

O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*

Gustavo Tepedino

Sumário: 1. O movimento das Codificações e o mito da completude. 2. Princípios constitucionais e princípios gerais de direito: distinção indispensável. A gradual alteração do papel do Código Civil. 3. Descodificação, microssistemas, normas supranacionais: crise de fontes normativas. 4. A cultura jurídica contemporânea e suas características. Técnicas legislativas e interpretativas para um direito pós-moderno. 5. O Projeto de Código Civil e a (apenas) aparente utilização de cláusulas gerais. Fisionomia atual das cláusulas gerais. 6. A reunificação do direito privado na ordem constitucional. Premissas para uma reforma do direito civil.

1. Com o apogeu das classificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito.

A Escola da Exegese, re-elaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinala-se o *fetichismo da lei* e, mais ainda, o *fetichismo do Código Civil* para as relações de direito privado: “o caráter peculiar da escola da exegese é

* Este trabalho foi publicado no livro *Problemas de Direito Civil*, Gustavo Tepedino (coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp.1 e ss.

admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, em definitivo a crença que o Código, uma vez emanado, basta completamente a si próprio”¹.

Conforme observou, “a imagem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”².

Decorrem daí dois aspectos fundamentais: o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.

Nesse cenário, tornou-se bem delineado o significado constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais.³

2. O direito público e o direito privado, como se viu, constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito⁴.

¹ Bobbio, Norberto. *Teoria generale Del diritto*. Torino Giappichelli, 1993, p.242.

² *Ibidem*, p.242.

³ . Sobre o tema, v. Giorgianni, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 747, p. 35 e ss., para quem este significado constitucional era imanente aos Códigos, já que “a propriedade privada e o contrato, que constituíram, como se sabe, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal” (p. 41).

⁴ Eis o teor do art. 4º da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em outra sede, já tivemos oportunidade de ressaltar o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada, que acaba por relegar a norma constitucional, sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso de analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica.⁵ O entendimento ora criticado mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenha como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado.

Tal quadro começa a se redefinir, gradativamente, na Europa já desde o início do Século XX, e no Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, ao qual se associa o fenômeno conhecido como dirigismo contratual.

A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou emergência – a confirmar uma ordinária exclusividade –, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituía, por isso mesmo, o direito especial.

A intensificação do processo legislativo e as agudas transformações econômicas, sobretudo a partir dos anos 60, acabariam por destinar ulterior papel ao Código Civil, que perde progressivamente a sua função de normatização do direito comum. Verifica-se, com efeito, que inteiras matérias são subtraídas da esfera codificada e não mais apenas os institutos do chamado direito especial.⁶

3. A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes

⁵ Seja consentido remeter, sobre o assunto, ao nosso TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.1-22: Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, com ulteriores referências bibliográficas.

⁶ Sobre o processo histórico da codificação e da descodificação, v., por todos, Amaral, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, vol. 8, n. 4, out-dez, p. 635 e ss.

consideradas como de direito especial), abrangendo, ao revés, m legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito. Cuida-se de leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se, em doutrina, a era dos estatutos.

Tais leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, por meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão lingüística de outrora. Afinal, se o idioma agrega, a cada dia, termos do cotidiano, nada mais natural que as novas situações jurídicas, sempre mais especializadas, sejam disciplinadas por expressões – quando não jargões – colhidas na mutante realidade social.

Por outro lado, o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. Diversamente, define os objetivos de política legislativa – tônica do Estado Social –, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendem às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou, em síntese feliz, de função promocional do direito.⁷

Assim é que surgiram, ao longo do tempo, numerosos estatutos com tais características, no Brasil e alhures, bastando indicar, a título de exemplo, as sucessivas leis de locação predial urbana, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um

⁷ Bobbio, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di comunità, 1977, p. 63 e ss.

polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microssistemas*.⁸

A tal realidade histórica agrega-se, no tempo que passa, o conjunto de normas supranacionais formado por tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais que suscita uma genuína crise de fontes normativas. Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e o pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmesurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. Basta lembrar, por exemplo, as inúmeras técnicas de fertilização *in vitro* e de mutação genética, além das proezas das redes de informática, temas que, lançados à ordem do dia, exigem o estabelecimento de limites éticos e jurídicos.

Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada *era da segurança*, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos. As demandas sociais, a cada momento, impõem atos normativos de impressionante fugacidade e variabilidade (os alemães aludem à característica de ruptura: *Umbruchcharakter*), como ocorre, de resto, em tantos setores da cultura contemporânea (parece indiscutível a ausência de parâmetros homogêneos para definir, por exemplo, o estilo predominante da arquitetura, da literatura, da música ou mesmo da moda contemporânea), a ponto de se apregoar a existência de um direito da pós-modernidade.⁹

4. Haveria, afinal, um direito pós-moderno, cuja compressão servisse à proposta de reformulação legislativa e ao oferecimento de critérios interpretativos condizentes com o tempo presente?

⁸ Natalino, Irti. *L'età della decodificazione*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1989, passim.

⁹ Sobre o tema, v. Marques, Cláudia Lima. Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista do Consumidor*. São Paulo, n. 22, p. 64-86, abr-jun, 1997 e, especificamente, da mesma autora, *A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa* (original inédito gentilmente cedido pela autora); e, em co-autoria com Cachapuz, Maria Cláudia e Vitória, Ana Paula da Silva. *Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual Pós-Moderno* (trabalho apresentado no X Congresso Internacional de Direito de Família. Mendonça, Argentina, em 22 de novembro de 1998, também gentilmente enviado pelas autoras).

Erik Jayme, Professor de Heidelberg, no Curso Geral de 1995 ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, sob o significativo título *Identité Culturelle et Intégration: L'É Droit International Privé Postmoderne*, sustentou a existência de uma “cultura jurídica pós-moderna, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos (*retour aux sentiments*), cujo *leitmotiv* seria “o papel primordial dos direitos humanos”.¹⁰

Os dois primeiros fenômenos apontados, o pluralismo e a comunicação, falam por si. Observou-se, a propósito, as inúmeras manifestações do pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes indeterminados (como nos interesses difusos), pluralismo dos agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (como no caso dos fornecedores que se organizam em cadeias), em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas”.¹¹

A comunicação, por sua vez, é tida como “valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar”.¹²

No que concerne à narrativa, entreviu-se o surgimento de normas que não criam deveres mas simplesmente descrevem valores.¹³

¹⁰ Jayme, Erik. *Cour Général de Droit International Privé. Recueil des Cours*. Academie de Droit International. t. 251. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 36-37.

¹¹ Marques, Cláudia Lima. *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores*. op. cit., p. 67, a qual remata: “pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o double coding, e onde os valores são muitas vezes antinômicos”.

¹² Marques, Cláudia Lima. *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores*. op. cit., p. 67-68, que sublinha, ainda: “comunicação é o método de legitimação (*Spirachspiele*)... o consentimento legitimador é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação leis”.

¹³ Jayme, Erik. op.cit., p. 259, o qual observa o liame entre as diversas expressões da cultura pós-moderna na qual se manifesta a narratividade: “Les beaux-arts sontretournés à la peinture figurative. L'architecture ne se limite plus à démontrer la fonction de la construction technique; elle cherche à signaler des valeurs humaines. Les édifices font allusion à l'histoire, ils contiennent des parties descriptives qui racontent les faits de la vie humaine. Le porteur de la narration est de nouveau la façade du bâtiment à laquelle les architectes concerne de droit, nous notons un phénomène particulier: l'émergence des 'normes narratives'. Ces normes n'obligent pas, elles décrivent des valeurs”. Cláudia Lima Marques, comentando tal característica, acrescenta: Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetos do legislador no microsistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas”. Segundo a mesma autora, o art. 19 do ECA é exemplo “desta fluidez e narratividade das leis e na filosofia do direito”.

A última característica indicada pelo jurista alemão, o retorno aos sentimentos, quer significar que “*l’idée utilitaire, que les raisons de nature économique déterminent ou doivent déterminer exclusivement les actions de l’homme, n’est plus convaincante. Les hommes se battent aussi pour les valeurs inherentes de l’âme. En droit, c’est la sauvegarde de l’identité culturelle qui est l’expression de ces sentiments...*”¹⁴ Tal manifestação responderia, provavelmente ao *revival* dos direitos humanos que, segundo o mesmo autor, seria a espinha dorsal da produção normativa contemporânea.

5. Tais considerações não parecem ociosas, ganhando, antes especial importância, quando se verifica a impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que se proliferam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento (não só por parte do cidadão comum, mas também por parte dos operadores), da difusa legislação em vigor. Pode-se mesmo dizer que a máxima contida no art. 3º da LICC, segundo a qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, tenha se transformado em uma espécie de mito, numa sociedade em que, como acentuou Pietro Perlingieri, “a desigualdade mais odiosa e mais penosa não se estabelece entre quem tem e quem não tem, mas sobretudo entre quem sabe e quem não sabe”.¹⁵ Soma-se a isto a ausência de proposta doutrinária destinada à harmonização (nos planos legislativo e interpretativo) de tão intrincado sistema de fontes.

Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, cujo Projeto de Lei toma hoje n. 118, de 1984 (n. 634, de 1975, na Casa de origem), que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente envelhecido pelo passar dos anos, como se a reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes.¹⁶

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação

¹⁴ Jayme, Erik. *op. cit.*, p. 261. Seja consentido, entre parênteses, retomar nossa observação anterior (TEPEDINO, Gustavo. *Tecniche legislative ed interpretative nell’armonizzazione Del diritto privato comunitario: l’esperienza Del Mercosul. Revista do PIDIG*, Rio de Janeiro, n. 1, 1999): se são verdadeiras, como parecem, as características apontadas por Jayme, ter-se-ia que explicar o aparente paradoxo entre a intensificação da preocupação com os direitos humanos e os valores existenciais em plena estação globalizante, informada pelas demandas do mercado e pela otimização dos resultados. A conclusão, todavia, parece ser da cultura jurídica contemporânea, representaria não já uma reação à lógica do mercado que caracteriza a globalização, talvez o último recurso para a salvaguarda das identidades culturais locais.

¹⁵ Perlingieri, Pietro. Discurso de agradecimento proferido por ocasião do recebimento do Título de Doutor *Honoris causa* na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 24 de agosto de 1998. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 6-7, 1999.

¹⁶ Para uma crítica contundente à oportunidade do Projeto, v. Amaral, Francisco. *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro. op. cit.*, p. 635 e ss.

especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década.¹⁷ Demais disso, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar.

Vale-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar.¹⁸

Percebe-se, nesse passo, com maior evidência, a importância da análise acima conduzida, tomando por empréstimo a obra de Jayme. Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à *técnica narrativa*, de algum modo à *retórica e aos sentimentos* (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera e tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.

Entretanto, as cláusulas gerais, utilizadas como nos códigos do passado, pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas. Percebe-se aí a diferença fundamental entre a cláusula geral admitida pela Escola da Exegese – e proposta novamente por esta espécie de neo-exegese que hoje se apresenta, na esteira do Projeto de Código Civil –, e a técnica das cláusulas gerais imposta

¹⁷ Cfr. Azevedo, Antônio Junqueira de. Retrocesso no Direito de Família. *Tribuna do Direito*. OAB-SP. São Paulo, set. 1998, p. 16, para quem “Infelizmente, o Projeto de Código Civil, tal e qual aprovados pelos senadores, não assimilou o espírito dos novos tempos”... e “retrocede aos tempos anteriores à Constituição”. O autor ocupa-se especialmente do direito de família, onde a discrepância é impressionante, anotando inúmeras incongruências do Projeto em relação à evolução social e mesmo jurisprudencial.

¹⁸ Em sentido contrário, cf. Martins-Costa, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”- As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 753, p. 24 e ss. A culta autora, após produzir a mais importante contribuição sobre cláusulas gerais do direito brasileiro, *Sistema e Cláusula Geral (A Boa-Fé objetiva no Processo Obrigacional)*, expressão de sua tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação da USP, 1996, dá-se por satisfeita, surpreendentemente, com as previsões de cláusulas gerais do Projeto de Código Civil.

contemporaneidade, que reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o texto constitucional.¹⁹

Confirma-se o entendimento acima lançado pela constatação de que o Código Comercial Brasileiro, já em 1850, em seu art. 131, introduzia o princípio da boa-fé contratual, que, no entanto, teve baixa – ou nenhuma – eficácia social, assim como o próprio BGB, de 1900, sendo certo que no exemplo alemão coube à doutrina elaborar o conteúdo do princípio em sua aplicação prática, ao longo do tempo.²⁰

Quer-se com isso demonstrar que uma cláusula geral, só por si, pouco ou nada significa. E que, utilizada do ponto de vista formal pelos codificadores do Século passado, a sua introdução, pura e simples, não traduz novidade alguma, do ponto de vista de técnica legislativa.

O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.

Supera-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema.

No caso brasileiro, a cláusula geral da boa-fé, prevista no Código Comercial, não teve repercussão, e as do Código Civil, como é o caso do art. 554, em matéria de direito de vizinhança, dependeu de construção doutrinária e jurisprudencial que lhe foi muito

¹⁹ Conforme adverte Amaral, Francisco. *op cit.*, p. 649, “O direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis”.

²⁰ Como se sabe, segundo o parágrafo 242 do Código Civil Alemão, “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Sobre o conteúdo da boa-fé objetiva, constituído pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, v., por todos, Enneccerus, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*. in: Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor e Wolff, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3ed. T. 2º, vol.1, Barcelona: Bosch, 1966, p. 18 e ss.

posterior.²¹ Nos dias de hoje, ao revés, inúmeras são as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores.

Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina, diante da generalizada crise de legitimidade, difusamente apregoada (das instituições, da dogmática tradicional, das técnicas legislativa e interpretativa e das fontes).²² Afasta-se o pretenso caráter abstrato do legislador e, no plano metodológico, as bases interpretativas meramente formais, insuficientes para assegurarem a fidelidade do magistrado à tábua de valores do sistema, em favor de um conteúdo normativo flexível mas objetivamente indicado pelo Poder Legislativo.

6. Se o pluralismo ensejou a *desconstrução* do sistema fechado(o Código), das categorias e dois institutos jurídicos (basta pensar na propriedade e no negócio jurídico), inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo.²³

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.²⁴ Consolida-se o entendimento de

²¹ Cf. Dantas, Francisco Clementino de San Tiago. *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, (1ª ed. De 1939, em cujo prefácio o saudoso mestre revela o seu propósito: “quisemos elaborar um critério para o juiz...”).

²² Marques, Cláudia Lima. Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores. op. cit., p. 67 e ss.

²³ A advertência é de Rodotà, Stefano. Ideologia e tecnicismo della riforma Del diritto civile. *Rivista di diritto commerciale*, I, 1967, p. 83: “la maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento che la cultura giuridica è riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione”.

²⁴ V., na doutrina brasileira, Moraes, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, vol. 65, p. 21 e ss., além de nossos diversos estudos reunidos em TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. op. cit., e, ainda, Fachin, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5 e ss. Dentre os constitucionalistas, destaca-se a reconstrução de critérios interpretativos proposta por Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, passim e, especialmente, p. 141 e ss. Na jurisprudência, são emblemáticos a sentença de São Paulo, prolatada em 1992, que considerou abusiva certa publicidade por atentar contra a dignidade da pessoa humana (in: Revista do Consumidor, São Paulo, vol. 4, p. 261-269, num. Esp. 1992) e o voto vencido do Min. Ruy Rosado, proferido no STJ em 1994 (Revista do Consumidor, São

que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição.²⁵

A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estaco social de direito delineado pelo constituinte.

O legislador da década de 90, portanto, na experiência brasileira, assim como a jurisprudência mais atenta, estabelece um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais.²⁶

Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou, em doutrina, “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 tecnológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o lado cultural, de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”. A análise serve de base para ulterior conclusão: “a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional”.²⁷

Paulo, vol. 17, p. 179-180, jan.-mar. 1996), em que considera o equilíbrio contratual como expressão do princípio da “*solidariedade social* (art. 3º, I, da CF)”.

²⁵ Cf. o estudo fundamental de Perligieri, Pietro. *Scuole, tendenze e metodi*. Napoli: Esi, 1989, p.109-134: Norme Costituzionali e rapporti di diritto civile. V., ainda, a recente conferência de Moraes, Maria Celina Bodin de *Direito Civil Constitucional*, in: Camargo, margarida (org). *Uma Década de Constituição 1988-1998*, p. 115 e ss, onde a autora salienta (p. 127): “enquanto o Código dá prevalência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias. Por isto, neste novo sistema, passam a ser tuteladas, como prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos”.

²⁶ Sobre o ponto, v. Negreiros, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de janeiro: Renovar, 1998.

²⁷ Moraes, Maria Celina Bodin de. *Prefácio*. in: Negreiros, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. *op. cit.*, pp. IV-V. A autora conclui, ainda: “o princípio da boa-fé reaparece (...) funcionando como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé representa, pois, a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico. O contrato vem configurado como um espaço de

Diante do art. 51, IV, do Código do Consumidor, que considera nula a cláusula contratual incompatível com a boa-fé objetiva, sustenta-se a necessidade de “buscar na normativa constitucional critérios de interpretação e densificação desta noção que a funcionalizem à proteção da pessoa, de sua dignidade – onde e para onde, em última análise e definitiva instância, se radicam e convergem os princípios constitucionais”.²⁸

Na mesma esteira, pondera-se que “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República) numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema”.²⁹

Assim estando as coisas, há que se estar atento diante das reformas legislativas que, a exemplo do Projeto de Código Civil em discussão, proponham uma racionalização estática, vale dizer, uma adequação das leis às transformações pregressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito um fenômeno social (não já uma ciência pura).

Ao propósito, fundamental se apresenta a página crítica de Stefano Rodotà contra a reforma das bases formais e técnicas da legislação vigente (opera (di formica), quando a legislação já não mais responde aos anseios da sociedade, prescindindo-se das discussões de política legislativa (como se isso não fosse da alçada do jurista).³⁰ Assim procedendo, o legislador corre o risco de produzir um corpo de normas que, a despeito do rigor ou da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade. Mais grave ainda, anotou Rodotà, é considerar a tarefa do jurista apartada das ciências sociais, cabendo-lhe tão-somente racionalizar o conjunto de transformações ocorridas na sociedade, cuja análise, no entanto, estaria a cargo dos historiadores, filósofos, economistas e sociólogos. Em imagem

desenvolvimento da personalidade humana; uma relação econômico-jurídica em que as partes devem colaboração umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a Constituição quer livre, justa e solidária”.

²⁸ Negreiros, Teresa. *op. cit.* p. 81.

²⁹ Aguiar Junior, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr.-jun., 1995, p.21-22. O autor é invocado por Teresa Negreiros, *op. cit.*, p. 81, segundo a qual a perspectiva “importa uma profunda revisão da conceituação dos princípios jurídicos e, bem assim, da própria idéia de sistema, fundado constitucionalmente”.

³⁰ Rodotà, Stefano. Ideologia e tecnicismo della riforma del diritto civile. *op.cit.*, p. 83.

eloqüente, projetou-se a figura de um legislador que apenas chancela as transformações sociais, sem protagonizá-las: nada além de um *tabelião da história*.³¹

Daí a tendência a reduzir a categorias técnicas os fenômenos culturais, tratados pelos reformadores como menos indicadores da necessidade de uma revisão legislativas.³²

No Brasil parece ocorrer situação semelhante. Como na página clássica de Giacomo Leopardi, em *Gattopardo*, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma *completa* transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, pretende-se, com o Código projetado, alterar tecnicamente institutos, vestindo-lhes com indumentária renovada, de molde a que se ressuscite o conceptualismo e a cultura jurídica mais do que ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas.³³

Pode-se dizer, em conclusão, que uma reforma legislativa, na atual experiência brasileira, só se justifica com adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição.³⁴ Ao lado disso, o legislador deve absorver cuidadosamente a experiência constitucional dos últimos dez anos, consciente da realidade sociocultural contemporânea, não se afastando da história, para meramente chancela-la. Como advertiu, recentemente, Caio Mário da Silva

³¹ Afirma Rodotà. Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile. *op.cit.*, p.88, com refinada ironia: “Vi è qualcosa di grandioso e di nobile in questo disegnodì alta conservazione in cui si iscrive l’opera del giurista, per il quale nona caso se era foggiate l’espressione, solenne e seducente, di notaio della storia”.

³² Rodotà, Stefano. Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile, *op. cit.*, p. 86: “ogni intervento di mera stabilizzazione rischia d’essere, all’atto stesso in cui si produce, invecchiato ed inefficace; in una parola, vano, manifestazione della illusione faustiana di arrestare nell’attimo l’inesorabile trascorrere del tempo”. Mais ainda (p. 89): “E per il giurista positivo, massime per il giurista riformatore, questo riconoscimento (Che processo storico e processo di riforma si confondono) assume valore particolare: per lui la storia non è soltanto riflessione sui fatti passati, ma è già giudizio sul presente e previsione del futuro, intesi come le dimensione temporali in cui il regolamento giuridico è destinato ad operare. Ed è inadeguata al suo fine uma reforma intesa como mera racionalizzazione dei fatti del passato, poiché lê uniche riforme meritevoli di questo nome sono ormai quelle soltanto che vogliono essere creatrici d’avvenire”.

³³ A preocupação com o contexto histórico, cultural e ideológico sobreleva-se na análise de Fachin, Luiz Edson. A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. in: Camargo, margarida (org). Uma Década de Constituição 1988-1998. *op. cit.*, p. 129 e ss., acerca da reforma do Código Civil: “E aí volvermos as preocupações menos para a moldura e mais para o objeto fotografado” (p. 136).

³⁴ Cf, ainda uma vez, Rodotà, Stefano. Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile, *op. cit.*, p. 95, “queste indicazione non possano essere intense come un appello alla coscienza individuale dei giudici, alla loro capacità di essere voce viva e vera del tempo e della società: una legislazione, come quella indicata, non può esprimersi che come espansione dei principi costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale esigenze della società possono penetrare nell’ordine giuridico” (grifou-se).

Pereira, o decano dos civilistas brasileiros, “*passou a hora de legislar conseqüências*”.³⁵ Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido em 12 de março de 1998. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, vol. 5, p. 316.