dados da realidade, retorna-se à necessidade de vincular o caso concreto no processo de subsunção de todo e qualquer conceito jurídico. Utilizando o entendimento de que todo conceito jurídico é indeterminado e demanda um preenchimento, pode-se igualar “conceito jurídico” a “ato normativo”.

Imagina-se então que ao incluir a expressão “conceito jurídico indeterminado”⁹³⁰, imaginou o legislador processual tratar-se dos verbetes conforme preceituado *supra* quando definiu-se cláusula geral e conceitos indeterminados.⁹³¹ O conceito indeterminado contém expressão genérica que necessita de densificação pelo intérprete, mas a consequência já está prevista na regra. Diferente da cláusula geral, onde há a necessidade de duplo preenchimento: tanto da expressão constante da regra quanto da respectiva consequência. Ou seja, tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos indeterminados necessitam do preenchimento por meio do julgador.

Assim, se o CPC pretendeu tratar do vocábulo “conceitos indeterminados” referindo-se às cláusulas gerais e conceitos indeterminados, incorreu em erro a lei processual, pois disse menos do que pretendia. Quis afirmar um gênero e acabou por abarcar apenas a espécie. Pretende-se aqui então fazer a interpretação do citado dispositivo no sentido de que não se considera fundamentada a decisão que “empregar cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

O texto da nova lei processual pretende evitar situações tais como as vistas e comprovadas na pesquisa constante do item 4.3. O que se percebeu da análise de conteúdo realizada na presente tese foi que as decisões do STJ ao utilizarem as cláusulas gerais limitam-se à sua indicação, por vezes indicam-se apenas o verbebo, outras vezes apenas o dispositivo legal que a regula. Nem se procede o preenchimento de seu conteúdo, nem se explicam os motivos de sua incidência no

⁹²⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 208.

⁹³⁰ Art. 489, § 1º, II, CPC

⁹³¹ Nesse mesmo sentido entendendo que se trata de cláusulas gerais e conceitos indeterminados TARTUCE, Flavio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

caso. Infringem-se, portanto, a lei processual, pois nem se vincula o ato normativo ao caso, nem se densifica o conceito.

Ao propor o preenchimento da cláusula geral de boa-fé, Martins-Costa⁹³² aponta que, ainda que verificada a liberdade do intérprete, deve-se buscar casos semelhantes “procurando, nos precedentes, detectar qual foi a *ratio decidendi*” para somente depois retirar os traços de semelhança que levarão a aplicação ou não do “princípio, valor ou *standard* ao qual reenvia aquela cláusula geral”. Ou seja, a atividade do intérprete na configuração de uma cláusula geral se dará em dois momentos: determinar o seu campo e grau de extensão e após definir as consequências. No primeiro momento percebe-se a limitação tópica do próprio caso concreto ao identificar os limites da aplicação da cláusula geral para ele, no segundo momento vê-se o sistema como limitador da criação da norma e suas respectivas consequências.

Daí dizer que os julgados anteriores somente poderão ser utilizados na medida da identidade do próprio caso e das razões de decidir, pois “é preciso cuidado ao discernir o que, em cada precedente, é generalizável ou não”.⁹³³

Barroso⁹³⁴ ao comentar a tradição anglo saxônica e a reduzida abrangência do texto positivado, narra que a “a grande fonte das normas jurídicas é a construção jurisprudencial” e afirma que “o juiz não tem apenas o poder de declarar o direito, como também o de criar ele próprio a regra que vai reger o caso submetido à sua apreciação.”

Em especial se tratando das cláusulas gerais, havendo a necessidade do preenchimento da hipótese legal e de sua consequência por se tratar de hipótese de vagueza socialmente típica, não significa que o juiz poderá atribuir o significado e a extensão de seu conteúdo ao seu livre arbítrio, pelo seu sentido de justiça ou ainda por “inescrutável julgamento de consciência”.⁹³⁵ Pelo contrário, do julgador exige-se ainda mais empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões⁹³⁶ pois tem

⁹³² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 187.

⁹³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 159.

⁹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54.

⁹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 145.

⁹³⁶ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

a obrigação de “averiguar os parâmetros em casos anteriores, em padrões de comportamento social objetivamente aferíveis, na praxe do setor, na prática eventualmente seguida pelas partes”.⁹³⁷ Primando pela segurança jurídica, exige-se do intérprete “intensa atividade de argumentação”⁹³⁸, para de forma fundamentada e vinculada ao caso concreto vincular o texto normativo ao âmbito normativo.

Ou seja, não se trata de uma singularidade do caso mas sim da concretização de uma norma de decisão que faça referência sempre ao caso concreto e à realidade em que está inserido, na circularidade entre direito e realidade já preceituada.

Na concreção das cláusulas gerais constata-se que há elementos extrassistemáticos ou intersistemáticos, sendo o juiz direcionado a valores existentes dentro ou fora do sistema⁹³⁹ e que “*fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual esses fundamentos, uma vez reiterados no tempo, alcançarão uma relativa abstração que, por sua vez, viabilizará a *ressistematisação* destes elementos originariamente inter e extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico”.⁹⁴⁰

No mesmo sentido Ribeiro⁹⁴¹ admite que as cláusulas gerais são normas em aberto e que dependerão de preenchimento pelo intérprete/aplicador dentro do sistema, mas admite a utilização de parâmetros extrajurídicos, tal como a ética e a razoabilidade econômica, por exemplo. Ou seja, na fundamentação deve se ter em mente o próprio caso concreto, contudo pode se basear em elementos fora dele. Ainda que se preceitue a unidade do sistema jurídico deve-se recordar que está inserido em um ambiente social coexistindo com outros sistemas que podem ou não gerar interferências, como se vislumbrou no círculo hermenêutico entre direito e política no capítulo 3.

Daí destacar as já explanadas funções das cláusulas gerais: abertura, mobilidade e ressystematisação⁹⁴² do sistema jurídico. Em se tratando de sua vagueza

⁹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 145.

⁹³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas no direito privado 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 183.

⁹³⁹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

⁹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 157-8.

⁹⁴¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

⁹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 157-8.

socialmente típica é possível vislumbrar a sua evolução junto com a sociedade, na medida em que permite também que se adeque o sistema, ressystematização.

Os conceitos da tópica acima expostos podem auxiliar “sobremaneira o estabelecimento da regra do precedente”⁹⁴³ em especial porque aproxima os conceitos jurídicos da realidade/vivência social, permitindo o círculo hermenêutico entre Direito e realidade.

Deve-se atentar também à fundamentação com base em julgados antecedentes, que compõem a jurisprudência como fonte do direito. Reiteradamente encontra-se sentenças e acórdãos que se limitam a repetir julgados anteriores, sem se preocupar com a identidade do caso atual com o caso passado. Ademais, não é a ementa do julgado que cria a jurisprudência, mas sim a sua fundamentação, sua *ratio decidendi*.

Não se pretende aqui verticalizar a teoria dos precedentes⁹⁴⁴, em especial porque se pretende muito mais elucidar o dever de fundamentação e sua má utilização pelo STJ do que propriamente aprofundar cada um dos requisitos legais. Até porque Taruffo⁹⁴⁵ indica que os precedentes não são mais uma exclusividade da *common law*, mas a diferença desse sistema se dá pela força que emana nesse sistema, além do conteúdo como decisão única a ser seguida, enquanto que *civil law* é entendido muito mais como um comportamento da jurisprudência, de modo plural.

⁹⁴³ DE CASTRO, Claudio Henrique. A Tópica no Direito Romano Clássico. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1999. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1880/1575>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v32i0.1880>.

⁹⁴⁴ Conforme Marinoni: “seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos do common law, de um point of law – e não de matéria de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.” V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015.

⁹⁴⁵ TARUFFO, Michele. **Precedente y jurisprudencia**. Ed. Universidade Icesi, 2007.

Theodoro, Nunes e Bahia⁹⁴⁶ ao discutirem a aproximação dos modelos da *common law* e da *civil law*⁹⁴⁷, diagnosticam inúmeros problemas no sistema jurídico brasileiro, sendo um deles a inadequada utilização dos precedentes judiciais. Segundo a análise, a fundamentação das decisões a partir de casos anteriores não se pode fazer de forma mecânica e sem interligação dos casos analisados. Ou seja, para permitir uma adequada incorporação dos métodos da *common law* não basta aplicar a mesma solução do caso antigo, mas sim, identificar os casos como semelhantes para só depois ter-se uma aplicação qualitativa que fundamente a decisão subsequente.

Mitidiero⁹⁴⁸ liga a adequada utilização dos precedentes ao dever de uniformização que incumbe aos tribunais, ou seja, uma adequada utilização do sistema de precedentes necessita de um Poder Judiciário que atenda aos pressupostos da unidade e coerência conforme expostos no item 3.1. O autor faz a adequada distinção entre súmulas, precedente e jurisprudência indicando os equívocos da lei processual e responsabilizando cada qual pela sua produção:

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam *precedentes*. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à *jurisprudência*. As *súmulas* podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de qualquer dessas Cortes.

Assim, incumbe às cortes superiores a função de dar unidade ao direito, o que pela presente pesquisa não se verificou. Seja por precedentes, por jurisprudência ou súmula não pode a decisão apenas indicar, nem sequer deixar de utilizar, sem justificativa quando arguida pela parte, apenas pela referência sem vincular as razões que prendem a resposta jurisdicional ao caso antecedente, pois a *ratio decidendi*

⁹⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52.

⁹⁴⁷ No mesmo sentido afirmando que a disciplina dos precedentes aproxima a *commonn law* da *civil law*.: FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 16.

⁹⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245/2015, p. 333-349. jul./2015.

“envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz”⁹⁴⁹.

Didier⁹⁵⁰ quando trata da aproximação da *common law* reconhece a vinculação entre a concretização das cláusulas gerais e o precedente:

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema da *civil law* do sistema da *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Dentre os problemas apontados por Theodoro, Nunes e Bahia⁹⁵¹ para a dificuldade da adequada construção da solução jurídica a partir de casos anteriores estão a inexistência de estrutura processual; a relação de tempo-espço no processo; e, por fim, a inexistência de magistrados com formação consistente no campo sociológico, político, administrativo e filosófico que lhe permita uma visão plástica do caso a ser julgado, com o juízo da consequência decisória”.

Menke⁹⁵² narra a técnica do grupo de casos especificamente para o preenchimento das cláusulas gerais, apontando um cuidado especial para que a utilização de precedentes de forma exagerada não retire do julgador o poder de concreção da norma ao caso concreto, retornando-se ao método subsuntivo.

A má utilização do dever de fundamentação a partir de casos antecedentes pelo STJ foi comprovada no item 4.3, quando se explanou, por exemplo, que num caso revisional de contrato de prestação de serviços educacionais o conceito de boa-

⁹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245/2015, p. 333-349. jul./2015.

⁹⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

⁹⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52. p. 48.

⁹⁵² Menke narra a técnica do grupo de casos trazendo informações acerca das discussões sobre ela na doutrina alemã. (Debate Weber x Beater) MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

fé objetiva baseou-se num julgado de investigação de paternidade. Tal situação é bastante corriqueira, tanto que na fase da pesquisa qualitativa, dos 5 acórdãos analisados em que se verificou a utilização de jurisprudência na fundamentação, em 3 deles (maioria, portanto) os casos utilizados como fundamento não tinha identidade alguma com o caso julgado.

Por isso, sendo a decisão judicial um “comportamento produtivo”, a fundamentação, em especial quando se utiliza jurisprudência de casos antecedentes, não pode se limitar a reprodução do caso, mas sim vinculá-lo à mesma situação fática pois só assim a conclusão será idêntica. Modificando-se o contexto e o cenário em que o caso está inserido, dito de outra forma, modificando-se a condição da tradição, o texto não apresentará sempre a mesma compreensão.⁹⁵³

As regras da experiência também assumem papel relevante “principalmente quando o juiz é chamado a explicar o sentido de um preceito legal”⁹⁵⁴ tal como ocorre na densificação das cláusulas gerais e a lei processual continua a possibilitar a sua utilização⁹⁵⁵. Barbosa Moreira⁹⁵⁶ distingue a utilização das regras da experiência ao preencher os conceitos indeterminados daquela utilizada no processo, contudo percebe-se em ambas a possibilidade do intérprete utilizar elementos extrassistemáticos, confrontando direito e realidade.

As regras da experiência constituem questões de direito⁹⁵⁷, e por isso sujeitas a controle inclusive pelas cortes superiores e, por isso, carregam a capacidade de fechamento da discricionariedade do juiz, pois por meio delas o costume como fonte do direito pode ser incorporado à decisão judicial tal como se verá na abertura do sistema de fontes no próximo item. A sua ligação com o costume pode ser percebida no seu conceito: “são formulações gerais fundadas na observação daquilo que normalmente acontece em dada sociedade historicamente considerada”⁹⁵⁸, o que demonstra a ligação com a facticidade e o horizontes de sentidos da hermenêutica filosófica.

⁹⁵³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 236.

⁹⁵⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 106.

⁹⁵⁵ Art. 375, CPC

⁹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979.

⁹⁵⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 108.

⁹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 400.

No texto da nova lei processual o juiz está mais liberto para a utilização das regras da experiência⁹⁵⁹, e não mais apenas quando “em falta de normas jurídicas particulares” tal como previa a lei processual revogada, mas continua obrigado a realizar a fundamentação vinculando-as ao caso concreto em discussão tal como preceitua o dever previsto acima, seja pela tópica, seja pelo contraditório ou pela motivação.

É possível, portanto, identificar no CPC a ideia de “processo justo” trazida por Theodoro Junior⁹⁶⁰ influenciado pela doutrina italiana. Considerando as garantias constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões do devido processo legal e da razoável duração do processo, entre outros, pode-se identificar um “superprincípio” que garante a prestação jurisdicional de forma correta, justa, efetiva, proporcional e razoável, buscando a harmonização de todos os demais princípios, sejam constitucionais, sociais e processuais. O autor afirma que o processo justo se relaciona com os valores da coletividade e com os parâmetros constitucionais, mediante um juiz imparcial e respeitando um tempo razoável. Percebe-se que fatores externos da coletividade interferem na ideia de justiça, tal como se verá no diálogo entre as fontes, bem como a figura do intérprete tem relevância.

Por tudo isso, para consagrar o Estado Democrático de Direito, o processo aparece como um meio de realização dos princípios, direitos e valores aceitos e buscados pela sociedade atual, pois por meio da prestação jurisdicional é possível não apenas aplicar a regra positivada, mas sim construir uma decisão justa por meio da complementação da norma posta, por meio da interpretação constitucional buscando a efetividade dos direitos fundamentais.⁹⁶¹

Deve-se implementar um “debate processual acurado e participativo para que se colham o máximo de informações e se profiram decisões fundamentadas racionalmente, especialmente, quando em discussão a aplicação de um direito

⁹⁵⁹ Art. 375 CPC

⁹⁶⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In: **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 173-4.

⁹⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In: **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

fundamental”⁹⁶², para que assim se atinjam os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Constata-se portanto que a perspectiva do Código de Processo Civil concede poderes ao juiz para a concretização do direito, porém limita a sua atividade conforme o dever de fundamentação, permitindo que o juiz exerça a construção da norma e a concreção do Direito em cada caso concreto. Isso deverá acontecer num aberto sistema de fontes, que se verá a seguir.

4.4.2.3 *Diálogo entre as fontes como meio para a concretização do Estado Democrático de Direito*

Na sociedade contemporânea, complexa e de risco narrada no item 2.1, é possível constatar também uma crise de fontes no sistema jurídico. Primeiramente, cabe ressaltar que fenômenos sociais aliados à complexidade, causaram não apenas mudanças econômicas e políticas, mas também no sistema jurídico. Percebe-se que a soberania nacional teve seu papel discutido⁹⁶³, como ocorre com a globalização, bem como a norma positivada perdeu seu papel de centralidade no sistema.

Notadamente no que tange ao sistema de fontes, percebe-se que fenômenos, tais como a globalização, inauguraram um novo espaço, um “espaço jurídico global”⁹⁶⁴ no qual é possível identificar novas fontes, tais como os tratados e convenções internacionais, jurisprudência das cortes internacionais e arbitrais, a nova *lex mercatoria* e os novos costumes estabelecidos nessa nova realidade. Tudo isso quando comparado aos sistemas legislativos internos acabam tornando estes mais fracos em relação àqueles, pois o mercado acaba ditando suas regras e se auto-organizando sem a necessidade da previsibilidade e eficácia da regra jurídica.

⁹⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52. p. 19.

⁹⁶³ Zolo discute a evolução do Estado e superação da soberania: “Hoje, sustenta-se, todo o sistema westphaliano encontra-se em declínio porque a soberania ‘externa’ dos Estados nacionais está sufocada pelo poder avassalador de autoridades supranacionais, enquanto a soberania ‘interna’ passa por um processo de erosão, além de sofrer a interferência de fontes normativas externas, de uma série de contrapoderes locais que reivindicam espaços de autonomia cada vez mais amplos.” ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 58.

⁹⁶⁴ ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 70.

Constata-se, portanto, que a globalização contribuiu para a crise do Estado de Direito, e também a partir dela pode-se constatar uma crise no sistema de fontes.

Na análise histórica dos modelos francês e inglês ao longo do Século XIX e XX, Costa⁹⁶⁵ aponta a elevada função jurisdicional nesse e importância do costume e do direito natural naquele, considerando inclusive a necessidade de trasmudar os direitos naturais e os direitos humanos em civis. Ferrajoli⁹⁶⁶ por sua vez ao analisar a crise do Estado Constitucional de Direito conclui pela perda da supremacia do texto constitucional na medida em que a pirâmide kelseniana⁹⁶⁷ deve ser revista a partir da polarização econômica e política dos países por meio de blocos (União Europeia como exemplo) e tratados internacionais como realidade, e necessidade, da sociedade globalizada.

Nesse cenário globalizado, de fontes normativas plurais e inúmeras identidades culturais, Jayme⁹⁶⁸ em seu curso de direito internacional em Haia no ano de 1995 propôs um método que se destina a coordenar as fontes ao invés de uma solução hierárquica tradicional.

Jayme⁹⁶⁹ ao analisar a pós-modernidade e seus reflexos no sistema jurídico aponta o direito comparado como uma nova fonte do direito, ressaltando a pluralidade como valor jurídico ao mesmo tempo em que reconhece as diferenças das ordens jurídicas nacionais. Demonstra a necessidade de abertura (dos intérpretes e dos sistemas) para se afastar do formalismo e construir decisões que atendam às novas necessidades, plurais e globais.

Tepedino⁹⁷⁰ pactua do entendimento de Jayme e sustenta a existência de uma “cultura jurídica pós-moderna”, buscando o papel primordial dos direitos humanos,

⁹⁶⁵ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 110-1.

⁹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 442.

⁹⁶⁷ Sobre a revisão da estrutura piramidal e a desnecessidade de uma norma fundamental ver RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 184-7.

⁹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

⁹⁶⁹ JAYME, Erik. Visões pra uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759/1999, p. 24-40. jan./1999.

⁹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. JAYME In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 6.

caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos.⁹⁷¹ Aponta o pluralismo não apenas de leis, mas também de vítimas, de causadores de danos, de relações multifacetadas. A principal contribuição do pluralismo reside na desconstrução do sistema fechado, das categorias e dos institutos jurídicos. Quanto à comunicação, como “valor máximo da pós-modernidade”, enxerga “o direito como instrumento de comunicação, de informação, de valorização do eterno e do transitório”, além de se mostrar como meio de proteção dos mais fracos. Sobre à narrativa, vislumbrou que as normas “não criam deveres mas simplesmente descrevem valores”. E o último, o retorno aos sentimentos, é designado pelo autor como a preocupação não apenas com os fatores externos que influem na sociedade, mas sim dos valores humanos, que acabam por desencadear na proteção dos direitos humanos.

No mesmo sentido, Lorenzetti⁹⁷² narra a pós-modernidade como “a era da desordem”, na medida em que constata uma crise no sistema jurídico. Narra uma crise na noção jurídica de povo e de cidadão, diante de fatos como o multiculturalismo e a colisão de direitos fundamentais; uma crise estatal, diante da constatação de um Estado mínimo; também o desprestígio da lei diante da infinidade de leis que pretendem regular todos os fatos sociais, porém sem êxito. A quantidade exacerbada de leis gera um fenômeno totalmente oposto à sua intenção original: ao invés da busca pela norma que regulará o fato, constata o descrédito da sua tutela e a fuga para mecanismos de pactuação de regras contratuais próprias, já que as leis não dão conta da velocidade das mudanças fáticas, sociais e novas necessidades humanas.

Costa⁹⁷³ aponta a necessidade da conversa entre a soberania parlamentar e o direito jurisprudencial, demonstrando que desde a origem pode-se considerá-los elementos complementares e não antagonísticos. Afirma que “o direito e os direitos nascem do tecido institucional da sociedade que constitui, por um lado, a matriz originária do próprio Estado, e, por outro, o polo obrigatório de referência de sua ação”, chegando a afirmar que a garantia do sucesso do Estado de Direito reside no equilíbrio

⁹⁷¹ No mesmo sentido: MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁹⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 53-6.

⁹⁷³ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 147; 166.

dinâmico dessas formas institucionais. Portanto pode-se concluir que o direito não se limita à lei positivada, mas extrapola o texto para buscar soluções nas fontes externas, seja pelo entendimento jurisprudencial, na visão prospectiva já analisada, seja no sistema social, tal como o costume.

Constata-se que a complexidade da pós-modernidade, aliada aos fenômenos já narrados da superação da dicotomia do público-privado e a ideia da superação da completude do sistema codificado almejam uma nova realidade para a interpretação e aplicação do Direito. O então modelo codificado oitocentista defendia a postura completa, fechada e autossuficiente que não mais se aplica às relações sociais complexas da atualidade, pois a lei positivada não pode dar conta da realidade, já que andam em velocidades absolutamente distintas. A ideia de que a lei poderá prever e regular antecipadamente todas as situações fáticas, cai por terra na atual conjuntura.⁹⁷⁴

Tepedino⁹⁷⁵ narra inúmeras situações cotidianas que implicariam na ausência de resposta jurisdicional se se considerasse a teoria hermenêutica tradicional, tais como: as problemáticas advindas da responsabilidade civil no caso da multiplicação de danos ou de vítimas, e a dificuldade da prova de seus requisitos tradicionais (conduta, culpa, dano e nexos causal); problemas advindos das novas tecnologias, desde os danos e riscos advindos delas, bem como a necessidade de informação adequada; as questões relativas ao biodireito; entre outras apontadas pelo autor, que, segundo ele resolver-se-iam simplesmente pela cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana.⁹⁷⁶

Necessário, assim, abrir o sistema de fontes para possibilitar a regulação desses novos problemas. Martins-Costa⁹⁷⁷ considera o sistema de fontes de quatro espécies: a fonte legal que se origina do poder estatal de legislar; a fonte consuetudinária onde aparecem as relações sociais e coletivas, como comportamentos reiterados; a jurisdicional a partir das decisões anteriores emanados do Poder Judiciário; e, por fim, a fonte negocial, que se manifesta pela análise dos

⁹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2.

⁹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil**. – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 24-5.

⁹⁷⁶ Sobre responsabilidade por danos v. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**: imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

⁹⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 333.

pactos firmados pelos particulares. Tais fontes geram modelos que nunca são estáticos, mas sim abertos e seguem a dinamicidade social.

Tanto é a diversidade de fontes e ultrapassagem das fronteiras nacionais com fenômenos como a globalização da economia e do consumo, por exemplo, sem falar da internet, que Fachin⁹⁷⁸ reflete sobre a iniciativa da elaboração de um Código Latino-americano de Princípios Contratuais, para atender adequadamente as situações cotidianas envolvendo os países americanos, atestando a necessidade de abertura do sistema de fontes para uma nova realidade global.

Após o exaurimento da discussão da necessidade ou não de codificar, superada pela publicação do Código Civil de 2002, e da constatação da sua convivência harmônica com os demais microssistemas já citados, que regulam diariamente a vida do indivíduo, convivendo, ainda, com inúmeros pactos, tratados e convenções internacionais que interferem diretamente na construção do direito, nota-se uma “genuína crise de fontes normativas”.⁹⁷⁹ Afinal, como seria possível graduar uma aplicação hierárquica, cronológica, ou qualquer outra diante da infinidade de regulamentos? Como atender as diversas demandas sociais que exigem uma resposta do direito?

A crise das fontes e a crise política estão imbricadas:

In un coerente e adeguato sistema delle fonti dovrebbe essere garantita la effettiva attuazione della scelta politica. L'attuale crisi del primato politico è particolare, perché tale primato è apparente e formale. Completa è la commistione tra il potere politico e il potere economico, tra la politica come protagonista dell'economia e la politica come luogo degli affari. L'uomo politico tende a rappresentare non soltanto interesse di terzi, ma soprattutto i propri: è protagonista dello sviluppo economico ed è 'azionista' di questo sviluppo. Un'epoca di perdita di moralità e di decadenza' l'etica degli affari prende il sopravvento. I provvedimenti legislativi, e non soltanto quelli nazionali, sono preparati dagli studi delle società multinazionali o da chi comunque ha per essi interessi prevalenti. La rappresentanza politica tende a tramutarsi in una rappresentanza fittizia e a lasciare che pochi,

⁹⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil brasileiro contemporâneo e as normas jurídicas transterritoriais**: novas problematizações para um código de princípios. Disponível em: <<http://www.posbaiana.com.br/files/Artigo%20Professor%20Luiz%20Edson%20Fachin%20Direito%20Civil%20brasileiro%20contemporâneo%20e%20as%20normas%20jur%C3%ADdicas%20transterritoriais%20novas%20problematizações%20para.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5-6.

i piú forti ed organizzati, decidano per tutti. Con l'avvento della legge del piú forte, è inevitabile che siano in crisi diritto e giustizia.⁹⁸⁰

Ao mesmo tempo em que se deve assegurar a estabilidade pela aplicação da norma positivada, deve-se adequá-la, de forma ética, aos fatores externos da sociedade, tal como mercado e economia. Ou seja, aplicar a lei criada por um Legislativo desacreditado⁹⁸¹ não mais satisfaz a necessidade da segurança e estabilidade.

Diante dessa complexidade social, já não se pode entender a aplicação das regras pelo modelo da mera subsunção⁹⁸², e nem pela antigas regras da especialidade ou da anterioridade trazidas pela Lei de Introdução, seja na sua versão original como introdução ao Código Civil, seja modificada como introdutória às normas do direito brasileiro.⁹⁸³ Deve-se perceber que inúmeras questões não se encaixam perfeitamente nos suportes fáticos existentes⁹⁸⁴ necessitam de uma regulação e, mormente, de uma resposta quando é posta sob a análise do Judiciário. Assim, o sistema tradicional das fontes e da interpretação não mais atende aos pressupostos exigidos por essa nova realidade.

Perlingieri⁹⁸⁵ ao discutir a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico, critica a divisão exagerada do Direito em inúmeras especialidades e micro sistemas. Alega que a especialidade demasiada faz que o jurista perca a noção unitária do ordenamento e não identifique claramente o sistema do pluralismo de fontes. Sem negar a posição de centralidade da Constituição e seus princípios, o autor identifica no sistema de pluralismo das fontes uma saída eficaz para a concretização do Direito a partir dos valores constitucionais e não apenas na atividade subsuntiva

⁹⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 27.

⁹⁸¹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010. p. 59.

⁹⁸² AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

⁹⁸³ Decreto-lei 4657/1942

⁹⁸⁴ ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

⁹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2-3.

como explicitado acima. Defende, portanto, a unidade do ordenamento, seja pela criação legislativa, pela aplicação jurisprudencial ou pelo contexto social. Mas ao mesmo tempo entende que o pluralismo do sistema de fontes deve sempre ter a Constituição como coluna vertebral.

Martins-Costa⁹⁸⁶ ensina que a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais conecta-se diretamente com a crise das fontes, bem como com a metodologia da ciência do direito. Isso porque as cláusulas gerais:

constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento positivo.

Percebe-se assim que as cláusulas gerais permitem integrar o sistema de fontes plurais, aberto e complexo, concretizando a criação do direito tal como preceitua a teoria estruturante de Muller, na perspectiva do círculo hermenêutico gadameriano quando se adequa a regra aberta ao caso concreto numa tríplice de interpretação, compreensão e aplicação, cabendo ao intérprete a função de, atento em especial à doutrina como fonte na visão prospectiva de Fachin, construir uma decisão adequada como resposta que o direito sempre deve dar à sociedade.

Em sua estrutura normativa, as cláusulas gerais, apesar de serem consideradas normas completas, podem ser consideradas normas em branco, ainda que parcialmente, pois serão completadas pela referência a regras extrajurídicas. O seu preenchimento demanda uma atitude ativa do julgador que buscará no próprio ordenamento ou fora dele critérios para criar o Direito no caso concreto. “Compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, *criando direito*, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências”.⁹⁸⁷ Ou seja, o Judiciário terá o sistema de fontes como possibilidade de criação da solução, ao mesmo tempo em que o mesmo sistema de fontes limitará tal criação. Deve-se esclarecer que a atitude do julgador nesse caso não será um ato de vontade, mas sim

⁹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado** : sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 274.

⁹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 329-330.

um ato de conhecimento que se concretizará pela construção do Direito no caso concreto pela utilização do sistema das fontes.

Em entrevista dirigida por Tepedino e traduzida por Marques, Jayme⁹⁸⁸ afirma sua base de formação interdisciplinar e aberta, voltada a questões sociológicas e filosóficas. O autor admite a relevância da norma positivada e codificada, ao mesmo tempo em que defende o diálogo das fontes. Explica a existência de normas narrativas no direito alemão (normas que trazem valores e apenas iluminam a aplicação das demais), e elucida o diálogo das fontes:

O 'diálogo das fontes' significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado.

Destaca-se portanto, um novo modo de pensar o direito na realidade, não mais estático, mas sim dinâmico e voltado ao caso, utilizando as fontes do direito "lado a lado".

Nessa linha, pelas lições do mesmo jurista, Marques⁹⁸⁹ trouxe ao sistema brasileiro que se caracteriza por um método que preceitua a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias leis afastando os antigos critérios da anterioridade, especialidade ou hierarquia.

Miragem⁹⁹⁰ explica que

frente à complexidade dos fatos sociais e das fontes normativas que os regulam total ou parcialmente – porém simultaneamente – é que se exige método de solução de antinomias não afetas ao paradigma de mera validade formal do direito, mas que se estabeleçam a partir de uma interpretação da norma jurídica que não se oriente apenas pelo critério da compatibilidade/não contrariedade entre normas, mas pelo caráter valorativo e promocional do direito.

⁹⁸⁸ JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁹⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-20.

⁹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

O citado método parte do pressuposto que leis gerais e especiais, bem como leis nacionais e internacionais possam ser utilizadas ao mesmo tempo, numa coordenação e aplicação simultânea⁹⁹¹, para solucionar uma lide, sem que haja revogação expressa ou tácita de uma pela outra. Trata-se de um método de teoria geral do Direito que parte do pressuposto da unidade do sistema já explicitada por Engisch e Bobbio, mesmos doutrinadores que sustentam a teoria original.⁹⁹²

A partir da ideia de pluralismo pós-moderno, afirma Marques⁹⁹³ que o diálogo se apresenta de três modos distintos, mas sempre tendo em vista princípios e regras constitucionais numa interpretação conforme a Constituição: diálogo sistemático de coerência; de subsidiariedade e complementariedade; e de adaptação ou coordenação. O primeiro nasce da aplicação de uma lei central e de um microsistema ao mesmo tempo – servindo uma lei de “base conceitual” para a outra. O segundo, quando uma lei complementa a outra, seja pelas normas, princípios ou cláusulas gerais. E o terceiro parte da aplicação conjunta de duas regras, sendo uma influenciada pela outra e vice-versa. A ideia é fazer com que as leis sejam aplicadas conjuntamente procurando eficiência “funcional do sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo”.

Percebe-se que, pela abordagem de Marques, inova-se a regra tradicional da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas pressupõe sempre a aplicação de fontes normativas positivadas, ou seja, sempre a lei. Os diálogos citados pela autora são exemplificados a partir da concomitância do Código Civil⁹⁹⁴, considerado como lei geral, do Código de Defesa do Consumidor, como microsistema, e de leis especiais, tais como a leis de planos de saúde, por exemplo.

⁹⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

⁹⁹² MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

⁹⁹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32-3.

⁹⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. O diálogo entre do Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45/2003, p. 71/99. jan./mar. 2003.

Miragem⁹⁹⁵ amplia o diálogo das fontes para outras áreas, para além do direito internacional das primeiras lições, e entre o Direito Civil e do Consumidor, tal como previsto por Marques, pois entende-o como “um método de interpretação sistemático, e que deve ser compreendido segundo as premissas do pensamento sistemáticos do direito” e que propõe “uma interpretação orientada por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal”.

Exatamente com a mesma visão Perlingieri⁹⁹⁶, que considera a unidade do ordenamento, quando trata da interpretação ensina que deve ser realizada em dois vetores: sistemático e axiológico. O primeiro “exige que o ordenamento seja interpretado em sua unidade”, ao passo que o segundo pressupõe que a interpretação leve em conta não só o valor da lei, mas também os valores constitucionais, internacionais, comunitários, permitindo que a resolução da lide seja uma construção legítima na visão do ordenamento como um todo. Reconhecer o pluralismo das fontes do Direito é inegável, e vislumbrar que a tradição constantemente modifica interpretações e até mesmo a própria lei, faz com que se privilegie uma interpretação conforme os valores constitucionais, ao lado da historicidade⁹⁹⁷ e da experiência.

Tepedino⁹⁹⁸ alerta que não se pode “confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas”. Anui com a posição de Perlingieri no que se refere à unidade do sistema, defendendo a complexidade do mesmo e aquiescendo que sua formação depende de elementos normativos, tais como as leis, bem como de elementos sociais, já que considera como relevantes os valores sociais, bem como “as matizes culturais, informadas por valores historicamente determinados, presentes no seio social”.⁹⁹⁹

⁹⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 78-80.

⁹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil -Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

⁹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 264.

⁹⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 29.

⁹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 30.

Portanto, entende-se que o sistema de fontes é plural, composto por normas, regras, princípios, costumes, tratados internacionais, etc., e não se pode limitar o diálogo apenas entre as regras positivadas, tal como proposto por Marques. Deve-se ir além.

Para Perlingieri¹⁰⁰⁰

o conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e predisposto, que pode ser definido, pela sua função, como 'ordenamento' (jurídico), e, pela sua natureza de componente de estrutura social como 'realidade normativa'.

A proposta de Miragem¹⁰⁰¹ segue tais premissas e vai além da aplicação simultânea das regras positivadas e propõe a complementariedade das normas sob orientação constitucional. Resume o diálogo das fontes como uma “espécie de interpretação sistemática, fundado na unidade do ordenamento e supremacia da Constituição, cuja contribuição original resulta da diretriz de compatibilização de normas e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementariedade”.

Evidencia-se portanto na proposição de Miragem uma maior abertura do diálogo para outras áreas do direito, não se restringindo ao civil-consumidor, mas também abrangendo hipóteses nas áreas ambiental¹⁰⁰², família, criança, administrativo, entre outros, sempre à luz da Constituição. Porém apesar do alargamento, ainda se vislumbra a existência de suportes fáticos que inclusive constam em mais de uma norma, e por isso permitem a aplicação complementar. Permanecem contudo sem resposta os fatos sociais que não possuem uma norma a tutelar.

¹⁰⁰⁰“L'insieme di principi e di regole destinato ad ordinare la coesistenza costituisce l'aspetto normativo del sociale. Regole e principi, interdipendenti e coessenziali, elementi di un insieme unitario e gerarchicamente predisposto che può essere definito, per la sua funzione, 'ordenamiento' (giuridico) e, per la sua natura di componente della struttura sociale, 'realta normativa'”. V. PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 9.

¹⁰⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 72.

¹⁰⁰²Sobre a possibilidade de diálogo das fontes entre direito ambiental e direito do consumidor. DE OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Conexões entre novos direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.66/2008, p. 36-48. abr./jun. 2008.

Engelmann¹⁰⁰³ enfrenta essa problemática diante das nanotecnologias. Narra o autor que, nesse tema, não há lei positivada que permita a subsunção, o que ocasionaria a falta de resposta do sistema jurídico. Conforme já dito, o positivismo jurídico ponteano parte do pressuposto de que a norma preexiste ao fato e, após preenchido o suporte fático é que se dará a sua aplicação.

Ao analisar a relação entre direito e realidade Mello¹⁰⁰⁴ explica que “a norma jurídica se realiza no mundo social pela concreção de seu suporte fático (=ocorrência dos fatos previstos) e pelo comportamento social de acordo com seus ditames (=realização das consequências).”

A teoria não resolve entretanto, situações fáticas para as quais não haveria previsão legal. Não havendo suporte fático, não haveria subsunção da norma e, portanto, inexistência de regulação jurídica. Não havendo sequer regra a dialogar, não haveria como construir a resposta jurisdicional. Contudo, não poderá o sistema jurídico se eximir da resposta ao problema, pelo que o autor revisita a teoria do suporte fático ponteano, sugerindo o diálogo *entre* as fontes, indo além da proposta do diálogo *das* fontes.

Primeiramente, revisita-se a “noção e a abrangência da noção de ‘norma jurídica’”¹⁰⁰⁵ pois considera como norma não apenas a lei positivada, mas abarca também outras fontes, tais como:

Num primeiro grupo, ao lado das leis produzidas pelo Legislativo (seja a Constituição ou regras infraconstitucionais), coloca os princípios, os costumes¹⁰⁰⁶, a doutrina¹⁰⁰⁷, atos provenientes de mediação, negociação e arbitragem, normas produzidas por Agências Reguladoras, entre outras.

¹⁰⁰³ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 319-44.

¹⁰⁰⁴MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

¹⁰⁰⁵ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 329.

¹⁰⁰⁶Lorenzetti afirma que a “eficácia da lei depende exclusivamente do ‘consenso social’” e também trata o costume como fonte do direito. V. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 58.

¹⁰⁰⁷Sobre a doutrina como fonte: AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable**: la justification en droit. Bruxelles ve Paris: E. Story-Scientia, 1992. p. 161-3

No segundo grupo, as fontes internacionais, as que protegem direitos humanos, aqui incluídos os tratados e convenções internacionais, costumes internacionais, *Lex mercatoria*¹⁰⁰⁸, *Lex electronia*, Normas produzidas pela ISO, por órgãos da ONU, entre outras;

Por fim, no terceiro grupo, o autor coloca as normas produzidas por organizações, especialmente as empresariais, aqui incluídos os programas de cumprimento e programas internos.

Isso demonstra que a norma jurídica positivada retrata apenas uma parte da quantidade de normas disponíveis no sistema social que poderão ser utilizadas pelo sistema jurídico para construir a resposta para o problema ou situação que lhe foi proposto. O autor afirma que

A falta de normas reguladoras específicas não poderá gerar a impressão de um 'espaço jurídico vazio', onde tudo que não esteja proibido é permitido. A pesquisa [...] pretende mostrar o contrário: uma efetiva gestão empresarial do risco estará preocupada com as normas reguladoras e técnicas já vigentes, e em condições de serem aplicadas às nanotecnologias. Busca-se a construção de um efetivo 'plano de cumprimento normativo', fundado no respeito aos Direitos (dos) Humanos, aí abrangidos a preocupação com a vida e a saúde das pessoas e com a preservação do meio ambiente.¹⁰⁰⁹

Ou seja, não se pode pressupor que os fatos sociais ingressem no sistema jurídico apenas a partir do preenchimento do suporte fático da norma positivada, pois nem sempre essa subsunção é perfeita e a complexidade da contemporaneidade exige uma abertura para que se possa solucionar situações não antevistas pelo legislador.¹⁰¹⁰ Ademais, a velocidade das relações sociais, a diversidade da sociedade complexa, a globalização e as situações transfronteiriças, tudo isso demanda uma resposta adequada do sistema do Direito que não pode se furtar quando é exigido.

¹⁰⁰⁸Lorenzetti admite a *Lex mercatoria* como "instrumento mediante o qual se realiza a inovação jurídica". V. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 57.

¹⁰⁰⁹ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 330.

¹⁰¹⁰ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 331.

Retorna-se, portanto, à dinamicidade do conceito original proposto por Jayme¹⁰¹¹ de “aplicar lado a lado” de forma cumulativa todas as fontes do direito, mas não apenas a regra positivada.

O diálogo *entre* as fontes comunica as fontes internas e externas do Direito, num “triplo movimento simultâneo: entre as fontes internas, entre as fontes externas e entre as internas e as externas”.¹⁰¹² Por isso o diálogo *entre* as fontes proposto por Engelmann é mais amplo e abrangente do que aquele diálogo *das* fontes proposto por Marques. Nesse apenas a regra positivada se comunicava, ao passo que agora abre-se significativamente o sistema de fontes do Direito para abranger as internas e as externas, como explicitado.

Neves admite o diálogo, porém nomina-o de forma distinta. Ao discutir a relação entre princípios e regras, sua normatividade e o sistema do direito, afirma que em face da existência de “legislação, jurisprudência, atos administrativos e prática estabelecidas (costumes jurídicos) impõe-se tanto ao teórico ou doutrinador quanto ao intérprete-aplicador do direito, sobretudo em caso de controvérsias sobre o padrão a ser seguido, estruturar o material normativo”¹⁰¹³. Ou seja, denominar de estruturação do material normativo significa admitir que o intérprete confere sentido à regra ou ao princípio, no caso concreto, afastando-se das premissas clássicas de aplicação pelas regras da temporalidade ou da especialidade. Não se busca mais uma relação estática entre as fontes do direito, nem sequer uma “hierarquia linear”¹⁰¹⁴ entre lei e Constituição, mas sim uma relação dinâmica, fundada no círculo hermenêutico e na fusão de horizontes.

Müller¹⁰¹⁵ também admite o diálogo entre as fontes (considerando não apenas as regras positivadas), ainda que também não o denomine dessa forma, quando afirma que “na concretização da norma, as ideias normativas fundamentais não

¹⁰¹¹JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 29 set. 2016.

¹⁰¹²ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

¹⁰¹³NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 103.

¹⁰¹⁴NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 120.

¹⁰¹⁵MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. XIII.

podem ser isoladas no caso particular e definidas de modo separado, bem como impostas ao âmbito material empiricamente investigado, sem demais intermediações”.

A norma constitucional, aqui entendida não apenas como regra (texto), mas também como princípios, permanece irradiando efeitos ao sistema de fontes, tal como preceituado na proposta original, afinal

os princípios e métodos de interpretação constitucional preservam o seu significado, exercendo, porém, uma nova função: eles são os ‘filtros’ sobre os quais a força normatizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo.¹⁰¹⁶

Acolhendo a abertura do sistema de fontes e utilizando a dinâmica da interpretação à luz da Constituição admite-se que a atividade criadora do direito pode se dar fora da legislação, contudo a “inviolabilidade do direito e da Constituição advinda do Estado de Direito” devem ser os limites à concretização do direito no caso concreto:

o ato de concretizar regras fundamentais de direito, mesmo sem o respaldo positivos em seu texto normativo, que se mantém apenas de modo genérico, bem como tornar tais regras práticas para os diferentes tipos de caso, não é algo que estará em contradição com a teoria (da norma) jurídica.¹⁰¹⁷

Portanto, ainda que se permita a concretização em cada caso, faz-se necessário o respeito à Constituição, aqui não entendida como texto, mas sim como centro dinâmico do ordenamento unitário, composta não apenas de regras, mas sim de normas e princípios.

Nesse particular Müller¹⁰¹⁸ aponta especificamente as cláusulas gerais, considerando que elas não possuem clara definição de seu âmbito normativo, que poderá variar conforme o caso a ser interpretado. Portanto constrói-se a resposta de acordo com o sistema jurídico mas não necessariamente atrelado a um “texto literal positivamente responsável por isso”.

¹⁰¹⁶HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 43-4.

¹⁰¹⁷MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

¹⁰¹⁸MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. X.

Referindo-se ao papel dos princípios nessa nova realidade, Moraes¹⁰¹⁹ afirma que são fundamentais na abertura do sistema jurídico, pois é por deles que o Judiciário poderá concretizar o real sentido do Direito Civil-Constitucional.

A constitucionalização do Direito Civil, *supra*, inaugurou uma nova postura dos juristas na aplicação do Direito no caso concreto, que agora deve se dar a partir dos princípios constitucionais. A leitura da lei infraconstitucional deve ser feita pelos princípios e garantias fundamentais, bem como, possibilitando ao julgador uma resolução da lide conforme os novos valores do Estado Democrático de Direito. Assim, seja pela aplicação direta da Constituição, seja pela aplicação indireta, o texto constitucional será uma obrigatoriedade de qualquer modo.¹⁰²⁰

Diante da ideia da unidade do sistema verifica-se que os princípios despontam como vetores especiais, considerando que desempenham função unificadora do sistema. Fachin¹⁰²¹ aponta a importância dos princípios constitucionais como uma possibilidade de juízo crítico e fundamentado, dos intérpretes e aplicadores do Direito, buscando a conformação de sua decisão à ordem normativa da realidade.

Por sua vez, sobre a doutrina como fonte do Direito vale ressaltar a sua importância na dimensão prospectiva de Fachin elucidada no item 3.3.3 acima, bem como as lições de Martins-Costa¹⁰²² que narra primeiramente a perda da credibilidade da doutrina no cenário contemporâneo para depois admitir o seu papel construtivo e progressivo.¹⁰²³

A proposta do diálogo entre as fontes coaduna com todos os fenômenos narrados nesse estudo, em especial a participação por meio do processo, a publicização do Direito Privado, a constitucionalização do Direito Civil, a teoria

¹⁰¹⁹MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio de In: NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹⁰²⁰“Una conferma della conclusione raggiunta sarebbe agevole trarre dall’analisi di significativi orientamenti in dottrina e presso le Corti. Si può dunque affermare che sia nella applicazione c.d. indiretta – che avrà pur sempre luogo quando sussista nella legislazione ordinaria una normativa specifica, o clausole generali o principi espressi – sia nella applicazione c. d. diretta – definita in tal modo per l’assenza dell’intermediazione di un qualsiasi enunciato normativo ordinario – la norma costituzionale finisce con l’essere utilizzata comunque.” PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 18-19.

¹⁰²¹FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 158.

¹⁰²²MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁰²³No mesmo sentido Menke aponta para o papel crítico-construtivo da doutrina no preenchimento das cláusulas gerais. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

estruturante e a dimensão prospectiva do Direito, buscando confirmar o círculo hermenêutico entre doutrina e jurisprudência, entre direito e realidade.

Isso porque o diálogo pressupõe a aplicação simultânea das fontes do Direito sem a ideia de exclusão ou de dicotomia, bem como determina que o fluxo das fontes respeite sempre os vetores constitucionais bem como os fatores extrassistemáticos, como o costume ou a economia, por exemplo. A Constituição deixa de assumir um caráter hermenêutico de mera fiscalização para direcionar a construção de uma resposta jurídica dentro de um sistema ordenado e coerente.¹⁰²⁴

Martins-Costa¹⁰²⁵ resume a experiência positiva da cláusula geral da boa-fé no sistema alemão, narrando que naquele país a experiência jurisprudencial pós-BGB permitiu a construção e o desenvolvimento do direito obrigacional, especialmente no que tange à abertura do Judiciário ao sistema de fontes:

uma dogmática jurídica criativa, fundada e amparada num elevado patamar cultural e na segurança das convicções científicas dos juristas que a operavam, possibilitou a criação de uma dinâmica ponte entre as fontes de produção jurídica e a solução dos casos concretos, percorrendo um percurso inacessível ao legislador – pois que colocado, este, antes do momento aplicativo e integrativo do direito.

Assim, a abertura hermenêutica para o diálogo entre as fontes reside exatamente na disposição legislativa¹⁰²⁶ na adoção de um sistema aberto, que permita ao intérprete a melhor construção jurídica que aquele determinado caso demanda, seja para o preenchimento de cláusulas gerais, seja para a construção de respostas para questões não positivadas. A iniciativa do diálogo está em sintonia com os fenômenos narrados, sendo a técnica legislativa das cláusulas gerais uma forma de propiciar a construção jurídica adequada à solução das situações que lhes são demandadas.

¹⁰²⁴ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12-3.

¹⁰²⁵MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 125.

¹⁰²⁶POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14, n. 14, p. 210-230. jul./dez. 2013.

Indiscutivelmente as cláusulas gerais reforçam o “poder criativo da atividade jurisdicional”¹⁰²⁷ e coadunam-se perfeitamente à proposição do diálogo entre as fontes como parâmetro, pois por meio da concretização das cláusulas gerais é possível identificar a abertura do sistema jurídico a:

valores ainda não protegidos legislativamente, a *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada) de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim constantes de universos metajurídicos.¹⁰²⁸

Assim, as cláusulas gerais podem ser consideradas a melhor forma de concretização do diálogo entre as fontes, ao mesmo tempo em que o método se apresenta como parâmetro para a sua concretização. Novamente se vislumbra circularidade.

Trazendo o diálogo entre as fontes para a presente pesquisa, percebe-se, primeiramente, que na comprovação da posição do STJ ao preencher as cláusulas gerais da boa-fé e da função social, não se vislumbrou a disposição do intérprete em utilizar as normas de forma dialogada.¹⁰²⁹

Na análise qualitativa percebeu-se que em muitos casos seria possível a aplicação conjunta de normas, propiciando o diálogo das fontes em sua versão mais simples, dialogando a regra civil com a consumerista, mas nem sequer isso se percebeu. No emblemático caso narrado no item 4.3, onde numa típica relação de consumo de prestação de serviços educacionais, o conceito da boa-fé foi realizado na regra civilista. Era caso de aplicação conjunta do CC e do CDC, seja pela relação de consumo, seja pela coexistência da cláusula geral da boa-fé em ambos os códigos.¹⁰³⁰ Sequer contradição ou antinomia era perceptível para tanto, mas nem assim, não se viu o possível (e necessário) diálogo.

¹⁰²⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

¹⁰²⁸DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

¹⁰²⁹Conforme item 4.3 *supra*

¹⁰³⁰Sobre a possibilidade de aplicação conjunta do CC e do CDC para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé: MARQUES, Claudia Lima. O diálogo entre do Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45/2003, p. 71/99. jan./mar. 2003.

Especificamente em 2 (do total de 3) casos em se discutia a função social da propriedade se fez referência à Constituição Federal, e em apenas 1 (do total de 36) se tratou de solidariedade, mas nesse último sequer a solidariedade foi elencada à categoria de princípio constitucional, sendo sua referência genérica como norma de conduta.¹⁰³¹

Percebe-se, assim, que na presente conjuntura o STJ não utiliza nem do diálogo das fontes, nem do diálogo entre as fontes, motivo pelo qual se propõe como um parâmetro a ser respeitado no futuro para o preenchimento das cláusulas gerais.

Dialogar as fontes representa, portanto, mais do que uma alternativa entre os demais “instrumentos de sistematização das fontes do direito” mas sim uma “justa resposta ao fenômeno da fragmentação e da insegurança normativa que a época pós-moderna nos apresenta”.¹⁰³²

A concretização da norma no caso concreto depende da sua compatibilidade com o sistema jurídico: “no interesse de uma clareza constitucional e da determinabilidade pelos princípios do Estado de Direito, o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização em circunstâncias a serem detalhadas” porém a vinculação à norma “não impede e também não deve impedir que os princípios no sentido da tópica entrem em jogo, tanto na concretização geradora da norma quanto na integração da pré-compreensão”.¹⁰³³

A apontada unidade do sistema jurídico situado na complexidade social permitirá uma integração maior entre princípios, regras, tradição e todas as fontes do direito, pois deverão ser interpretadas de forma unitária e harmônica sempre orientadas pelos vetores constitucionais. O diálogo entre as fontes pressupõe a unidade do sistema, ao mesmo tempo aberto, móvel e complexo, e está alicerçado no próprio círculo hermenêutico.¹⁰³⁴ A unidade ao lado da abertura permite que o julgador utilize-se de todas as fontes do direito, sejam internas ou externas, sempre

¹⁰³¹Conforme tabela constante do Apêndice.

¹⁰³²MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 122.

¹⁰³³MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico. Cap. V.

¹⁰³⁴ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

comunicando-se para que a solução dada ao caso concreto coadune com o sistema considerado em relação à sociedade e aos demais sistemas.

5 CONCLUSÃO

A presente tese nasceu a partir da constatação preliminar da pesquisadora do significativo aumento da quantidade de processos e da elevação da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, particularmente no Superior Tribunal de Justiça. Conforme comprovam os dados dos relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, anualmente são distribuídos cerca de 14 milhões de processos, excluídos os criminais, e somente o STJ recebe cerca de 350 a 400 mil novos processos todos os anos. A relação entre processos distribuídos e quantidade de magistrados instigou a dúvida de como está a qualidade dos julgamentos e como se dá a atuação do Poder Judiciário no caso concreto.

A fim de individualizar a pesquisa, centrou-se no STJ como órgão julgador e determinou-se as cláusulas gerais de Direito Civil como a delimitação do seu objeto.

Chegou-se assim à definição do problema nos seguintes termos: A técnica legislativa das cláusulas gerais tem se mostrado uma realidade nas legislações contemporâneas, tanto processuais quanto materiais, e exige um Judiciário preparado para a sua utilização. As cláusulas gerais concedem ao juiz maiores possibilidades na construção da resposta ao caso concreto, a partir dos pilares do Estado Democrático de Direito. Diante da nova realidade do Direito Civil constitucionalizado e da técnica das cláusulas gerais constante do Código Civil de 2002, como legitimar a atuação do Poder Judiciário permitindo a concreção do Direito das partes litigantes?

Para responder ao problema, formulou-se a seguinte hipótese: no cenário do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem legitimidade para a concreção do Direito nos casos que lhe são colocados sob análise, podendo construir a resposta jurídica ao problema, utilizando todas as fontes do sistema jurídico, unitário.

A hipótese foi confirmada, conforme as seguintes conclusões:

i. A crise da sociedade contemporânea levou à rediscussão do papel do Estado e do Poder Judiciário. A globalização ocasiona a discussão sobre a soberania bem como sobre as fontes do Direito, que antes eram apenas locais, agora ultrapassam os limites geográficos.

ii. Os perfis do Estado passam a ser integrados à realidade social e, apesar das realidades locais, o Estado de Direito tem como característica marcante a tutela dos direitos individuais, característica mais presente desde o Estado Social, mas que ainda se mantém no Estado Democrático de Direito.

iii. No Estado Liberal prevalece o modelo subsuntivo, o Judiciário limita-se à aplicação das regras e não intervém nas relações sociais, enquanto que no Estado Social percebe-se uma maior intervenção do Poder Executivo, além do Judiciário passar a uma postura mais ativa.

iv. O Estado Democrático de Direito baseia-se em dois pressupostos fundamentais: a democracia e os direitos fundamentais. Vislumbra-se a preocupação com a vontade do povo, aproxima-se a norma da realidade, bem como cria-se mecanismos de proteção dos direitos e garantias fundamentais, fundados nas normas constitucionais.

v. A democracia, se vislumbrada pelo aspecto representativo, encontra-se em crise, seja pela falta de real representatividade pelo Poder Legislativo, seja pela inflação legislativa que incha a quantidade de leis, enfraquecendo a sua credibilidade, pois não pressupõe a sua aplicação efetiva.

vi. A complexidade social e globalização geram uma crise generalizada em especial uma crise de confiança. Os atos do Poder Legislativo passam a ser questionados, seja pelas necessidades transfronteiriças, seja pela obrigatoriedade da subordinação constitucional, e por isso a participação do cidadão, e a rediscussão sobre o papel do Poder Judiciário aparecem como meio de afastar o cenário da crise.

vii. Com a crise, evolui o conceito de jurisdição e acesso à justiça e o Poder Judiciário passa a uma posição de protagonista pois ainda mantém um nível de confiança no sistema social. A prestação jurisdicional deixa de aplicar meramente a lei para realizar o bem comum, restabelecendo ordem e justiça. O processo passa, portanto, a ser considerado como um instrumento de participação na busca pelas garantias fundamentais e, por isso, uma estrutura que protege a democracia.

viii. A Constituição passa a exercer papel fundamental na limitação do poder político e na tutela dos direitos fundamentais, mister que cabe ao Poder Judiciário pela concretização dos valores constitucionais.

ix. O aumento da busca pelo Poder Judiciário como meio de participação do cidadão resta comprovado pelos dados divulgados pelo CNJ que constantemente apontam a elevação da quantidade de processos distribuídos em todas as esferas do Judiciário nacional. Assim, se pode entender o processo e o acesso à justiça como um meio de participação.

x. A ascensão institucional do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito ocorreu ao mesmo tempo que se elevou a norma constitucional a um patamar de centralidade, seja pela sua aplicação direta, seja pelo controle de constitucionalidade.

xi. Ao lado da jurisdição constitucional, fenômenos importantes são constatados, seja pelo protagonismo social do Poder Judiciário, seja pela crise da democracia representativa antes narrada: a judicialização das políticas e o ativismo judicial. A judicialização das políticas deve ser observada apenas nos casos de falha de outros poderes, em especial na garantia de direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário supri-los, sem que isso implique, todavia, em transformá-lo num promotor de políticas públicas. O ativismo judicial, por sua vez, tem maior relevância para o presente estudo, na medida em que deve ser entendido em seu aspecto positivo, como uma atitude proativa do julgador para a construção da solução adequada em cada caso concreto.

xii. O ativismo judicial em sua conotação positiva não significa dar ao julgador amplos e subjetivos poderes para decidir como imagina, mas sim propiciar a prestação jurisdicional, independentemente da existência ou não de regra positivada, com base constitucional e em outras fontes do Direito. Tanto é assim que a proposição da presente tese consiste nos parâmetros que devem cercar a decisão judicial.

xiii. Para construir tais parâmetros foi necessário o estudo do sistema jurídico, o que se fez a partir dos ensinamentos de Bobbio e Raz. Não se pretendeu dar o enfoque sistêmico nem sistemático, mas apenas definir o sistema jurídico inserido na sociedade para identificá-lo como o ambiente onde ocorre a prestação jurisdicional. Considerando a complexidade do sistema jurídico, vale destacar a sua função promocional, onde se vislumbra o papel modificador e criador do Direito. Dessa função abrem-se as estruturas jurídicas para além da lei, abrangendo também o caráter normativo dos princípios e do costume.

xiv. O sistema jurídico considerado em sua unidade, permite vislumbrar o sistema de fontes do direito como complexo e aberto. Seja porque a regra positivada não supre todas as necessidades sociais, seja porque a normatividade não é sinônimo de regra, afasta-se a hierarquia entre as fontes do direito para que possam se igualar, se comunicar e fundamentar a decisão para cada caso concreto. Portanto, deve-se ter a abertura do sistema de fontes para se ajustar às necessidades sociais, não cabendo, portanto, a cisão entre regras e princípios, mas sim a unidade e circularidade entre eles.

xv. A produção do Direito se dá na unidade do sistema jurídico, com fontes plurais, onde se vislumbra o círculo hermenêutico gadameriano: compreensão, interpretação e aplicação não são métodos distintos e separados, mas sim interdependentes, sendo a norma de decisão um comportamento produtivo. Esse processo de produção não é estático, mas sim dinâmico, pois ao mesmo tempo em que considera a tradição, descortina o novo caso na coerência da unidade do sistema.

xvi. A superação da dicotomia entre público e privado e a constitucionalização do Direito Civil, além da convivência harmônica com os microssistemas, são a comprovação da unidade do sistema e do círculo hermenêutico.

xvii. Nesse complexo sistema, não cabe mais falar em aplicação da lei pelo simples método subsuntivo, pois se pretende construir uma solução para cada caso concreto num sistema coerente, com abertura às múltiplas fontes. Assim, a norma de decisão é uma construção para o caso, a partir do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes entre o Direito e o sistema social.

xviii. Engisch trata essa construção como compreensão, buscando aplicar os conceitos jurídicos num processo de interpretação não apenas do texto literal, mas abrangendo também os reflexos do compreender. Pela doutrina de Engisch, apontam-se os conceitos indeterminados (genericamente tratados) como a comprovação da abertura da regra à compreensão judicial que se adeque às peculiaridades de cada caso.

xix. Müller identifica a atividade do julgador como concreção, defendendo a teoria estruturante da norma ao afirmar que a norma é construída para cada caso em análise pela conjugação de dois elementos: o programa normativo que é o teor literal do texto, e o âmbito normativo que é a situação fática enfrentada, trazendo materialidade, onde alia norma e fato, direito e realidade. Assim, a norma não é simplesmente aplicável mas sim produzida no processo de concretização em cada caso, daí a relevância da tópica, que vinculará a prestação jurisdicional a cada situação analisada.

xx. A dimensão prospectiva defendida por Fachin tem significativa relevância, na medida em que percebe a reconstrução permanente do Direito Civil, devendo se aproximar teoria e prática, ou seja, doutrina e jurisprudência. Essa dimensão impõe uma nova função ao julgador que não deve se limitar a prestação jurisdicional, mas sim estar atento ao complexo sistema e ao caso concreto, permitindo a construção de uma resposta adequada.

xxi. Todos esses fundamentos poderiam levar a crer que se defende um poder subjetivo ao intérprete ao construir a norma de cada concreto, mas, ao contrário, defende-se uma discricionariedade que não é plena, mas sim orientada pela própria unidade do sistema e pelas múltiplas fontes do Direito, em especial, pelo necessário respeito aos fundamentos constitucionais. Por isso, aponta-se para a necessidade de um Poder Judiciário forte, preparado, prudente e responsável.

xxii. Chega-se, então, à técnica legislativa das cláusulas gerais em sede de direito material, que são consideradas as portas pelas quais o Judiciário está autorizado a construir a norma para cada concreto, vinculando direito e realidade, ao mesmo tempo em que cria a consequência como resultado de sua concretização. Portanto, as cláusulas gerais permitem a abertura do sistema jurídico para que se possa acompanhar a realidade, em especial, a do caso analisado

xxiii. Adotou-se o conceito de cláusula geral para a doutrina brasileira, como o gênero conceitual no qual o juiz tem liberdade para preencher os conceitos componentes da regra, ao mesmo tempo em que está autorizado a criar a norma como consequência para cada caso concreto.

xxiv. As cláusulas gerais são a comprovação da autorização legislativa para que o Poder Judiciário possa construir a solução em cada caso analisado, pois a sua vagueza conceitual permite a abertura do sistema jurídico, bem como propicia a adequação da norma à singularidade da lide.

xxv. Para sair do campo abstrato e passar à comprovação das impressões subjetivas, utilizou-se o método da análise de conteúdo para averiguar julgamentos do STJ, em sede de recursos especiais, cujos acórdãos foram publicados no ano de 2015, pelas Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas. A partir do elenco das cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato e função social da propriedade, chegou-se ao *corpus* de 36 acórdãos para se proceder a análise. Determinou-se a hipótese da pesquisa empírica: Os ministros do STJ ao utilizarem as cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato ou função social da propriedade não se atém a quaisquer limites ou parâmetros de maneira constante e previsível. Bem como seu objetivo: O objetivo concentra-se em descobrir se o STJ utiliza algum parâmetro para preencher as cláusulas gerais. Em caso positivo, qual seria esse parâmetro. A hipótese restou confirmada diante da constatação que dos 36 acórdãos analisados em apenas um deles se percebeu a adequada densificação da cláusula geral utilizada no julgamento, ou seja, na maioria dos casos o STJ não preenche adequadamente as

cláusulas gerais analisadas e nem se percebe um padrão de coerência no seu preenchimento.

xxvi. Outras conclusões da pesquisa empírica merecem destaque: em 22,2% dos julgados utilizou-se a cláusula geral mas não se fez qualquer preenchimento, apenas citam o comando legal; em apenas 19,4% viu-se alguma conexão da cláusula geral com o caso concreto; em nenhum deles se fez referência aos princípios constitucionais, ao costume ou às regras da experiência. Ainda, quando se utiliza a jurisprudência como forma de densificar a cláusula geral (verificada em 13,8%) em apenas 5,5% o precedente utilizado possuía a mesma causa de pedir que o caso analisado.

xxvii. Todas as conclusões da pesquisa empírica levam a crer que o Poder Judiciário ainda permanece ligado ao modelo subsuntivo e ainda não está preparado suficientemente para construir uma resposta adequada a partir de uma norma aberta tais como as cláusulas gerais. Isso porque, na maioria das vezes em que se utiliza da técnica, não se vincula o conteúdo da cláusula com a realidade da lide; a referência ao texto de lei ou doutrina que fundamenta o texto da cláusula geral se faz por mera repetição de seu texto, sem vinculá-lo ao caso em julgamento; a utilização dos precedentes se faz pela ementa dos julgados e encontra-se incoerência em vários casos onde não há conexão da causa de pedir do precedente utilizado com o que está em julgamento; não se percebe qualquer aplicação dialogada entre as normas escritas e não escritas que compõem o sistema jurídico, pois prefere-se optar por uma regra e aplicá-la sem que faça as conexões com os demais elementos normativos que compõem o sistema.

xxviii. Dessa constatação, a presente tese buscou legitimar os poderes do juiz na perspectiva do processo como meio de participação, no cenário do Estado Democrático de Direito, possibilitando a construção da norma no caso concreto, com base no círculo hermenêutico. Para tanto propôs-se os parâmetros para a atuação do Poder Judiciário na densificação das cláusulas gerais: a tópica, a fundamentação e o diálogo entre as fontes.

xxix. A tópica é um técnica de pensamento que se orienta a partir e para o problema. Sua função no preenchimento das cláusulas gerais é de colocar o caso concreto como alvo central da resolução judicial, possibilitando que a criação da norma se adeque às necessidades da parte, bem como considere as individualidades da celeuma. Não se

trata portanto de partir do sistema para subsumir uma regra ao caso, mas sim partir do caso para construir uma solução que se alinhe com as premissas do sistema.

xxx. Da utilização da tópica é possível retomar a centralidade do caso concreto, pois se deve pensar “a partir” e “para” o problema, propiciando assim a adequada construção da norma. Pensando a partir do caso, o preenchimento da cláusula geral, que também deve considerar a tradição como *topoi*, garante-se a mobilidade e atualidade da construção do Direito Civil-Constitucional.

xxxi. Pretende-se um ciclo fundamental entre descobrimento de problemas, formulação e modulação de princípios e articulação do sistema, propiciando o verdadeiro círculo hermenêutico entre direito e realidade, na medida em que o pensamento voltado para o caso concreto permite a construção da norma conforme as necessidades individuais da celeuma, sem deixar de levar em conta os resultados no sistema social.

xxxii. Considerando os resultados e reflexos que a decisão pode ocasionar no sistema, inclui-se o âmbito normativo mulleriano na construção da norma, permitindo assim que a centralidade do problema ao lado da consideração dos reflexos da decisão possam permitir a evolução do Direito, na medida em que a decisão deve ser entendida como um comportamento produtivo, e não reprodutivo tal como preceitua o modelo subsuntivo. Assim, a tópica permite a produção da norma voltada às necessidades do caso concreto ao mesmo tempo em que permite a reflexão sobre os resultados da mesma no sistema como um todo.

xxxiii. O dever de fundamentação, por sua vez, é considerado como outro parâmetro a ser considerado na densificação das cláusulas gerais. Deve ser entendido no aspecto contemporâneo do processo civil, especialmente pelo contraditório dinâmico e das novas imposições sobre o que o CPC considera como decisão fundamentada.

xxxiv. Tanto o contraditório, em seu aspecto constitucional, quanto o dever de fundamentação garantem a leitura democrática do processo e afastam subjetividades e surpresas na decisão judicial. Ambos remetem ao afastamento da simples reprodução, assumindo assim a decisão como produtiva, na medida em que garantem integridade e coerência para a construção da norma.

xxxv. Especificamente no que tange às cláusulas gerais o dever de fundamentação no CPC deve contribuir para afastar a sua má utilização. Conforme se comprovou na pesquisa empírica, em 77,8% dos casos citou-se a cláusula geral mas não se utilizou nenhum critério de preenchimento da mesma, bem como em 80,6% não se fez

nenhuma referência ao caso concreto. O “novo” dever de fundamentação, se levado a sério, determinaria a nulidade da maioria dos casos analisados. Portanto, além de obrigar o julgador a criar a norma para aquele caso específico, impede decisões padronizadas.

xxxvi. O processo, portanto, deve ser considerado como instrumento de participação, indispensável na realidade do Estado Democrático de Direito. Deve ser considerado como meio de realização dos princípios, direitos e valores aceitos e buscados pela sociedade, pois por meio da prestação jurisdicional é possível não apenas aplicar a regra positivada, mas sim construir uma decisão justa, sempre a partir da interpretação constitucional, buscando a efetividade dos direitos fundamentais.

xxxvii. O sistema de fontes do Direito, por fim, necessita de revisão, partir dos fenômenos sociais contemporâneos, especialmente a globalização, a crise da democracia representativa e a realidade transfronteiriça, que relativiza até a soberania nacional. Assim, nesse novo cenário, complexo e hipermoderno, o modelo subsuntivo aliado à regra positivada, perde forças, e por isso a abertura se faz necessária.

xxxviii. O diálogo entre as fontes pressupõe tal abertura. Não se trata apenas de aplicação simultânea de várias regras, mas sim de abrir o sistema de fontes para permitir que a norma para o caso concreto seja construída a partir da realidade, do sistema, do costume, e todos os fatores inter e extrassistemáticos que podem influenciar no resultado da decisão, além da dimensão prospectiva defendida por Fachin, aliando doutrina e jurisprudência. O Judiciário terá o sistema de fontes como possibilidade de criação da solução, ao mesmo tempo em que o mesmo sistema de fontes limitará tal criação, demonstrando a dinamicidade na construção da norma.

xxxix. Especialmente no que se refere às cláusulas gerais, o diálogo entre as fontes permite a adequada construção da norma ao caso concreto, aliando a tópica (vinculando o caso concreto) e o dever de fundamentação (que não necessariamente se vincula a uma regra positivada). Assim, o diálogo entre as fontes permite que a tradição, o direito natural, os princípios, tratados, e todas as fontes do Direito contribuam para a adequada densificação da cláusula geral.

xl. O diálogo entre as fontes, assim, alinha-se à unidade e coerência do sistema jurídico, permitindo que a construção da norma no caso analisado não se limite à regra positivada mas possa ampliar o sistema de fontes para abranger normas escritas e não escritas, bem como transterritoriais, sempre com o próprio sistema de fontes, em especial constitucional, como possibilidade e limite.

Diante disso, conclui-se que a hipótese da presente tese foi confirmada na medida em que se percebeu que o Poder Judiciário tem legitimidade para a construção da norma para cada caso concreto, sendo o processo e o acesso à justiça um meio de concretização da democracia e do Estado Democrático de Direito. Defendeu-se portanto a circularidade entre direito e política, entre direito e sociedade, na medida em que a crise do Estado e do modelo democrático nasce exatamente da dificuldade do Direito em atender às necessidades das demandas sociais. Também restou demonstrada a circularidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, pela constitucionalização do Direito Civil, que comprova a unidade do sistema. A partir do círculo hermenêutico entre compreensão, interpretação e aplicação percebeu-se que o alinhamento entre teoria e prática devem fundamentar a postura de um Poder Judiciário mais ativo e responsável, ao mesmo tempo em que deve permanecer atento à evolução doutrinária e social. Especificamente na temática das cláusulas gerais, que são a condição de possibilidade para essa nova postura, demonstrou-se que mesmo que o intérprete tenha liberdade para preenchê-las os parâmetros propostos possibilitam a densificação ao mesmo tempo em que limitam a subjetividade do julgador e se alinham ao caso concreto. Assim, comprovou-se a legitimidade do Poder Judiciário no preenchimento das cláusulas gerais, observando-se os parâmetros propostos, esperando que a presente pesquisa contribua para a efetividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable**: la justification en droit. Bruxelles ve Paris: E. Story-Scientia, 1992.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-55.

AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. **Faculdade de Direito**: o ensino jurídico no limiar do novo século. (Org.). Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa – infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 100, p.57-84. jan./jun. 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes**. São Paulo: Forense, 1979.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, n. 10. p. 277-299.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes et al.(Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 233-234.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em: 29 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmund. Entrevista ao Jornal El país. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html?rel=mas> Acesso em: 29 set. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. trad. de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDUSCHI, Leonardo. **A adoção de cláusulas gerais processuais e a flexibilização das formas processuais como decorrência do princípio do acesso à ordem jurídica justa**. Santa cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; . Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/>>

Relatorio_final_2009_a_2013_Resumo_Executivo_02_06_2014.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório estatístico 2015**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Org. Pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília, STJ.

BUBNER, Rudiger. **A dialética como tópica**: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida. Trad. Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 241/2015, p. 413-438. mar. 2015.

CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPILONGO, Cesar Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-115.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1956.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas”- Os modelos actualmente alternativos da

realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. V. LXXIV. Ano 1998. p. 1-44. Coimbra: Instituto Jurídico, 1998.

CASTRO, Marcus Faro de. Globalização, democracia e direito constitucional: legados recebidos e possibilidades de mudança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATAUDELLA, Antonino. L'uso abusivo di principi. **Rivista di Diritto Civile**. V. 60. N. 4. Jul./Ago. 2014. p. 747-763. Milano: CEDAM, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. II Saraiva: 1965.

CICCONETTI, Stefano Maria. A revisão constitucional na Itália: competência e limites In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. Pietro Costa. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

CROSA, Emilio. **Lo stato democratico**: presupposti costituzionali. Torino: Unione tip.-editrice torinese, 1946.

DE CASTRO, Claudio Henrique. A Tópica no Direito Romano Clássico. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1999. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1880/1575>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v32i0.1880>.

DE OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Conexões entre novos direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.66/2008, p. 36-48. abr./jun. 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, p. 69. set/2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.198/2011, p. 213-226. ago./2011.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Elementos para uma teoria da decisão: combatendo a hermenêutica romântica aplicada no Brasil como se fosse uma evolução interpretativa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 3, p. 310-324. Set./Dez. 2014. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. M. Is law a system of rules? In: **The philosophy of law**. Oxford: Oxford University, 1982. p. 38-65.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1991.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnociência como uma Revolução Científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na Ciência. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 249-65.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 319-344.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais.** In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Um acórdão de acordo com Viehweg: um caso concreto sob a tópic. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 19, n.1/2, p. 183-193, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil brasileiro contemporâneo e as normas jurídicas transterritoriais:** novas problematizações para um código de princípios. Disponível em: < <http://www.posbaiana.com.br/files/Artigo%20Professor%20Luiz%20Edson%20Fachin%20Direito%20Civil%20brasileiro%20contemporâneo%20e%20as%20normas%20jur%C3%ADdicas%20transterritoriais%20novas%20problematizações%20para.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In: CLEVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional:** análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional.** 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 15-27.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **et al. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y democracia constitucional: una discusión sobre *Principia Iuris*. **Revista Doxa.** v. 31, p. 207-436. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portales/doxa> Acesso em: 29 set. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito:** história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris:** teoria del diritto e dela democrazia. Roma: Laterza, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação à obra Teoria do ordenamento jurídico. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Prefácio à obra VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Imprensa Nacional: Brasília, 1979.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Trad. Waldéa Barcellos, Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FISHER, Howard D. **O sistema jurídico alemão e sua terminologia**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. V. I. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la topica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 54, fev. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30734/19847>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v54i0.30734>.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale**. Torino: Giappichelli, 1995.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 42-60.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERNANDEZ GIL, Antonio. Formalismo, antiformalismo y codificación. In: **Conceptos jurídicos fundamentales**. Madrid: Espasa-Calpe, 1987. p. 609-617.

IRTI, Natalino. **Codice Civile e Società Politica**. 4.ed. Roma: Laterza, 2004.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José María Bosch, 1992.

IRTI, Natalino. La polemica sui concetti giuridici. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. V. I. Ano 2004. Milano: Giuffrè, 2004.

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 29 set. 2016.

JAYME, Erik. Visões pra uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759/1999, p. 24-40. jan./1999.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 151-176, set. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14994>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p151>.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Codificação do direito civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>> Acesso em: 29 set. 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 49-104.

LOBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.). **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos Especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, Claudia Lima Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? In: **Doutrinas essenciais de Direito Empresarial**. v. 7., p. 481-528., Dez. 2010. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antonio Herman V.; **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. O diálogo entre do Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45/2003, p. 71/99. jan./mar. 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 47, jun./1992. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 1, p. 473. out./2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. XVIII-XX.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"**. Coimbra: Almedina, 2014.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50/2004. p. 9-35. abr./jun. 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas no direito privado 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2/2015, p. 83-97. jul./dez. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245/2015, p. 333-349. jul./2015.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. 1, Rio de Janeiro, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 56, p. 11-30, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 2004. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38320/23376>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38320>.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. **Cláusulas abertas na lei processual e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. Direito fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 335-359.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando o que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PATTI, Salvatore. L'interpretazione delle clausole generali. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, v. 59. N. 2. Mar./Abr. 2013. p. 263-296. Milano: CEDAM, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto privato futuro**. Collana: Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civil dell'Università di Camerino, 15. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Profili del diritto civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Scuole tendenze e metodi**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1989.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. I, Ano 2004. Milano: Giufrè, 2004.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.14, n. 14, p. 210-230. jul./dez. 2013.

PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito: tirania dos juízes ou anarquia dos advogados. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Exposicao de motivos do código civil brasileiro** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>>. Acesso em: 29 set. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflitos de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos> Acesso em: 29 set. 2016.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808/2003, p. 11-19. fev./ 2003.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes. **Da boa-fé objetiva de direito do consumidor e outros estudos consumeristas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RESCIGNO, Pietro. Diritto privato futuro. In: **Il diritto privato futuro**. Collana: Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civil dell'Università di Camerino, 15. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1993.

RESCIGNO, Pietro. Unità e pluralità del diritto civili: il sistema e le fonti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. I, Ano 2004. Milano: Giuffrè, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio; ROCHA; Leonel Severo; ENGELMANN; Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo**. Disponível em: <http://darcigribeiro.com.br/arquivos/downloads/PERSPECTIVAS_EPISTEMOLOGICAS_DO_DIREITO_SUBJETIVO.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões Relevantes da prova no projeto do novo Código de Processo Civil. In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; CAMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC**: reflexões e perspectivas. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>>. Acesso em: 29 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 417-420.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítica de um caso de constitucionalização do direito civil In: **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky; Eduardo Nunes de Souza; Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.).. **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade**. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, Jose Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **Reabilitação tópica ao Direito**: uma proposta, desde o modelo de racionalidade flexibilizado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013.

SCALISI, Vincenzo. Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, v. 60. n. 6. Nov./Dez. 2014. p. 1249-1271. Milano: CEDAM, 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Dimas Salustiano da. Tópica, analítica e direito: reflexões para o jurista contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], dez. 1994. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9376/6470>>. Acesso em: 29 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158/2008, p. 9-19. out./2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e ideologia. In: **Doutrinas essenciais de processo civil**, São Paulo, v. 1, p. 991-2012. Out./2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: "mitos e equívocos acerca de uma distinção." **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1. p. 607-630. 2003.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: EDPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: **Sobre a essência do fundamento. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. In: SANTO, Davi do Espírito; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre teoria da constituição e do estado**. Insular: Florianópolis, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: Luigi Ferrajoli; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade.. (Org.).. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flavio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARUFFO, Michele. **Precedente y jurisprudencia**. Ed. Universidade Icesi, 2007.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal. VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.). . A **Constitucionalização do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); OLIVEIRA, E. S. de (Org.). . **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Manole, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CICONETTI, Stefano M. . **Jurisdição Constitucional Comparada**. 1. ed. v. 1. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 037-057, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.); LONGO, Luiz Antônio. (Org.). . **A Constitucionalização do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 9-32.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil Constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** . – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009a, tomo III, p. 21-40.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: **Temas de direito civil** . Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 443-5.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: **Temas de direito civil** – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, p. 123-135.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovisky. Eduardo Nunes de Souza, Joyceanne Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt. (Org.). **Direito civil constitucional**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 121-135.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In: **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Antônio Pereira Gaio Junior e Alexandre Freitas Câmara (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos

problemas da *padronização decisória*. **Revista de Processo**, São Paulo, v.189, p. 9-52.

TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o código civil ainda é útil?. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 27, p. 223-251, 2006.

TRINDADE, André Karam. A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do 'Seminário de Bréscia' e da discussão sobre *Principia Iuris*. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 103, p. 111-137. jul./dez. 2011.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 243-252. set./dez. 2015. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

VASCONCELOS, Antonio Gomes de; FRANCO, Marcelo Veiga. Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, p. 37-52. jan. /abr. 2016. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2016.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el estado de derecho**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Imprensa Nacional: Brasília, 1979.

WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Trad. Raul Guichard. In: **Direito e justiça**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 14., t. 3., p. 51-75. 2000. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Tópica e pensamento sistemático**: convergência ou ruptura? In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado . Judith Martins-Costa (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ANEXO A – Tabela recursos especiais STJ

Recursos Especiais julgados pelas 3ª., 4ª. Turmas e 2ª. Seção em 2015

Fonte: Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica – Coordenadoria de Gestão da Informação, por meio de pedido junto à Ouvidoria do STJ.

Classe: Recurso Especial

Ano: 2015

OJ	Julgados	Acórdãos publicados	Decisões Monocráticas Publicadas
3a Turma	11353	369	10960
4a Turma	10723	203	10431
2a Seção	35	29	2

Fonte: Sistema Justiça-STJ

APÊNDICE A – Tabelas da análise de conteúdo

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – 4 REsp

REFERENCIA REsp. N.	RELATOR	ASSUNTO	TOPICA	FUNDAMENTACAO				DIALOGO ENTRE AS FONTES						
				Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudência/precedentes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escrita	Ref. a outra cláusula geral
680815 PR	ARAÚJO	Rescisão contratual – cláusula de não concorrência	N	N	S	S	N	N	N	N	N	N	N	N
1163283 RS	SALOMAO	Revisão financiamento habitacional	N	N	S	S	N	N	N	N	N	N	N	N
1479420 SP	CUEVA	Manutenção de plano saúde coletivo para aposentado	N	N	N	S	N	N	N	N	N	S ¹	S ²	N
1548246 RJ	BELIZZE	Validade de TAC para ajustar multa em caso de rescisão contratual	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N

¹ solidariedade

² boa-fé

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – 3 REsp

REFERENCIA REsp. N.	RELATOR	ASSUNTO	TOPICA	FUNDAMENTACAO				DIALOGO ENTRE AS FONTES						
				Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudência/precedentes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escrita	Ref. a outra cláusula geral
1182967 RS	SALOMAO	Rescisão de contrato de parceria agrícola	N	N	N	S	N	N	N	N	N	N	N	N
842829 MG	ARAÚJO	Retificação área rural com reserva legal	N	N	S	N	N	S	N	N	N	N	N	N
1040296 ES	SALOMAO ³	Usucapão área inferior ao módulo rural	N	N	S	S	N	S	N	N	N	N	N	N

³ Havendo divergência e julgamento por maioria, a análise de conteúdo se fez no voto vencedor – do relator para o acórdão.

BOA-FE - 29

REFERENCIA Resp. N.	RELATOR	ASSUNTO	TOPICA					FUNDAMENTACAO							DIALOGO ENTRE AS FONTES				
			Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudência/precedentes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escritas	Ref. a outra cláusula						
1365609 SP	SALOMAO	Vício do produto e publicidade	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S ⁴	S	N				
1403272 RS	BELIZZE	Rescisória em indenização por rescisão de contrato distribuição	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S	N				
1449513 SP	CUEVA	Pagamento de indenização advinda de seguro de vida	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1237752 PR	BUZZI	Concorrência desleal – duplicidade de marcas	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S	N				
1411136 RS	BELIZZE	Vício produto e solidariedade	N	N	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1339097 SP	CUEVA	Abusividade na cobrança de boletos	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1422466 DF	BELIZZE ⁵	Hipoteca prestada pelo sócio em favor da pessoa jurídica	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1337002 RS ⁶	SANSEVERINO	Cobrança taxas de conta bancária inativa	S	N	S	S	S ⁷	N	N	N	N	N	S	N	N				
1035778 SP	BUZZI	Anulação assembleia condomínio – cobrança uso exclusivo terraço	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S	N	N				
1160697 MG	SALOMAO	Resolução de contrato educacional com consignação em pagamento de valores incontroversos	N	N	N	N	N	S ⁸	N	N	N	N	S	N	N				
1209633 RS	SALOMAO	Publicidade enganosa em título de capitalização	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S ⁹	S	N	N				

⁴ Informação⁵ Havendo divergência e julgamento por maioria, a análise de conteúdo se fez no voto vencedor – do relator para o acórdão.⁶ Efetivamente verifica-se o preenchimento da cláusula geral de boa-fé. Comentário: apesar de ser um caso de cobrança de taxa de administração de conta bancária o preenchimento da cláusula geral se deu exclusivamente pelo CC.⁷ Locação e título de crédito⁸ Investigação de paternidade⁹ Informação

REFERENCIA Resp. N.	RELATOR	ASSUNTO	TOPICA					FUNDAMENTACAO							DIALOGO ENTRE AS FONTES				
			Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudência/precedentes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escritas	Ref. a outra cláusula						
1436245 MG	NORONHA	Avalista discute origem dívida e juros usurários	N	N	N	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1461301 MT	NORONHA	Impenhorabilidade do bem de família em execução de cédula rural pignoratícia	N	N	N	S	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1155866 RS	CUEVA	Indenização por extinção prematura de curso superior	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1318021	CUEVA	Cobrança em seguro de responsabilidade civil de transporte	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1377899 SP	SALOMAO	Cobrança de despesas médicas e publicidade em plano de saúde	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S ¹⁰	S	N	N				
1349385 PR	CUEVA	Indenização por descredenciamento de profissional em plano de saúde	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S ¹¹	S	N	N				
1351785 RS	SALOMAO	Revisional previdência privada	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N				
1401233 RS	SANSEVERINO	Cobrança taxa ocupação imóvel SFH	S	N	S	N	S ¹²	N	N	N	N	N	N	N	N				
1454777 MG	BELIZZE ¹³	Execução honorários advocatícios – redução do montante	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	S ¹⁴				
1555853 RS	CUEVA	Revisão previdência privada com devolução de valores	S	N	N	N	S ¹⁵	N	N	N	N	N	N	N	N				
1380630 RJ	SALOMAO	Violação de direitos autorais – concorrência desleal	N	N	S	S	N	N	N	N	N	N	N	N	S ¹⁶				

¹⁰ Informação¹¹ Informação¹² Mesma causa de pedir¹³ Havendo divergência e julgamento por maioria, a análise de conteúdo se fez no voto vencedor – do relator para o acórdão.¹⁴ Função social do contrato¹⁵ Mesma causa de pedir¹⁶ Função social do contrato

REFERENCIA REsp. N.	RELATOR	ASSUNTO	TOPICA	FUNDAMENTACAO				DIALOGO ENTRE AS FONTES					
				Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudên- cia/precede- ntes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escritas
1325151 SP	BUZZI	Compra de ações e emissão bônus de subscrição	N	N	S	S	N	N	N	N	N	S	N
144967 CE	CUEVA	Alienação fiduciária bem imóvel intimação por edital	S	N	N	N	N	N	N	N	N	S	N
1479420 SP	CUEVA	Manutenção de plano saúde coletivo para aposentado	N	N	N	S	N	N	N	N	N	S ¹⁷	S ¹⁸
1297044 SP	SALOMAO	Inscrição indevida no SPC	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
1537301 RJ	CUEVA	Plano saúde conversão para tratamento domiciliar abusividade de cláusula	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
1374830 SP	CUEVA	Cobrança multa contrato de combustíveis	N	N	N	S	S ¹⁹	N	N	N	N	N	N
1238041	BELIZZE	Concorrência de marcas	N	N	S	N	N	N	N	N	N	N	N
TOTAL			TOPICA	FUNDAMENTACAO				DIALOGO ENTRE AS FONTES					
			Referências ao caso concreto	Regras da experiência	Texto legal	Doutrina	Jurisprudên- cia/precede- ntes	Constituição	Princípios	Costume	Outra regra positivada	Norma não escritas	Ref. a outra cláusula
36			7	0	10	12	5	2	0	0	4	13	4
					Texto legal e doutrina juntos 6		Mesma causa de pedir 2	Apenas na função social da propriedade			Dever de informaçã o no CDC 4	Confiança, Lealdade, Solidarieda de	Função social do contrato + boa-fé
Efetivamente preencheu a cláusula geral: 1													

¹⁷ Solidariedade

¹⁸ Função social do contrato

¹⁹ Locação