

INTRODUÇÃO AO “NOVO” DIREITO CIVIL

*Albertino Daniel de MELO**

RESUMO

Em três itens, de conteúdos muito resumidos, procura-se dispor o leitor a um extenso estudo introdutório ao novo direito civil. O “novo”, de que são mostrados uns poucos exemplos, no Código Civil de 2002, é posto em dimensão doutrinária e jurisprudencial, envolvendo questões antigas e suscitando novas.

Aparentemente, é a unificação do direito privado o fator que acarreta maior número de alterações normativas. Mas os princípios da personalidade e da dignidade do ser humano, postos agora na malha privatística, trazem conseqüências de fundo, nos casos em que se confrontam com a tradicional necessidade de manter-se o quadro da economia programada na política. A tal respeito, conhece-se a orientação do Supremo Tribunal Federal, pró sistema econômico/político, em choque com a personalidade do homem, na hipótese de garantia real fiduciária sobre bens adquiridos com financiamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado. Ordem Pública. Certeza / Conflito. Personalidade. Economicidade.

SUMÁRIO: Prólogo. I – O novo e o antigo no Código Civil. II – Normas de Direito Privado de Ordem Pública. III – A certeza do direito em estágio de conflito de pretensões. Epílogo

Prólogo

Na linha de introdução ao novo direito civil não cabe propriamente tratar as novidades mas cabe mostrar algumas (Item I), como

* Professor da Faculdade de Direito da UFMG

preparação ao desenvolvimento de questões fundamentais. Dentre essas, nos limites do presente trabalho, é pertinente um estudo sobre a questão de normas de direito privado de ordem pública (Item II) e também sobre a certeza do direito em situação de conflito de pretensões (Item III).

I – O novo e o antigo no Código Civil

Diante da idéia de novidade, sugerida pela locução “novo direito civil” várias considerações podem ser postas e desde logo devem ser postas, se se quer evitar equívocos. Num ângulo normativo o “novo” é transparente no código de 2002. A percepção superficial da novidade, no código ou fora dele, é conjunta com a percepção do antigo. Mantém-se a tradição organizacional com uma parte geral, mas, na parte especial, o bloco normativo das obrigações passa a ocupar o primeiro lugar, seguindo-se o direito das coisas: dois blocos que se orientam pela presença do dado econômico atuante na vida do sujeito de direito. Nesta visão de superfície o número dos artigos supera muito os 1.807 artigos do código de 1916.¹

Ainda nesta visão de superfície, a leitura textual do código de 2002 dá conta de que ele faz numerosas referências aos usos, costumes, circunstâncias dos casos concretos, legislação especial, notoriamente mais freqüentes do que o fazia o código revogado. Mas neste aspecto, se se aprofundar um pouco a reflexão, pode-se ver influência de uma outra novidade, que fora prevista por Teixeira de Freitas, tornando-se mais tarde objeto de estudos da doutrina, sob a epígrafe de “unificação do direito privado”.² Implica a unificação um

¹ Este número 1.807 despertava uma curiosidade, a saber se representava coincidência com a data em que começou a vigorar o código civil francês, ou se traduzia um propósito – ambíguo propósito – podendo estar no sentido de uma homenagem à cultura jurídica da França, ou no sentido de crítica ao velho código, por sua expressão detalhista que resultou em excessiva extensão. Nosso código de 2002 ainda fica muito aquém, em extensão, do código de Napoleão.

² V., de BORGES, João Eunápio, Curso de Direito Comercial Terrestre, I, Ed. Forense, 1959, Rio, pp. 75 a 115.

reconhecimento da unidade conceitual dos negócios jurídicos, acarretando, em consequência, uma necessária reconstrução da teoria do fato jurídico³, já que “negócio” ocupa lugar privilegiado na teoria do fato, como categoria principal.

A unidade assim destacada põe em relevo as categorias e tipos negociais, ao passo que, antes, a doutrina ocupava-se primeiro da distinção de um direito negocial comum e de um direito negocial mercantil, para só depois tratar as espécies e categorias dentro dos dois grandes ramos.

Se se restringisse, o código, ao âmbito negocial, poder-se-ia chamar a unificação uma “reunificação”, porquanto desde a antiguidade até a Idade Média, não havia cisão, entre direito civil e direito mercantil.

A unificação do direito privado, tal como, procedida no código de 2002, além de consolidar a unidade conceitual dos negócios, absorveu o direito comercial básico e o direito empresarial básico⁴. Desse fato – tratamento do direito comercial básico e do direito empresarial

Sobre o Cód. Civil italiano, GIORGIANNI, Michele, “La Obligación”, trad. da ed. italiana, em espanhol, por Evélio Verdera y Tuells, pág. 17, elogia a unificação. Em síntese: “Pero si, por ventura, aun la presente sistematización legislativa debiera en el futuro cambiarse, y reponerse en vigor el código de comercio junto al civil, creemos que es extremadamente improbable que el primero dicte normas sobre la relación obligatoria en general. Y aun si éste las dictara (como hacía el código de comercio de 1882), se trataría ciertamente de reglas particularísimas destinadas a derogar, en puntos concretos, las reglas generales dictadas por el código civil, pero que no podrán ciertamente cercenar la unidad de la disciplina de la relación obligatoria. Tal unidad viene, en efecto, dada por la individualidad del concepto de obligación, que no puede escindirse en dos subconceptos...”

³ Sobre a nova teoria do fato jurídico, no código de 2002, v. um estudo in Revista da Fac. Direito/UFMG, nº 42, ano/2003, B. Horizonte, págs. 66-76, item 3 do artigo “Novo Código Civil...”, de DANIEL DE MELO, Albertino.

⁴ A atividade mercantil é comumente, mas não necessariamente, organizada como empresa. A empresa ainda se distingue do comércio no aspecto de lucro, visto o conceito de cada uma dessas realidades: o comércio é

básico no código – decorre, para o direito societário, uma necessária renovação teórica, pois empresa, que não se confunde conceitualmente com sociedade, tem na sociedade, o seu principal ponto de apoio; e, por outro lado, a forma usual e mais perfeita da atividade comercial é a empresa.

O direito empresarial básico, com a renovação do direito comum societário, mais a reconstrução da teoria do fato jurídico, são os principais fatores a explicarem o aumento numérico dos artigos do código de 2002, em relação ao código revogado. Acrescente-se ainda que, nesse código, o dado econômico aparece composto com os princípios da personalidade e da dignidade do ser humano. Tendo o código procedido à especificação de alguns direitos da personalidade, convém lembrar que a inovação constante nos artigos 11 a 21 foi precedida por estudos doutrinários e por um posicionamento judicial, com tendência a ampliação da tipologia dos direitos da personalidade; ou mesmo, segundo alguns, tendência a admitir-se um direito geral da personalidade⁵.

II – Normas de Direito Privado de Ordem Pública

Esses posicionamentos – pró-economia e pró-personalidade – não são entre si contraditórios e têm assento na constituição.

O ser humano não é visto isolado, mas integrado na sociedade, na qual se realiza desde o seu nascimento. Tanto quanto a sociedade, ele depende da economia, ao mesmo tempo que constrói a economia e a sociedade. Almeja a determinados fins, e para alcançá-los, aplica determinados meios, adequados. A sua inteligência econômica reflete-se na organização social.

necessariamente lucrativo ao passo que a empresa pode existir para fins ideais não lucrativos. V. infra, nota 6, possibilidade de empresa com fins ideais, não lucrativos.

⁵ GOMES, Orlando, Introdução ao Direito Civil, 13^a ed., Forense, 1999, com atualização e notas de Humberto Teodoro Júnior, Rio, p. 152: O autor – grande jusprivatista do séc. XX – afirmando natureza positiva para os direitos da personalidade, inadmite a ampliação, e, por mais forte razão, inadmite a idéia de um direito geral.

Mas essas orientações – pró-economia e pró-personalidade – se não se excluem, com certeza são restritivas uma para a outra.

A economia não é considerada aqui em acepção ampla, na qual pode-se dizer, por exemplo, que o homem se submete à ordem social como meio de alcançar, pelo menos, não ser atingido por sanções desagradáveis; e, na mesma acepção ampla, o legislador é econômico quando, visando a estabelecer a justiça distributiva nas relações, opta por um determinado ordenamento, deixando de lado outros caminhos, talvez propostos em doutrina como melhores. A economia prevalecente prioriza a empresa voltada para o mercado⁶. É organizada por um plano político econômico, incluindo metas de governo. No âmbito político, a economia se defronta com a personalidade.

Planos e metas expressam a concepção estatal da economia e relacionam-se estreitamente com o interesse do Estado por manter a sua própria identidade no correr da história; relacionam-se também com os fins da sociedade, tais como entendidos pelo próprio Estado.

Claro parece, então, que uma ordem pública vem a limitar a autonomia privada, prevalecendo sobre os interesses particulares, assegurando interesses públicos, estatais ou sociais.

A natureza impositiva leva alguns a entenderem ordem pública identificando-a com direito público; e outros a dizerem, numa ótica positivista, que o direito se reduz à ordem posta, positivada, vinculativa; daí, com um passo a mais, chega-se a dizer que, essencialmente, direito é sanção. Sanção que é necessariamente vinculativa e pública, mesmo quando garante a pretensão de um sujeito de direito contra outro. Em consequência, a divisão das normas em direito público e

⁶ O binômio empresa/mercado não se encontra na economia simplesmente individual ou doméstica; nem se realiza aquele binômio na empresa de fins ideais, que, todavia, pode se relacionar com a economia social, considerada em sentido amplo. O conceito de empresa inclui a possibilidade de empresa de fins ideais: v. CORREIA DE OLIVEIRA, J. Lamartine, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Ed. Saraiva, 1979, São Paulo, p. 58, mostrando, no direito alemão, a possibilidade de sociedade anônima, ou de sociedade limitada por cotas, de fins ideais.

direito privado teria apenas interesse metodológico, sem base científica.

Ora, mesmo se se desprezar as origens do direito e da sociedade – fenômenos nascidos no âmbito das relações de natureza privada -, estas relações permanecem como ponto de incidência e principal objeto de cogitação, referentemente a umas normas, enquanto outras incidem diretamente em relações de natureza pública. Convenha-se em que as relações de natureza pública surgiram num estágio histórico adiantado da humanidade, ao contrário das relações de natureza privada, estas acompanhando o homem como resultado da sua atividade consciente – um face a outro -.

Num outro ângulo, as normas visam a realizar determinados fins: umas visam ao bem comum, e à firmeza do Estado, enquanto outras contemplam primeiro o bem particular dos sujeitos, com segurança.

Num terceiro aspecto, umas normas fundamentam-se nos princípios de prevenção e de necessidade, a que correspondem sanções específicas, enquanto outras firmam-se nos princípios de autonomia e de responsabilidade como sanção genérica.

Este critério dos fundamentos não deve ser visto como se direito público simplesmente excluísse a idéia de autonomia e a extensão da responsabilidade genérica, decorrente da autonomia; e como se direito privado simplesmente excluísse a idéia de prevenção e a necessidade de sanção. Pouco mais adiante, será mostrado um sentido da autonomia em direito público, e a extensão da responsabilidade civil genérica a este grande ramo; também, um sentido da prevenção em direito privado, onde se encontra, mesmo aí, a idéia de necessidade e de sanções específicas.

Certo é que os três critérios – incidência, fins, fundamentos – são apurados de realidades externas à estrutura ontológica das normas. A “incidência” é de se considerar em acepção ampla, abrangendo realidades concretas ou abstratas. As normas orgânicas, constitutivas de organismos e órgãos, “incidem” num sentido de “estarem” e “atuarem” numa realidade história pré-existente, direcionando-a, predeterminando-a; igual sorte têm as normas positivando princípios, que, para poderem ser aplicadas em situações ou casos concretos, precisam ser convertidas em regras (de aplicação direta). As normas

de conduta são regras propriamente aplicáveis a casos concretos, envolvendo relações.

Relação jurídica _ como toda relação, ligação abstrata entre seres que podem ser concretos – liga sujeitos de direito; envolve interesses e origina-se de fato jurídico. Apresenta uma configuração natural em razão desses interesses, fatos geradores, e sujeitos (é usual falar-se, em “relação concreta”): pode, por aí, classificar-se como uma relação particular, privada, ou como relação pública. Facilmente se entende que a relação de sujeição às normas é pública; e são direito público as normas que visam a efetivá-la, assim como as normas que instituem relações de interesse público, a se constituírem por fatos normativamente necessários, não pressupondo autonomia; também é fácil ver que são particulares (privadas) as relações envolvendo diretamente interesse patrimonial (econômico), e as que realizam uma projeção da pessoa humana⁷.

Os fatos geradores dessas relações privadas pressupõem autonomia para os sujeitos que, então, em razão da autonomia, são suscetíveis de responsabilidade sobre seus patrimônios. Quando uma entidade estatal relaciona-se contratualmente com um súdito do Estado, ambos ficam submetidos à sanção do contrato; mas, sendo o interesse em contrato um interesse patrimonial, a relação não se torna pública pela presença do Estado como parte (é uma relação privada, com incidência de normas de direito público administrativo)⁸.

⁷ GOMES, Orlando – op. cit., pág. 151 – contestando a idéia de que a pessoa seja objeto dos chamados direitos da personalidade, mostra que o objeto é um bem jurídico, representado pela projeção da pessoa na sociedade; o bem, objeto do direito da personalidade, radica-se na pessoa, mas não é a pessoa; em direito, diz ele, propondo conceituar-se direito da personalidade mediante alargamento do conceito de bem: “toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto de relação jurídica”.

⁸ O direito constituído por tratados, convenções, acordos internacionais, é público: predispondo relações entre estados soberanos, determinam seus interesses estatais aos quais cedem lugar, para classificação, os interesses patrimoniais eventualmente envolvidos. Ademais, na classificação das relações, sejam elas privadas ou públicas, não de se levar em conta os

Os critérios, reunidos, dos fundamentos e dos fins, permitem classificar a maioria das normas, dividindo-as em direito público e direito privado. Algumas normas de direito privado, porém, em razão da incidência, destacam-se por assegurarem interesse público: são normas de direito privado, de ordem pública.⁹ Distinguem-se das normas de direito público, porquanto pressupõem a autonomia presente nos fatos geradores das relações, incidindo em relações de natureza privada, assegurando, em tais relações, um interesse público, ao passo que o direito público parte dos princípios da prevenção e da necessidade¹⁰, fatos esses que, juntamente com os fins, esgotam a razão de existir das normas. As normas de direito privado de ordem pública não existiriam sem a suposição da autonomia em exercício.

tipos e as categorias. Em direito privado, conhece-se o trabalho de Giorgianni Michele, op. cit. – em especial, págs 70 a 81 – sustentando que a obrigação, segundo o código civil italiano, é uma categoria autônoma dentro do grande gênero dever jurídico.

⁹ Cfr. GIORGIANNI, Michele, “La Obligación” (Parte General de las Obligaciones), trad. da ed. italiana em espanhol, por Evelio Verdera e Tuells, 1958, Barcelona, págs. 74, final, até 77. Em resumo, diz o autor: “Repitamos además que para explicar las desviaciones que sufre la reglamentación de las instituciones de derecho privado que persiguen también un interés público, existe el concepto, no nuevo, de *orden público*.” O autor, na verdade, faz longas considerações sobre uma tendência – que ele critica – a qualificar as normas de direito privado de ordem pública, como normas de direito público.

¹⁰ Necessidade radica-se na história; prevenção radica-se na moral, no direito e, em geral, nas ciências humanas. Ao lado das normas orgânicas e daquelas de princípios, um destaque cabe aqui, às normas mandamentais: são propriamente normas de ordem pública, com sede natural em direito público, razão para se considerar a ordem pública em direito privado como excepcional, em face do princípio da autonomia. Há certos mandamentos que ficam subentendidos em normas de sanção, determinando conseqüências para tipos de violação: em termos genéricos, “não violar” pela prática ilícita tipificada, condenada pela sanção. O grau da sanção revela a intensidade do mandamento que nela fica subentendido. Sobre a hesitação no que concerne à ordem pública em direito privado, v. nota seg.

Autonomia e necessidade são princípios axiomáticos, limitando-se mutuamente, ideologicamente antagônicos entre si, não necessitando de previsão expressa, como supostos de todo ordenamento, no qual entram compondo a sua integridade equilibrada.

A responsabilidade inerente à autonomia tem sede natural em direito privado; não se altera a sua natureza civil, no caso de o responsável ser um ente de direito público. Conseqüência por danos no exercício da autonomia (livre iniciativa), é uma sanção genérica, pois não é possível catalogar teoricamente, hipóteses de desvio, em direito privado, fora da ordem pública¹¹; sanção genérica, num segundo aspecto, pois envolve a generalidade patrimonial do responsável.

Toda sanção, seja específica ou genérica, é um constrangimento desagradável para o sujeito que viola o ordenamento pela prática ilícita (ressalvadas, então, as chamadas sanções preventivas, estimulando previamente a prática conforme ao ordenamento). Ele responde perante o ordenamento, com seu patrimônio, por dano causado a um sujeito de direito; e, se da violação não resultar dano a um sujeito, a sua responsabilidade será específica.

A responsabilidade funciona, então, como um pré-aviso para a conduta, portanto, prevenção: “não violar o ordenamento”, “não causar dano”. (As próprias normas de ordem pública são preventivas; até mesmo as normas permissivas traduzem uma prevenção hipotética, pressupondo autonomia).

¹¹ TEMPLE, Henri, “Les Sociétés de Fait”, LGDJ, 1975, sobretudo pág. 211, nº 358, observa que a maior ou menor gravidade da sanção de ordem pública é objeto de hesitação na doutrina e na jurisprudência, em casos de cláusula leonina posta em contrato de sociedade: - ora os tribunais mantêm todo o conjunto, mas requalificando o contrato, ora mantêm este sem aquela cláusula; outras vezes anulam o contrato, mas somente no que concerne ao sócio a cujo benefício se destina a dita cláusula (como hipótese de inoponibilidade). Quanto à doutrina, propõe, por vezes, anular-se o conjunto, com liquidação da sociedade, considerada esta como simples fato jurídico; mas, admite, outras vezes, a anulação, negando-se à sociedade o caráter de fato jurídico.

Mas, a responsabilidade inerente à autonomia realiza mais intensamente a idéia de sanção do que a de prevenção; e, note-se bem, sanção reparatória, não repressiva.

Em direito público, predomina a especificidade na prevenção e na sanção: as previsões são bem definidas, a que correspondem sanções igualmente definidas; também, no direito público, equilibram-se as idéias de repressão pela sanção e de reparação do ordenamento violado. As normas constitucionais são, por excelência, as que se inspiram na prevenção e na necessidade¹². Nas normas de direito público infra-constitucional, pode-se ver, em larga medida, um desdobramento da constituição. Em contrário, direito privado não é desdobramento da constituição, sendo, isto sim, resultado do exercício da autonomia ao longo da história, limitado pela ordem pública: a praxis chega a um ponto de maturidade, permitindo a normatização – instituição por normas. A instituição unifica, implicando sanção a assegurar as opções normativas.

¹²A livre iniciativa – autonomia – figura na constituição, sob múltiplas formas, como uma necessidade perene do ordenamento – axioma -. Descabido é afirmar-se, a partir da consagração constitucional do próprio fundamento do direito privado que, então, o direito privado seria como que um direito administrativo para a vida comum dos sujeitos. GIORGIANNI, Michele, in *Rivista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, ano 1.961, pág. 419, ao concluir seu artigo “Il diritto privato ed i suoi attuali confini” – págs. 391-420 – criticando uma doutrina tendente àquela afirmação, alerta que não há “´declino´ del diritto privato, il quale, al contrario, ha mostrato la forza del suo vecchio ceppo smentendo la profezia, secondo la quale esso sarebbe destinato a diventare nient’altro che un capitolo del diritto amministrativo”.

Direito privado e direito constitucional “... reciprocamente se complementam, se apóiam e se condicionam...” Esta observação de Konrad Hesse – apud BARBOSA, Heloísa Helena, in “Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea”, ed. Letras Livres, Rio, abril/2005, org. Maria Andréa Loyola, pág. 143 – exprime a unidade do direito. Ademais, tal unidade é característica do direito em toda a sua história, não autorizando conclusão no sentido de dever-se repensar o direito privado como um desdobramento da constituição, ao modo de um direito administrativo da vida comum dos sujeitos.

Mas, em direito privado, ressalvada a ordem pública, a normatização coincide com a sanção que garante a autonomia. A própria ordem pública em direito privado pressupõe o exercício da autonomia, como já dito. Verificado, então, um ato de vontade subjetiva típico, tem-se uma conseqüência determinada por norma, não sendo, em geral, os sujeitos constrangidos à prática do ato; e a responsabilidade por danos para ser acionada, fica a depender da iniciativa da parte interessada (vítima dos danos). Mesmo quando um sujeito de direito já tenha por si o amparo de uma sentença judicial, não é, em geral, obrigado a executá-la. Enquanto a sanção está compreendida abstratamente na norma, é uma previsão hipotética, não fechando campo para a autonomia.

Bem ao contrário, em direito constitucional, as previsões são categóricas: só há um ente estatal soberano, bem definido; e os organismos e órgãos componentes do Estado, ou participantes da natureza estatal, são tais e tais, predefinida a sua identidade genérica; também: as normas de direito civil serão postas pelo órgão do poder X, não podendo o ser por outro órgão.

No que a Constituição dispõe sobre institutos típicos do direito privado, não os altera essencialmente. Tome-se o exemplo da propriedade e o do casamento. No primeiro exemplo, mantém-se a configuração trazida da praxis (este exercício da autonomia ao longo da história), acrescentando-se-lhe uma função social constitucional, junto com a função reconhecida tradicionalmente, de base para o exercício da autonomia subjetiva, ganhando, indiretamente, com tudo isso, a sociedade. A função social limita os poderes do sujeito proprietário a bem do progresso social. Quanto ao casamento, por mais que o princípio constitucional influa para alterar ou para suprimir uma hierarquia entre os cônjuges, não deixa de ser a união jurídico-afetiva mais perfeita entre homem e mulher.

III – A certeza do direito em estágio de conflito de pretensões

Dito, já, que a ordem pública em direito privado tem caráter de exceção, pois, seguindo a linha de prevenção e necessidade,

defronta-se com o princípio da autonomia. As alterações conjunturais da sociedade são, em parte, resultado do exercício da autonomia (livre iniciativa); mas geram problemas no entendimento da ordem pública explicitada, ou são ocasião para se afirmar uma ordem pública implícita com base nos princípios gerais. A apuração da ilicitude torna-se, então, problemática., nos casos concretos.

Em direito administrativo incide necessariamente uma autonomia, nos limites das previsões e dos fins. Os detentores do poder, investidos nas funções dos órgãos, não poderiam, sequer, atuar, sem uma avaliação pessoal prévia sobre o que seja melhor para o bem comum, e para o Estado, numa dada conjuntura concreta. A sua responsabilidade será administrativa ou civil pelo critério do dano a terceiros: a responsabilidade civil pressupõe dano a um sujeito de direito.

Mas, é sobretudo em direito privado que, sempre ressalvando-se a ordem pública, afirma-se a autonomia; e em direito privado, a autonomia apresenta aspectos específicos: em geral, os sujeitos capazes podem celebrar atos negociais como melhor entenderem para alcançarem determinados resultados, como partes, um face a outro; e, em regra, podem promover judicialmente, ou deixar de promover pretensões de direito, em caso de conflito.

Dos casos concretos há uns que se enquadram facilmente em determinadas normas. Se um caso concreto apresenta variação em relação a outros já solucionados, pode surgir diversidade de entendimento das normas, para aplicá-las ao caso novo, para o qual não haja normatização própria, ao invés de se proceder à extensão analógica das normas.

São dois procedimentos de hermenêutica, diferentes entre si: a extensão analógica e a busca de um sentido novo para a fonte normativa. A história apresenta algumas decisões judiciais afirmando sentido novo para um mesmo enunciado normativo¹³. Representam um

¹³ Quando um tribunal destitui decisão proferida em instância inferior, por motivo jurídico, pode ser que a hipótese encerre diversidade de entendimento sobre as fontes normativas. Mas, a nova interpretação, mencionada no texto supra, pode pressupor jurisprudência firme sobre um enunciado normativo, dando-lhe sentido diferente daquele que vinha sendo atribu-

modo judicial de renovar o direito, a sugerir que o órgão competente proceda oportunamente à renovação.

Mas, em face da necessidade de renovação do ordenamento, como entender a certeza que as normas devem oferecer aos sujeitos em suas pretensões de direito? – Ora, se um caso concreto revela que a realidade subjacente às normas se alterou, significativamente, a decisão que muda o entendimento sobre os enunciados normativos deve ser dada ao público, com publicidade; mas, antes mesmo que ocorra a oportunidade de reexame das normas, com vistas a um caso concreto, os sujeitos, atentos na vida social, podem, por si mesmos, ou por informação, avaliar as possibilidades de êxito em suas pretensões de direito. Enfim, se não se dispõem a fazer concessões mútuas em

ído ao mesmo. Na linha de simples diversidade de entendimentos, v. um aresto da câmara civil da corte de cassação francesa, de 27 de out. de 1925, cassando decisão da corte de apelação de Grenoble, por motivo jurídico: enquanto a decisão inferior entendia que o artigo 1385 do código civil francês apenas definia quem é responsável por dano causado por um animal, devendo-se restringir a responsabilidade pela exigência de prova direta da culpa, nos termos dos artigos 1382 e 1383, a câmara civil, condenando tal interpretação, determinou que o artigo 1385 encerra uma presunção de culpa; e a doutrina, em geral, seguiu a linha mais rigorosa, de só admitir-se a exoneração da responsabilidade, por prova, a cargo do dono do animal, de caso fortuito ou de culpa cometida pela vítima ou por terceiro. Afinal, consolidou-se a nova orientação – cfr. “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”, org. Henri Capitant, 4^a éd., Léon Juillot de la Morandière e Alex Weill, 1964, Dalloz-Sirey, págs. 351 e segs. Nesta mesma obra, pág. 359 e segs., na linha de mudança de sentido para um mesmo texto normativo, aresto da mesma corte de cassação, 13 de fevereiro de 1930 – reunido como tribunal pleno – pôs fim a um entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade por danos causados por coisas inanimadas (veículo motorizado em foco). A corte decidiu, em linha de princípio, que o art. 1184 do código civil, par. 1^o, atinge toda pessoa que tem sob sua guarda uma coisa sem que se tenha a distinguir se a coisa é ou não acionada por mão humana. A decisão é louvada pelos comentadores P. Esmein e por A. Ripert, inclusive no aspecto de restringir a possibilidade de prova contrária, só se exonerando o responsável, em caso de fortuito, força maior, ou causa estranha. Era questão de princípio.

acordo, não é possível, em regra, admitir-se que a solução dos conflitos fique a depender do mais forte contra o mais fraco.

A decisão judicial põe fim ao conflito. Mais comumente, como é razoável de se ver, uma das partes tem por si o amparo das normas, pelo menos parcialmente. Da parte vencedora depende a iniciativa da execução, ou do órgão público competente, se se tratar de normas de ordem pública. Em qualquer caso, a execução da decisão judicial envolve a ordem pública, no aspecto de se impor à vontade da parte vencida.

A necessidade de recorrer ao Estado para obter solução é um ônus, em contrapartida ao benefício que, no mínimo, é representado pela certeza de não se poder contar com as normas, em substituição à incerteza ou à razoável dúvida anterior à decisão judicial. A incerteza pode radicar-se em dificuldades de prova dos fatos e é uma das razões que levam à solução por acordo.

A imposição de ônus limita a autonomia; segue a linha de ordem pública preventiva, com sanção específica. “Se o interessado não recorrer à justiça estatal, terá que renunciar à pretensão de direito”; “se não cumprir a forma solene, não terá um negócio jurídico perfeito”; é uma ordem pública provedora, garantindo a segurança nas relações (O direito de agir judicialmente é dado a todos pela Constituição).

A aplicação das normas implica conhecimento dos juízos que constituem o seu conteúdo essencial. Pela aplicação, forma-se a prática no âmbito dos poderes de estado, quase sempre por simples referência a determinadas normas como base de determinados atos (atos administrativos, decisões judiciais), sem necessidade de um complexo trabalho de hermenêutica normativa. Aliás, mais freqüentemente, não é a justiça provocada para, apenas decidir, no caso concreto, se é bem fundada uma pretensão de direito; cumula-se o pedido de (re)conhecimento com um pedido de efetivação (execução) por aplicação das normas ao caso.

A interpretação é uma das atividades a que se dedica a doutrina. Quando o poder público interpreta, quase sempre o faz amparado em manifestações doutrinárias¹⁴. O resultado da interpretação doutrinária é

¹⁴ No modo de julgar brasileiro, os votos de um tribunal não são reduzidos a uma redação única: os motivos de decisão ficam dispersos e são dados ao conhecimento público assim como constam nos votos individuais, muitas vezes vinculando-se a

uma proposta para aplicação. Convence, na medida em que observa os axiomas do direito, a abrangência dos princípios, a razão das normas, tanto a razão ideológica quanto a razão conjuntural, esta última vista como uma necessidade a partir de um contexto concreto, enquanto que a razão ideológica envolve os princípios gerais, a filosofia, a cultura, a história, a economia, a sociologia.

A norma, como objeto de interpretação, é um fato: se não entrar num sistema, dispersa-se. Por isso, a interpretação deve também seguir uma lógica sistêmica. O ponto de partida é necessariamente um fenômeno perceptível: um juízo em discurso de linguagem, ou implícito na conduta costumeira. Comumente, transparece como resultado da leitura de um texto legal, um juízo normativo. Em segundo momento, avalia-se a norma encontrada, confrontando-a com os princípios. O conhecimento em nível de princípios pressupõe ideologia; e, a ideologia com os princípios predis põem o intérprete a selecionar, dentre vários juízos possíveis, um, que é proposto, então, como norma positiva.

A ideologia segue tendências fundamentais, apuradas na teoria do conhecimento: racionalismo, historicismo, positivismo. O conhecimento historicista desenvolve-se em dois sentidos opostos, o do passado inspirando o presente, e o do futuro, este admitindo alteração do juízo normativo, para atender às mudanças conjunturais significativas. O positivismo jurídico concentra a razão na norma posta e no sistema. O racionalismo exalta a razão, sobrepondo-a ao ordenamento positivo, mas compõe-se com o ordenamento, não só considerando-o como um meio necessário à segurança, mas interpretando-o à luz dos princípios racionais.

Desde o século XVIII, acreditava-se que a abstração normativa seria capaz de abranger toda a realidade da vida em sociedade. Verificada que fosse, ausência de regra para um caso concreto, ter-se-ia recurso na analogia, estendendo-se ao caso novo a regra posta para

tal ou tal doutrina, conhecida no país. O contrário se vê noutros países, como na França: só se publica a redação unitária resultante dos votos individuais deixando transparecer que cabe à doutrina, no que puder, apurar se a orientação do tribunal é nova, ou se se filia a tal ou tal orientação doutrinária.

hipótese em que o mesmo caso não se enquadrasse com exatidão¹⁵. A aplicação das normas era, então, uma atividade lógico-dedutiva: solução Y para a hipótese Z; enquadramento do caso concreto X na hipótese normativa, e, finalmente, solução Y para o caso X¹⁶.

A regra apresentava-se – e esta é a sua natureza – como meio técnico-jurídico de abstração menor do que a abstração dos princípios, para aplicação direta aos casos. Não necessariamente, a regra estaria explicitada em texto legislativo. A explicitação poderia então ser o resultado da interpretação dos princípios positivados, sempre por lógica dedutiva. Se, com todos recursos, ainda se verificasse lacuna, a solução positivista para o caso concreto ficaria simplesmente fora do sistema, a sugerir uma renovação do ordenamento pelo Estado, se o caso revelasse uma nova conjuntura da sociedade. Os racionalistas propunham, na mesma hipótese, recorrer aos princípios racionais para, por dedução, encontrar-se a regra nova adequada.

O recurso aos princípios racionais é a vertente mais antiga da idéia, hoje muito difundida, de “sistema aberto”. Mas, a abertura tem sido proposta no sentido de se adotarem princípios e conceitos mais abrangentes. A abrangência dos princípios e conceitos é a medida da abrangência das normas/regras, razão para se reconhecer grande importância, na atividade da doutrina, a esses modos de pensar – conceitualística e principiologia -; sem noção sobre os fatos previstos como estrutura das normas (normas/princípios ou normas/regras), não é possível aplicá-las.

A aplicação por simples referência, sem prévio anúncio do juízo normativo, traz implícita a norma, como já dito; e aqui, acrescente-se que implica os conceitos envolvidos na norma e os princípios que a informam e sustentam.

¹⁵ A exatidão silogística satisfazia a uma tendência política para desprestigiar a pessoa humana em face dos progressos científicos e técnicos. V. a respeito, GOMES, Orlando, op. cit., pg. 149.

¹⁶ Por influência da filosofia de Augusto Comte, predominava, no direito, o método das ciências naturais, tendo como resultado, um tecnicismo jurídico.

Epílogo

Pode-se ver, em conclusão, que os três itens da exposição se interligam; o estudo, extremamente resumido, teria ficado impossibilitado, ou com menor proveito, sem a abordagem da ordem pública em direito privado, o que, por sua vez, pressupõe uma sustentação da divisão das normas em direito público e direito privado. Por outro lado, era de se impor uma perspectiva sócio-histórica do “novo” em direito civil, permitindo problematizar a certeza do direito.

Tudo exposto, assim, brevemente, espera-se que a “introdução” abriu campo a um estudo introdutório de fôlego do novo direito civil, que, certamente compreenderá, pelo menos, dois longos capítulos: um para tratar noções e conceitos gerais em direito civil (conceitualística), outro, versando sobre princípios gerais em direito civil (principiologia), sempre cuidando-se de relacionar o novo com o antigo.

Nesses capítulos, agora apenas vislumbrados, entrariam em foco as cláusulas gerais negociais e a nova postura sobre a ponderação de princípios para solução de casos concretos que, aparentemente, ficariam fora do sistema normativo. Ora, sabe-se que a firmeza do sistema perde, na medida em que deixa fora de si aspectos do fenômeno¹⁷.

¹⁷ Sistema, como coordenação de conhecimentos racionais, contrapõe-se ao empirismo; e é a razão de se considerar o direito como ciência, segundo observa J. CARBONNIER, ao iniciar o primeiro capítulo da sua obra “Droit civil, Introduction”, éd. Presses Universitaires de France, Paris, 1995, pág. 51. Por via de sistema, um ordenamento transcende a sua positividade e se transmite ao conhecimento de muitas gerações, como sucedeu com o direito romano. A argúcia dos romanos levou-os a compreenderem isto.