

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Aloísio Alencar Bolwerk

MÉTODO JURÍDICO AXIOLÓGICO APLICADO AO DIREITO CIVIL

Belo Horizonte – MG

2016

Aloísio Alencar Bolwerk

MÉTODO JURÍDICO AXIOLÓGICO APLICADO AO DIREITO CIVIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração em Direito Privado, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Linha de Pesquisa: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte – MG

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B694m Bolwerk, Aloísio Alencar
Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil / Aloísio Alencar
Bolwerk. Belo Horizonte, 2016.
177 f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiuza
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito civil. 2. Positivismo jurídico. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Valores. 5. Direito - Aspectos sociais. I. Fiuza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347

Aloísio Alencar Bolwerk

MÉTODO JURÍDICO AXIOLÓGICO APLICADO AO DIREITO CIVIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração em Direito Privado, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Lucas Alvarenga Gontijo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sávio de Aguiar Soares – Centro de Estudos AGE/Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Daniel Rivorêdo Vilas Boas – FUMEC (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 17 de Dezembro de 2016.

*A minha família e amigos familiares por todo o incentivo, em especial
aos meus pais Francisca e Aloisio, pelos valores que me foram
legados.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores do Programa de Doutorado em Direito da PUC Minas, pelo empenho e dedicação. Ao viabilizarem esta proposta de estudo interinstitucional, prestarem relevante serviço social e acadêmico ao Estado do Tocantins.

Em específico, agradeço aos professores Dr. Marcelo Campos Galuppo, Dra. Taisa Maria Macena de Lima e Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro, que muito contribuíram para a formação do meu conhecimento científico.

E, ao meu orientador e amigo, Professor Dr. César Augusto de Castro Fiuza, um especial agradecimento pelas orientações e discussões jurídicas que pudemos promover. Sem temer, enfrentamos debates e fomos adiante com nossas ideias, sem qualquer pretensão de carregar a verdade, mas a sinceridade e o respeito que o Direito merece.

Agradeço também aos amigos Maria Leonice, Sérgio Lorentino e Vinícius Marques. Tenho certeza de que nossos esforços serão reconhecidos!

RESUMO

O presente trabalho faz análise da hermenêutica jurídica entre o positivismo e pós-positivismo a fim de apresentar como produto o método jurídico axiológico enquanto nova forma de conhecimento científico a ser empregado no Direito Civil. Para sua formulação, foi preciso percorrer o pensamento positivista, que ganhou força pela simplificação que promoveu ao Direito, e também a corrente pós-positivista, alicerçada em interpretações valorativas que terminam por refinar uma hermenêutica reflexiva sobre ideias de justiça. O Direito assume roupagem funcional e a proposta de sociedade aberta é incorporada para permear edificação jurídica ajustada à realidade social. A teleologia desta conjugação é afastar a pura e simples aplicação lógico-dedutiva para buscar uma nova racionalidade afinada com a ideia de tutela material e concretizadora de direitos. Neste diapasão, é que o enredo dialógico da “sociedade aberta” possibilita a edificação de um Direito Civil comunicativo com outras fontes. Porém, teorias como a do diálogo das fontes e da hermenêutica heterorreflexiva foram apontadas, porém criticadas, ou por insuficiência de conteúdo, ou porque promoviam retorno aos construtos do modelo positivista. A interpretação do Código Civil, a partir do método jurídico axiológico, prima pela mensuração entre a justiça pretendida e a segurança necessária, tarefa que parte do conteúdo da norma-padrão, cujo ensaio formador se passa entre o raio de ação dos três “Entes comunicantes”: Sociedade, Estado e Direito e que permeia a construção do normativismo, que corresponde a um todo interpretativo de caráter transdisciplinar. O método jurídico axiológico visa a construção valorativa do pensamento arrimado nos reflexos que podem surtir para os particulares e para a sociedade. Difere do juízo de equidade por ser operacional e por não se debruçar sobre a justiça no plano abstrato. Seu arremate, assim, se processa quando faz a conjugação dos juízos de valor e de realidade (juízos de adequação), cuja concretude pode ser vislumbrada diante da análise de situações factuais e hipotéticas, nas quais o método pode ser contextualizado.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Sociedade aberta. Direito civil. Normativismo. Método jurídico axiológico.

ABSTRACT

The present work analyzes the juridical hermeneutics between positivism and post-positivism in order to present as product the axiological juridical method as new form of scientific knowledge to be used in civil law. For its formulation, it was necessary to go through the positivist thought, which gained strength by the simplification it promoted to the law, as well as the post-positivist current, grounded on evaluative interpretations that end up refining a reflective hermeneutics on ideas of justice. The law assumes functional drapery and the proposal of open society is incorporated to permeate juridical edification adjusted to social reality. The teleology of this conjugation is to withdraw the simple logical-deductive application to seek a new rationality in tune with the idea of material protection and concretizing rights. This diapason is where the dialogical plot of the "open society" enables the building of a civil law that is communicative with other sources. However, theories like the dialogue of sources and hetero-reflexive hermeneutics were pointed, but criticized, whether by lack of content, or because they promoted regress to the constructs of the positivist model. The interpretation of the Civil Code, from the axiological juridical method, values and chases the measurement between the desired justice and the necessary security, task which parts from the standard norm content, which forming essay passes between the action radius of the three "Communicating Entities": Society, State and Law and that permeates the construction of the normativism, which corresponds to an all interpretive transdisciplinary character. The axiological juridical method aims the evaluative construction of thought supported on the reflexes that can bear fruit for individuals and for society. Differs from judgment of equity by being operational and not dwelling on justice on abstract plan. Thus, its tailpiece is processed when it does the conjugation of judgments of value and reality (judgments of adequacy), which its concreteness can be perceived in face of the analysis of factual and hypothetical situations, where the method can be contextualized.

Keywords: Post-positivism. Open Society. Civil Law. Normativism. Axiological Juridical Method.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES GERAIS	19
3 A PROPOSTA DE “SOCIEDADE ABERTA”	33
3.1 A proposta de “sociedade aberta” de Karl Popper	33
3.2 A proposta de “sociedade aberta” de Peter Häberle.....	38
3.3 A proposta de “sociedade aberta” de Jürgen Habermas.....	42
4 POR UMA RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL E A QUESTÃO DO MÉTODO	47
4.1 A proposta de “sociedade aberta” aplicada ao Direito Civil.....	53
4.2 Reflexões sobre a teoria do diálogo das fontes: apontamentos e críticas	62
4.3 Reflexões sobre a hermenêutica heterorreflexiva: apontamentos e críticas	67
4.4 A interpretação do Direito Civil a partir do método jurídico axiológico: análise sob os prismas da logicidade, juridicidade, funcionalidade e da legitimação.....	77
5 APLICAÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO AXIOLÓGICO: ANÁLISE DE CASOS. 109	
5.1 Da (im)possibilidade jurídica da aplicação do exemplary damages	109
5.2 Da (im)possibilidade jurídica de penhorabilidade do “bem de família” do solteiro	123
5.3 Da (im)possibilidade jurídica dos efeitos patrimoniais do “concubinato”.....	133
5.4 Da (im)possibilidade jurídica da usucapião de bens públicos dominicais.....	144
6 CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS.....	167

1 INTRODUÇÃO

Vários são os enfoques sobre o Direito. Teorias debruçam-se sobre seu emaranhado enredo a fim de interpretar, compreender ou sistematizar. Seja como for, a análise recai quase sempre sobre o mesmo objeto, o ordenamento jurídico. A depender da teoria ou da metodologia abordadas, poderá haver redução, expansão, problematização ou simples conformação.

Mas de fato – e assim se refere porque, antes de jurídico, o Direito é factual – trata-se de engenharia densa, a abranger cenário complexo, pois, envolto – e ao mesmo tempo dissolvido – pelos mais variados contextos sociais. Todas, ou quase todas as situações se reportam ou convergem para o Direito, e disto ele não pode se furtar. Dele se esperam respostas para atender às exigências sociais e econômicas, prestar auxílio à esfera política e socorrer a sociedade nas mais diversas circunstâncias factuais. Trabalhar uma teoria ou um método que possa abastecer esta demanda não é tarefa fácil. Também não se pretende afirmar que o teorizado vá acudir a tudo e a todos, ou que atinja patamares de excelência e eficiência. Esta não é a intenção. A questão é que, seja qual for a fórmula, teoria ou pensamento, seja a interpretação atribuída ao Direito, precisa ser constantemente modificada, senão revisada, mediante releitura de seus fundamentos.

O que este trabalho procura analisar no cenário jurídico-social, e que aqui intenta-se rebater, é o distanciamento ainda existente entre o universo do Direito e o da Sociedade. E diga-se universo porque parecem pertencer a sistemas diferentes, sistemas que não se comunicam. Há um hiato entre o raio de atuação da esfera jurídica e a do espaço social, ainda a esperar a incidência deste raio. Duas razões apontam para este distanciamento. A primeira reside na teoria, na construção de um universo jurídico refletido, criticamente analisado e balizado por fundamentos, mas que de certa forma deixa escapar o lado prático, concreto, que precisa ser atendido. O Direito, ao se auto-referenciar, perde sua teleologia no espaço-tempo e termina por se afastar de sua outra função, a operacional, de natureza pragmática. A segunda não é de ordem teórica em si, mas por conta de razão lógica. E a lógica é que o Direito não acompanha, e nem acompanhará, o ritmo assistemático do compasso social. A sociedade está sempre à frente. E assim o deve ser, porque são das ações dos atores em suas individualidades e do agir comunicativo social que se extrai sua matéria-prima. Se ao Direito atribui-se organicidade é porque há um conteúdo vital a lhe abastecer.

Mas em que pese as Teorias que cuidam da interpretação do Direito, esta simbiose parece ainda carecer de alinhado recorte epistemológico. A inóspita ideia de separar os mundos

do “dever-ser” e do “ser”, entre o conteúdo que pertence ao domínio do Direito e o conteúdo do social, só o afasta ainda mais da sociedade.

A par desta breve reflexão é que se lança mão neste trabalho de método que possa não necessariamente solver o problema do distanciamento, mas amenizá-lo. Assim é que o método jurídico axiológico aqui estudado leva em conta a Sociedade, o Estado e o Direito. Entes que necessariamente precisam se comunicar. O espaço a permear esta comunicação não pode ser outro senão o de uma sociedade aberta, assim entendida, principalmente por conta de um fundamento que a rege, a democracia.

O método jurídico axiológico toma a adequação como objetivo a ser alcançado; adequação entre fato e norma. Para tal, o exercício hermenêutico embutido exige interpretação e compreensão dos valores sociais circundantes, bem como juízo de realidade mediante apuração dos fatos como eles efetivamente acontecem ou se processam no esteio social. Disto resulta atividade interpretativo-compreensiva dialogada com as reais necessidades a abastecer o resultado do produto jurídico. Ademais, a adequação ora promovida não se encontra solta, descompromissada, muito menos descarta o Direito e sua normatividade, mas a ela se reporta quando da realização do juízo de adequação, vez que também encontra arrimo interpretativo no conteúdo da norma-padrão, devidamente edificada mediante ação comunicativa entre Sociedade, Estado e Direito.

A partir desta reprodução, tem-se a figura do normativismo, que corresponde a outro diálogo, *a posteriori*, entre norma-padrão e juízo de adequação. É neste segundo momento comunicativo que se realiza a operacionalidade do Direito, quando da aplicação de resposta jurídica ao caso concreto.

Como se nota, é método porque incorpora um *in procedendo* que lhe dá tom e cadência. E, para se chegar à sua formulação, é preciso analisar outros conceitos e posicionamentos. Assim, em capítulo apartado, faz-se análise da vertente positivista e da pós-positivista do Direito, bem como a contribuição de ambas as teorias para a formação do pensamento jurídico em geral. A hermenêutica jurídica balizada pelas correntes é aqui mensurada porque produz forte influência para a construção do método que ora se apresenta.

O método propõe duas formas de diálogo, um *a posteriori*, como dito acima, e outro *a priori*, que ocorre a partir do entrelaçamento a envolver os “Entes Comunicantes”: Sociedade, Estado e Direito. Este diálogo é lançado para arrimar a ideia de sociedade aberta, mas também de democracia a permear as ações desta sociedade. Por esta razão, abre-se capítulo para tratar desta interação.

Noutro ponto, é elaborada uma contextualização da proposta de sociedade aberta aplicada ao Direito Civil. Consta-se que, por ser Lei ímpar a regular as relações privadas e os projetos de vida individualizados, representa verdadeiro macrossistema, coberto por princípios circundantes e repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Por essas razões é que a proposta de sociedade aberta casa-se com o Direito Civil; mas, principalmente, porque é a Lei que de forma mais acentuada possibilita o exercício da autonomia da vontade em sua essência, qual seja, o de sujeito consciente.

Também é feita a análise e críticas sobre a teoria do diálogo das fontes e sobre a hermenêutica heterorreflexiva. Tal abordagem é indispensável por conta da necessidade de se estabelecer distinções entre estas teorias e o método jurídico axiológico, a fim de se rebater qualquer aparência e/ou confusão temática deste com àquelas.

Noutro tópico é feita análise detalhada do método, mediante anotações sobre o seu processo de elaboração, formação do conteúdo jurídico, enquadramento, recursos e possibilidades de técnicas utilizadas, assim como o cenário social em que é propenso o seu desenrolar. Mas, sobretudo, aponta-se para os objetivos de sua interpretação e os resultados de sua aplicação, vez que sua teleologia é atingir operacionalidade de resultados. E, a fim de lhe dar maior consistência, posteriormente é realizado ensaio onde são feitas outras contraposições em relação à teoria do diálogo das fontes e à hermenêutica heterorreflexiva.

Por fim, intenta-se buscar o resultado operacional pretendido pelo método jurídico de base axiológica, que é possível a partir da análise de situações concretas e hipotéticas. Assim, são realizadas discussões que visam aplicar o método quando da possibilidade jurídica do *exemplary damage* na sistemática jurídica nacional. A abordagem gira em torno de parâmetros para fins de apuração desta espécie de dano, atribuindo-lhe contornos mais jurídicos e amoldados à proposta de responsabilidade civil.

Noutro tópico, a partir do método axiológico, faz-se apuração jurídica sobre a possibilidade de se estender ao solteiro os efeitos da Lei n. 8.008/90, que ampara e protege o bem de família. Aqui, o método se faz mediante estrita crítica valorativa entre justiça e segurança. No que tange à segurança das interpretações jurídicas, o método cuida de análise pormenor sobre a analogia enquanto técnica integrativa a colmatar supostas lacunas.

Em outra discussão, o método é balizado para realizar juízo de adequação sobre as novas formatações familiares no cenário brasileiro. A partir de valores e da realidade fenomênica apresentada, são apresentados conceitos e composições a abraçar estes novos enredos, sem perder de vista a preocupação em apontar critérios formadores para limitação e mensuração de

uma entidade familiar em sentido *lato*. Ainda, procura tecer críticas sobre a atividade jurisdicional no que toca sua postura interpretativa diante desses novos enlaces familiares.

Sobre a propriedade e a possibilidade da usucapião de bens públicos dominicais, o método procura apurar uma gama de valores e de realidades expostas, em seus mais diversos sentidos (econômico, ambiental, cultural), para justificar esta plausibilidade jurídica. Os juízos de valor e de realidade, efetivamente, são acionados a fim de embasar fundamentação neste sentido.

Ao final, elabora-se conclusão, abordando o método em suas especificidades e recursos procedimentais para atuação e aplicação. E, enquanto método jurídico, longe está de atingir patamares de eficiência. Como dito, trabalhar com o Direito é trabalhar com o fenômeno social, e este não se mostra simétrico. Por envolver valores e realidades circundantes é que esta proposta metodológica apresenta potenciais falhas. Porém, justamente pela abordagem valorativa e realística, é que ela não tem por objetivo atingir respostas exatas ou resultados pontuais e estanques. O método prima por ser operacional porque assim se faz funcional. E, como o próprio nome já lhe subentende, é axiológico, e não cartesiano. Por tal, de sua axiologia, deve suportar, também, a variabilidade e a constante mudança.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

O positivismo surgiu na França do século XIX enquanto ideologia filosófica que defendia o cientificismo como a única forma de conhecimento verdadeiro. Nos contornos da corrente, uma teoria só poderia ser considerada correta se fosse passível de comprovação através de métodos científicos válidos. Amparada na racionalidade, rejeitava qualquer conhecimento ligado a conteúdos abstratos, de ordem metafísica ou meramente subjetiva (PEREIRA, 1998).

Para se chegar à verdade do conhecimento era preciso uma sistematicidade do pensamento que, a partir de análises empíricas, buscava descobrir as leis gerais a reger os fenômenos observáveis - a exemplo do *in procedendo* da metodologia dedutiva utilizada pelas ciências naturais. O positivismo encontrou em Augusto Comte um dos seus defensores, que militou fervorosamente em prol da criação de uma ciência da sociedade, capaz de explicar e compreender os fenômenos sociais tal qual as ciências naturais (PEREIRA, 1998).

Acreditava ser possível, mediante observação, compreender os processos sociais e que estes poderiam ser disciplinados em formulações gerais. Confiava à técnica a possibilidade de previsão dos fatos que, conseqüentemente, restariam estancados nas leis. Como o raio de abrangência do positivismo parte do pressuposto reducionista, o fenômeno social passível de observação somente seria aquele pertencente ao mundo físico, isto é, que estivesse ao alcance da experiência. Esta ideia ganhou força, principalmente pela simplificação que promovia. Todavia, o positivismo filosófico não se confunde com a corrente que defende a ideia de um positivismo jurídico.

A expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. (BOBBIO, 1995, p. 15, *grifo do autor*).

Isso porque a ideia de positivar o Direito, e assim se criar um juspositivismo, surgiu com a intenção primária de distingui-lo, e mesmo de separá-lo, do direito natural.

[...] o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas

o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.* (BOBBIO, 1995, p. 26, grifo do autor).

A par deste breve introito, fazer referência à gênese do positivismo jurídico ganha salutar importância, na medida em que seria temerário tratar das realidades jurídicas fora de qualquer contexto histórico que as circundou. E, se é possível que o presente trabalho se dedique a considerar uma realidade atualmente designada de pós-positivismo, é porque necessariamente o positivismo jurídico foi sua herança metodológica.

Ainda que haja desencontro quanto ao seu início, o fato é que desde o século XIX este tem dominado as discussões metodológicas que tomaram e ainda tomam conta da Teoria do Direito. É inegável que o positivismo jurídico corresponde à corrente dominante no pensamento jurídico do Brasil (DIMOULIS, 2006, p. 46). Todavia, pretende-se aqui apontar seu lastro genético, e não puramente descrever sua história.

Assim, fala-se em genealogia do positivismo jurídico, onde se pretende apreendê-lo como a realidade social em que efetivamente se constituiu e tendo em vista as relações que passou a ter com outras variantes de sua conjuntura espacial e temporal.

Nesta perspectiva, é importante mencionar os aspectos jurídico-políticos que antecederam o positivismo jurídico e com os quais ele veio a se relacionar, uma vez que para sua sedimentação, rompeu com uma série de concepções então tradicionais ao Direito, que passou a ser visto como um direito positivo, ou direito posto por uma autoridade a partir da construção humana que se materializava por meio da edição de textos e que alçava o *status* de legalidade preestabelecida.

Mas antes da consolidação desta concepção de Direito, o que existia era um modelo em que a juridicidade se forjava a partir de um quadro marcado por uma pluralidade de ordenamentos com distintos mecanismos de formação. Com o positivismo, o Direito passou a ser concebido como um dado, como um objeto de conhecimento consideravelmente mais unitário, rejeitando a ideia de que o seu produto fosse resultado da atividade interpretativa e construtivista e engessando o afloramento do Direito Natural e dos costumes, frutos das concepções tradicionais e da falsa plástica da “razão artificial” dos juristas.

A partir do positivismo, um Direito autônomo ganhou força e passou a impor-se sobre as concepções de justiça elaboradas pela plasticidade artificial da interpretação dos juristas da

época. Ao revés, optou por vincular-se previamente a uma autoridade que lhe atribuiu legitimidade e sentido obrigatório.

É de se notar que a corrente positivista teve que enfrentar a quebra de modelos preexistentes à época. O pensamento jurídico clássico romano repercutia sua influência e ainda era adotado para realização do Direito diante dos casos concretos. Calcado nas concepções sobre o Direito, levavam em conta os elementos provindos da tradição comunitária, sem que houvesse qualquer compromisso de cumprimento de uma normatividade que fosse resultado exclusivo de um ato de positividade. A ideia de unidade era remota e frágil, havendo distinção no Direito Romano entre os termos *jus* e *lex*. Assim, os valores comunitários estipulados de acordo com a percepção dos juristas diante dos casos práticos permitiram efetivamente a caracterização do pensamento jurídico romano como uma *juris prudentia* (BRONZE, 1994, p. 285).

Em outro momento, iniciado no período medieval, verificava-se ainda certo raciocínio prudencial em vista da incidência de problemas práticos. Entretanto, o raciocínio já não se voltava para os valores da comunidade à maneira dos romanos. O raciocínio se voltava mais para a interpretação de textos, tidos por portadores de autoridade própria e que se reportavam a uma espécie de filosofia prática e, portanto, de uma concepção de algo que se cristalizava de acordo com a reflexão, configurando, desta forma, a expressão de um sinal maior caracterizado por valores que efetivamente identificavam o Direito em causa.

Por fim, já no limiar do pensamento que prepararia o terreno para o positivismo jurídico, cumpre mencionar o pensamento jusracionalista da Época Moderna. Este rompeu com o raciocínio prudencial, porquanto já via o Direito como uma construção dedutiva estruturada por uma racionalidade que era capaz de firmar imperativos. A perspectiva jusracionalista impôs o raciocínio antropocêntrico, fazendo com que o homem fosse desvinculado de sua antiga posição na ordem das coisas ao torna-lo referência desta mesma ordem. Também estabeleceu que a racionalidade a ser instituída deveria ser constituída pelo homem, posto que a verdade constituía-se no seio do próprio sujeito pensante (BRONZE, 1994, pp. 285-286).

A par desta trajetória, o Direito, no quadro de um pensamento moderno-iluminista, passou paulatinamente a ganhar a forma paradigmática legada no século XX, desvinculando-se da filosofia prática e já sendo imbuído da marca da criação humana pura e predominantemente positivado através de textos legais.

Várias sistematizações contribuíram e influenciaram para a formação do positivismo jurídico, a começar pelo pensamento ensejado pelo ambiente Iluminista, bem como fatores históricos, sociais, políticos e filosófico-jurídicos. Quanto a este último, no que tange aos

fundamentos filosóficos do positivismo jurídico, há de se notar a aproximação entre Direito e Ciência; o surgimento das codificações e conseqüente recondução do Direito à legislação, influenciadas estas assentadas nas doutrinas da Escola da Exegese da França e da Escola Histórica da Alemanha¹.

A gênese do positivismo encontrou no homem vigente do Iluminismo um ser autocentrado, livre e racional, que construía uma nova ordem a partir de si, e, portanto, era a última instância em que se podia radicar a formação do Direito. Este homem, em princípio, podia ser seduzido pela ideia da legislação como construção humana proveniente de si, sem um apelo às formas religiosas de regulação da vida. Esta ideia que estabelecia uma nova razão aliada à autossuficiência do homem do Estado liberal, foi fator indispensável capaz de construir sistemas para compreender e dirigir a sua vida, preparando o terreno para as grandes sistematizações futuras, como nas codificações, em que o Direito pudesse ser radicado (BRONZE, 1994, pp. 295-296).

A corrente positivista enalteceu o homem individualista e que criava a partir de si sua ordem, como próprio do período moderno e das novas coordenadas que sua racionalidade poderia alcançar, tendo que encontrar uma justificativa para a convivência que o impunha à limitação de seus direitos e de seus juízos. Esta justificativa, que lhe permitia partir de uma ilimitada autorregulação para um nível mais substancial de liberdade, em que toda liberdade poderia coordenar-se com as demais, surge sob a forma do contratualismo.

Neste contexto, se estabelece uma legalidade estatal capaz de conciliar o individualismo que marca o homem moderno – inclusive na emancipação dos seus interesses, especialmente os econômicos – com a prescrição de uma ordem comum em que ele possa ingressar livremente, porém traduzida numa normatividade cujo apego ideal se processou na lei positiva do Estado.

Nesta senda, a estatização do fenômeno jurídico passou a ser o fator genético do positivismo jurídico, quer em suas matrizes legislativas, quer em seu aspecto jurisdicional. Na trajetória desta estatização, enfatiza-se o contributo do ideal contratualista e a pretensão de universalidade da lei, o que proporcionava ao Direito verdadeira e efetiva apropriação dos fatos e das situações da vida. Se os fatos e as situações em geral podiam ser, de qualquer forma, portadores de alguma normatividade, isso só se dava porque foram absorvidos pelo mundo jurídico-estatal no momento em que o homem permitiu que suas pretensões diante do mundo

¹ Escola da Exegese, também conhecida como Escola filológica, foi uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista, florescendo na França no início do século XIX, a partir do advento do Código Napoleônico. A Escola Histórica do Direito foi uma escola de pensamento jurídico, precursora do positivismo normativista. Surgiu no início do século XIX, exercendo forte influência em todos os países de tradição romano-germânica (LIMA, 2008, pp. 105-122).

cedessem ao horizonte de uma sociedade. Esta, ao seu turno, necessitava de um poder legítimo e suficiente para ordenar e pacificar o grupo, evitando sua extinção. Assim, os fatos da vida passaram cada vez mais a ser tutelados por uma ordem comum, que lhes daria uma significação jurídica.

De fato, o positivismo jurídico cresceu assentado neste novo horizonte, – embalado pelas modernas concepções de sociedades capitalistas – o da consolidação das perspectivas racionalistas de justificação do Direito. A culminância deste processo de absorção do jurídico pelo Estado se deu num movimento de gradual codificação, inspirado na sistematicidade científica, que desabrochou na Europa desde meados do século XVIII, e se consolidou na França do século XIX.

Este contexto social e político favorecia, então, um culto à legislação, cuja hermenêutica se desenvolvia seguindo os ditames e dogmas das ciências exatas, lastreadas pela neutralidade e previsibilidade. O aparecimento dos códigos, nessa esteira, encarnava uma dupla função pois, de um lado materializavam a razão porque eram declaradamente construídos por juristas técnicos, considerados, assim, obras de elevada elaboração científica e de outro lado, materializavam a vontade geral, porque traduziam a marca da soberania popular representada pela legitimidade do Poder do Estado.

A corrente positivista do Direito ganhou peso e alcance e, assim, desdobramentos interpretativos do pensamento começaram a surgir, a exemplo do juspositivismo científico do século XIX, da doutrina alemã. Esta espécie de positivismo se caracterizava pelo estabelecimento do Direito como decorrência de uma dedução a partir de um sistema, capaz de se alimentar e (re)alimentar de seus próprios fundamentos sem que, para tal, fosse preciso recorrer a outros elementos, valores ou diretrizes que não fizessem parte do universo puramente jurídico.

Enquanto o positivismo legalista sustentava-se na ideia de que todo o Direito advinha da legislação estatal, consistindo nos comandos de uma autoridade competente, mas que tinha como suporte axiológico para sua construção determinadas fontes, como a vinculação do Direito com a Ética, Moral, Religião e a natureza, o juspositivismo (positivismo científico) refreava tal comunicação axiológica e construtora da lei sob o argumento de que tal liame poderia gerar insegurança, de casuísmo e imprevisibilidade.

Assim, a ideia de um sistema cientificamente organizado deu azo à concepção do sistema jurídico como algo fechado, coerente e completo e que, justamente por isso, permitia prever a forma de incidência do Direito sobre todo caso concreto a ser decidido. Por outra parte,

a justiça de tal decisão estaria encerrada nesta mesma previsibilidade, uma vez que consistiria na aplicação correta do Direito positivo (WIEACKER, 1993, p. 493).

A repercussão e a incidência do modelo hermenêutico do positivismo científico podem ser vistas de forma clara na discussão sobre a função e o *modus operandi* dos juízes. Esperava-se do juiz uma postura de cientista, atuando com neutralidade e com rigor, sem qualquer recorrência aos valores morais ou políticos. Assentou-se, assim, numa metódica de dedução, cuja aplicação se dava pela mera técnica da subsunção da lei ao caso fático.

O juspositivismo buscava no contexto do Direito uma neutralidade axiológica que era própria de uma sociedade liberal que preferia ponderar em seu próprio tecido a construção de um universo jurídico a cargo do protagonismo legislativo, então vigente e ascendente à época.

O Direito estatal legislado se arrogava da prerrogativa de manifestar exclusivamente todo o direito, e os outros tipos de fontes a que se poderia recorrer restavam agora absorvidas ou proibidas pela legalidade proveniente do Estado. Com efeito, tanto o Direito Consuetudinário como o Jurisprudencial, não eram mais reconhecidos como fontes legítimas de estabelecimento do Direito (WIEACKER, 1993, p. 525).

Alastrou-se a ideia de que a lei deveria ser respeitada porque representava o mandamento da vontade geral, o que implicava no ideal de liberdade mediada pelo Estado. Ademais, deveria também ser respeitada em virtude do construto sedimentado de que o legislador, científico e racional, era necessariamente justo. A proposta do positivismo científico, que se robusteceu no correr do Estado liberal, trazia em seu bojo a marca de um Direito que deveria ser radicado num sistema completo e autônomo, apartando qualquer corrente que pudesse defender a necessidade de o jurista recorrer a aspectos (fontes) colocados fora do sistema.

Trata-se de uma ideia simplificadora e reducionista, pois, encara a lei posta pelo Estado – revestido sob a bandeira da legitimidade do Poder – como o único objeto possível da ciência jurídica. Também quanto à aplicação do Direito, esta restou desvencilhada de quaisquer ideais éticos, morais ou políticos de que pudesse fazer uso o julgador. Toda a juridicidade se encontrava na legalidade do Estado, e todo o discurso jurídico deveria recair também sobre este mesmo objeto.

Revestido por este modelo legalista, o positivismo jurídico emergiu e ganhou força na França (Escola da Exegese), onde o jurista deveria limitar-se a expor e analisar os códigos, sem intervir em suas disposições. O juiz representava, assim, “a boca da lei” e à doutrina caberia apenas a singela tarefa de construir e fundamentar juízos a respeito das normas a partir de argumentos de ordem lógica e gramatical (DIMOULIS, 2006, p. 26). Tal circunstância resultou

numa aplicação mecânica da lei que, conseqüentemente, limitou o pensamento jurídico ao conhecimento do Direito positivo.

Contudo, em que pese às críticas lançadas ao positivismo jurídico, é de se notar que ele representou e ainda representa a corrente dominante do pensamento jurídico. Sua cadeia genética irradiou-se entre os ordenamentos das nações promovendo verdadeira “contaminação jurídica”, fazendo com que outras legislações a ele se relacionassem ou dele descendessem no tocante às suas principais características (WIEACKER, 1993, p. 493). A consideração do Direito como algo positivado por uma autoridade é identificada como uma conquista do Estado Moderno. Resultado de um processo de racionalização que começara já no pensamento moderno-iluminista.

A legalidade, representada pela lei enquanto instrumento ímpar manifesta-se sob os contornos da neutralidade axiológica, segurança e igualdade, apresentando-se como lei formal, geral e abstrata. O que não passasse pelo crivo da positivação, estaria adstrito, a exemplo das convicções políticas, ao campo da esfera individual. Sendo assim, toda situação que tivesse passado pelo processo da positivação já não pertenceria mais ao campo individual, pois estaria dentro da esfera jurídica.

Em sintonia, o pensamento lógico-dedutivo foi difundido, vez que ao se utilizar de abstrações, açambarcaria todos os casos possíveis, promovendo leitura mecanizada, de verdadeira calculabilidade dos fatos da vida que foram positivados. Se a norma positivada representa a abstração, a generalidade fática prevista no dogma da lei, restaria, assim, preservada no que tange a igualdade formal entre os homens, vez que todos estariam sob a égide de uma mesma legalidade (BRONZE, 1994, pp. 304-305).

Importante abordar aqui a contribuição hermenêutica da Escola Histórica alemã para o desenvolvimento da gênese do positivismo jurídico. Esta corrente dominou o pensamento alemão durante o século XIX, tendo em Savigny seu grande difusor e conhecido representante. Tal Escola advogava contra o legalismo estatal, valorizando a busca das formas jurídicas não estatais e não legislativas, legitimadas como suposto reflexo de um espírito do povo (HESPANHA, 2005, p. 385). A Escola Histórica defendia análise que destacasse o Direito como produção cultural inserida na história da comunidade nacional, exaltando o direito histórico por excelência, bem como as formulações doutrinárias dos juriconsultos que se empenhavam na construção do Direito enquanto sistema (HESPANHA, 2005, p. 385).

Entretanto, formou-se uma segunda corrente desta Escola, denominada “Jurisprudência dos Conceitos” ou “Pandectista”. Liderada por Puchta e Windscheid, promoveu leitura hipertrófica do Direito, destoando de certa forma daqueles pressupostos em que ela inicialmente

se firmara. Veiculou a teoria da subsunção e a ideia de plenitude lógica do ordenamento jurídico. O sistema, analisado de forma lógica, exigia interpretação objetiva, buscando não as intenções de um legislador histórico, mas sim de um legislador “razoável”, que reconstruísse as normas a partir de seu contexto sistemático (HESPANHA, 2005, pp. 399-400). Foi a partir desta vertente da Escola Histórica que se originou o juspositivismo científico, que contribuiu e influenciou consideravelmente a Escola da Exegese francesa. Neste sentido, a Escola Histórica caracterizou-se por uma construção de um sistema cientificamente desvelado e dogmaticamente estruturado pelos juristas.

Interessante notar que tanto a Escola Histórica como a da Exegese pressupunham que se pensasse o Direito como um dado, como um objeto de conhecimento que poderia ser sistematizado e depois aplicado.

Em síntese, o positivismo jurídico é uma corrente que tem como características fundamentais a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação do Direito como fenômeno de natureza estatal; a crença na completude do ordenamento jurídico; a justificação procedimental da validade da norma, denominada “formalismo jurídico”; e a utilização do dogma da subsunção para a resolução dos casos.

A problemática que gira em torno desta hermenêutica de interpretação e aplicação do Direito consiste no fato de se tentar atingir uma pretensão de neutralidade, que em verdade se torna algo impossível e que termina por estacionar no plano ideológico.

Para a teoria pós-positivista, ao contrário do que se pode pensar, esta não se estrutura numa revisão dos elementos constantes da noção de positivismo. Em verdade, o pós-positivismo jurídico está alicerçado em estudos diversos da corrente anterior e que visam interpretações e diálogos entre valores, princípios e regras. Além disso, refina sua hermenêutica na medida em que inclui reflexões sobre ideais e parâmetros de justiça. Trata-se, assim, de uma tentativa de superação do estrito legalismo, sem a intenção de desprezar o texto legal no que tange sua existência, validade e legitimidade.

Errônea é a configuração que se atribui ao pós-positivismo ao tentar enquadrá-lo enquanto corrente interpretativa que peca pela abstração e que recai excessivamente no campo metafísico. Tal reflexão se dá porque é facilmente confundida com a matéria-prima por ele utilizada, que está epistemologicamente assentada no reconhecimento de valores partilhados pela sociedade. Valores estes, que compõem o sistema jurídico, ainda que não positivados em um texto normativo específico.

O que se pode afirmar é que o pós-positivismo trata-se de vertente do Direito que levanta problemas sobre as teses centrais do positivismo jurídico. Estuda e analisa os conceitos deste

pensamento para criticá-los, impugná-los ou mesmo para promover nova leitura interpretativa. O seu eixo de investigação é zetético e parte da questão da positividade do Direito, trazendo à baila a discussão sobre sua normatividade inerente, que estabelece divisão entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, correspondendo à teoria da norma jurídica adotada pelo positivismo jurídico e cuja revisão é proposta pelo pós-positivismo na medida em que ela afasta o Direito da realidade mesma.

Também é errônea a alegação de que o pós-positivismo é uma tentativa no plano teórico e prático de superação do positivismo jurídico no campo da Teoria do Direito. Tampouco se pode dizer que esta teoria está sustentada apenas no fato de apontar críticas sobre a insuficiência do positivismo jurídico decorrente da falta de consideração de outras fontes, como as morais e políticas. Sua compreensão epistemológica, em verdade, encontra arrimo na estrutura dinâmica da norma jurídica, onde apoia a tese em que os elementos da formação do Direito devem estabelecer comunicação com os elementos da realidade (MÜLLER, 2013, p. 119).

Outra ponderação pertinente neste ponto é sobre a capciosa exegese que o define enquanto modelo a superar o positivismo jurídico através de uma transcendência não fundamentada dos textos de normas, mediante interpretação “valorativa” de busca incessante por justiça. Ao apoiar a tese de comunicação entre Direito e realidade, cuida-se sim de teoria a fundamentar e discutir os resultados alcançados pela norma.

Assim, encerra numa maior contribuição crítica ao positivismo que vislumbra revisar suas bases no que tange à norma jurídica. A partir desta revisão, desembocando, por consequência, numa teoria própria, o pós-positivismo questiona o modelo da positivação de índole mecânica e neutra na medida em que ela termina por desviar-se da realidade e, assim, acaba por perder a dimensão estruturante do Direito, de onde brota a sua normatividade. O *apartheid* ensejado pelo positivismo estruturante e sistematizador entre o “ser” e o “dever ser” gera desconforto e mesmo certo antagonismo entre norma e realidade, além de promover leitura que confunde a norma com o texto da norma. Na tentativa de reverter esta hermenêutica é que a concepção pós-positivista passa a reconhecer os nexos materiais que ligam Direito e realidade.

Para estabelecer este liame é que a validade da norma escrita, dada pela positividade (e neste aspecto nota-se que o pós-positivismo não objetiva desconstruir o positivismo, pois não abandona a ideia de norma posta pela vontade Estatal, desde que insere num espaço Democrático de Direito), diferencia-se da normatividade, esta sim revestida de normas jurídicas (MÜLLER, 2008, p. 209).

É neste ponto que reside a oposição do pós-positivismo ao positivismo, isto é, a constante ideia de defender como válida e pertencente ao campo do Direito (visto enquanto

sistema) somente a norma posta pelo Estado. Tal pensamento é petrificador e, como dito, promove o desajustado “apartheid” entre o mundo do “ser” e do “dever ser”. Na senda do pós-positivismo, o processo de formação da norma jurídica se dá a partir da aproximação entre esses dois mundos, ou seja, da norma diante de casos concretos. A positividade do texto continua sendo um imperativo do Estado de Direito, devendo ser respeitada como limite material da atividade jurídica interpretativa e, neste aspecto, razão assiste ao positivismo ao defender esta validade. Todavia, isso não é suficiente para a efetiva existência de uma norma jurídica.

Nesta senda é que a atuação do pós-positivismo ganha roupagem funcional, ou seja, no plano da realização prática do Direito, portanto, pela concretização das normas e não por sua mera interpretação e aplicação, pois tal função já é desempenhada pelo positivismo.

A concretização da norma não remete à falsa ideia de abandono do tecnicismo positivista, isto é, da busca pela neutralidade. Ao contrário disso, o pós-positivismo também visa a objetividade quando da aplicação do Direito, porém, mediante juízo de adequação entre a natureza da norma jurídica e a situação fática específica, respeitando esta exegese os parâmetros que o Estado Democrático de Direito impõe à atividade jurídica interpretativa.

Noutro passo, há de se notar que a presença do pós-positivismo afigura-se inserta no Estado Democrático de Direito e a leitura do Direito neste Estado requer ambiente de participação e comunicação, sob pena de se recair em certo autoritarismo. Em outros termos, o que se quer dizer é que ao pós-positivismo se atribui a função democrática de construção do Direito e da norma jurídica, função esta que deve necessariamente se consubstanciar com os pilares do Estado de Direito. O contrário disso resulta em violência provocada pelo Estado, presente, principalmente, através da construção de textos normativos de ideologia unilateral. Assim, a ideia do pós-positivismo de construção jurídica do normativismo, recorre ao ideal de racionalidade e clareza, de forma que possa sofrer controle por parte dos destinatários (“vigilância política”²).

Interessante ponderar que a corrente positivista, ao pretender criar uma Ciência do Direito “pura” ou reduzir o pensamento jurídico à exegese de textos legais, tinha também esta pretensão de objetividade e não de fomentar a existência de Estados autoritários ou totalitaristas. Todavia, a fórmula simplificadora do positivismo é facilmente adotada por estes regimes em virtude de seus aspectos unilaterais sobre poder e vontade dos Estados, bem como por conta da metodologia dedutiva que se utiliza da técnica da subsunção.

² Expressão de Niklas Luhmann e utilizada por DIMOULIS, 2006, p. 204.

Este trabalho não procura fazer nenhuma afirmação de que o positivismo seja fomentador de tais regimes políticos de governo, mesmo porque o foco aqui pretendido é o jurídico e não o político e, sendo assim, o fato é que a hermenêutica empreendida pelo positivismo do Estado liberal não promovia a ação comunicativa entre Estado e destinatários, e tampouco possibilitava a participação efetiva do cidadão para a construção do normativismo jurídico, cujo conteúdo era preenchido somente pelo Estado; diga-se pelo Estado e não para os interesses unilaterais do Estado.

Esta comunicação para o pós-positivismo, ausente no modelo positivista, é essencial para promover o espaço democrático e o debate que ele propicia, principalmente porque se trata do processo de elaboração e estruturação das normas. A legitimidade destas fica atrelada à ação comunicativa e discussão entre Estado e destinatários sob pena de não ser válida, ainda que existente no plano jurídico.

Neste lastro é que reside a maior contribuição da corrente pós-positivista, pois a ação comunicativa torna-se singular na medida em que propicia transparência e se mostra como elemento de justificação racional e legítima da existência e validade da norma, além, é claro, de fomentar a democracia no que se refere ao processo de elaboração e edificação do sistema jurídico. Em linhas gerais, o processo de estruturação, ao considerar a normatividade, não perde de vista o caráter democrático que orienta a positividade do texto e que funciona como instrumento balizador do trabalho jurídico.

O normativismo propugnado pelo pós-positivismo entende que o conceito, extensão e a força normativa da norma não estão atrelados somente ao texto da lei, fazendo-se necessária a conexão entre texto e realidade, aliada à atividade interpretativa que lhe dá tonalidade, sentido e concretização. Ademais, o elo de conectividade não pode estar perdido no tempo e no espaço, isto é, a conexão somente repercutirá seus efeitos materiais quando esta ligação se pautar pelo contexto histórico e social a partir de critério dialético e de análise material. O normativismo ensejado pelo pós-positivismo exige o cumprimento do requisito temporalidade, até mesmo para que a norma cumpra seus efeitos sociais e jurídicos de operacionalidade.

A engenharia que edifica o normativismo vale-se da experiência jurídica, experiência que não pode descartar a problemática presente em questões sociais e políticas. A análise histórica é imprescindível para que as prescrições jurídicas tenham efetividade. Assim, se de acordo com o pós-positivismo o texto da norma em si não pode representar o conteúdo e a força normativa da norma, necessitando de fontes reais que também possam servir de alimento para este processo de estruturação, a questão é: como filtrar e refinar as informações reais que podem ser utilizadas para fins de composição da norma jurídica?

A indagação causa imbróglio, vez que muitos são os fatores de potencial composição e distribuídos em sentidos diversos. E aqui reside prudente crítica ao pós-positivismo porque a ausência de purificação dos conteúdos informacionais pode ensejar a estruturação de um sistema demasiadamente aberto e, via de consequência, instável. Certo é que as fontes são importantes neste processo de construção na medida em que não singularizam o sistema de normas, mas a excessiva pluralização também pode servir de entrave para a formação da segurança que delas se espera.

A resposta a esta pergunta encontra-se na técnica de objetivação e disciplina de seleção das fontes, a qual Friedrich Müller denomina de “concretização” (2000, p. 67). Para explicar, o autor adota metodologia indutiva e realça a interdependência entre norma e realidade no que toca o processo de elaboração da norma em consonância com a realidade.

Para a consecução objetiva deste liame, faz-se necessário que a formação do pensamento jurídico oriente-se pelos dados reais de incidência social e que a normatividade não se afaste de tais dados para compor seu arcabouço jurídico. Ou seja, as informações reais que serão utilizadas como fontes correspondem àquelas que efetivamente comportam o fenômeno social; assim, a filtragem se faz pela inserção controlada delas no processo de decisão (MÜLLER, 2000, p. 64). Impacto e incidência social, repercussão jurídica, fundamentalidade do bem da vida violado, potencial irradiação do conteúdo no sistema jurídico, todas estas circunstâncias devem ser observadas a fim de dar suporte e afinação ao diálogo entre texto da norma e realidade para fins de edificação e estruturação do aporte legal.

Pode parecer que este diálogo (liame norma/realidade) se prenda somente ao ato interpretativo, porém a hermenêutica aqui não é tão condensada. Trata-se de trabalho exegético complexo e que não se encerra em mera interpretação, mas principalmente em concretização. Na linha de Müller, interpretar não necessariamente acarreta o efeito de materializar. Assim, concretizar é a teleologia que se pretende atingir, e para obter este efeito, antes faz-se imperioso o ato interpretativo. Ou seja, a concretização requer interpretação antecipada.

Ainda na esteira do autor, é errôneo pensar que a atividade interpretativa por si só tem força aplicadora (interpretação aplicadora) (2000, pp. 66-67). Ora, a interpretação do texto possui função restrita, vez que a norma não é formada apenas por dados linguísticos, razão esta que impede a efetiva concretização. Após sofrer juízo interpretativo, passa pelo crivo do juízo de adequação³ para encontrar resultado que possa coadunar o texto com a realidade fática (2000, p. 61).

³ É neste momento de realização do juízo de adequação que Müller utiliza o método indutivo.

Este capítulo procurou fazer uma abordagem, ainda que de maneira geral, sobre a transição e passagem da hermenêutica jurídica dentro das correntes do positivismo e do pós-positivismo. Tanto uma quanto a outra foram abordadas enquanto pensamentos jurídicos que se dedicaram e cuidaram do tratamento da norma, em conformidade com a hermenêutica adotada em cada vertente.

Também é importante esclarecer neste momento, que este trabalho não segue a linha antipositivista, mas sim pós-positivista, compreendendo, sobretudo, a contribuição e o valor que o positivismo teve e fez repercutir à época de seu desenrolar no processo histórico, político, jurídico e, principalmente, social. Tampouco procurou-se sedimentar ideia de superação do positivismo pelo pós-positivismo.

Em verdade, esta superação, ainda que autorizada em outras pesquisas, é aqui entendida como falaciosa (efeito placebo), pois, como reduzir o contributo do positivismo se ele é a base de sustentação do próprio pós-positivismo? Como lhe retirar sua natureza epistemológica de confecção dos ordenamentos jurídicos, pelo menos dos ocidentais? A verdade é que o positivismo deixou marcas, estigmas que perpetraram no sistema jurídico, no processo de estruturação e edificação do Direito. Tal legado é inquestionável e qualquer tentativa de oposição ou de ruptura teórica recairia em mero argumento sofisticado, cuja aporia jurídica não é merecedora de nenhum endosso por parte deste trabalho.

3 A PROPOSTA DE “SOCIEDADE ABERTA”

As relações sociais são marcadas pela mutabilidade e pela capacidade de transição, suscetíveis ao tempo e ao espaço. O Direito – interpretado enquanto sistema fechado e instrumento normativo adstrito à reserva legal – já não consegue acompanhar e se adequar ao ritmo do embalo assistemático da sociedade. É neste enredo de certa “imperfeição” que a “Ciência Jurídica” aporta-se em métodos e critérios interpretativos para refletir o “pensar do fenômeno da dinâmica social.”⁴

A “imperfeição” aqui reportada é a que incide sobre a sociedade, decifrada enquanto fenômeno não passível de mensuração automática e muito menos recortada numa leitura acabada e revestida de completude⁵. Trata-se, assim, de dinâmica social, na qual realizações, transformações e aspirações diversificadas se cruzam num *Dasein*⁶, onde o “Ser aí no mundo” é o elemento referencial e de descoberta, pelo qual a ontologia se realiza na busca dos almejos de grupos e nichos sociais que se destacam pela diversidade ética, moral, religiosa e mesmo jurídica.

Analisar a sociedade e seu acelerado ritmo assistemático não é tarefa que cabe apenas à Ciência do Direito, mas também a outras áreas do conhecimento, formando um complexo emaranhado empírico, metodológico e científico que visa entrelaçar conteúdos e conhecimentos a fim de se desvendar, ou ao menos oferecer resposta que possa alcançar tal diversidade, isto é, a dessemelhança intrínseca e imante que habita o corpo moral e o campo valorativo do homem.

Nesta senda, abre-se espaço para investigar e discutir neste objeto de estudo, a reflexão sobre "sociedade aberta" e as (des)vantagens da democracia liberal no pensamento político de autores que defendem esta proposta.

3.1 A proposta de “sociedade aberta” de Karl Popper

É de se notar que o esteio social é formado pelos elementos fundamentais que o sustentam, quais sejam: os sujeitos, enquanto atores pertencentes ao mundo social; os cientistas políticos, enquanto estudiosos que se debruçam sobre as situações e os problemas referentes à

⁴ Importante consignar desde já a distinção entre Direito, enquanto ordem normativa dotada de metodologia sistematizadora e estruturante e de natureza tecnicista e mecânica, e Ciência Jurídica, enquanto suporte teórico, fruto da atividade interpretativa coadunada com a ação comunicativa da sociedade, cuja imperfeição e incompletude lhe são inerentes.

⁵ Teorema da incompletude, formulado no início da década de 30 pelo matemático Kurt Gödel e revisitado pela romancista Rebecca Goldstein.

⁶ *Dasein* é o termo principal utilizado na filosofia existencialista de Martin Heidegger.

justiça, à liberdade e às relações entre os atores sociais; bem como as instituições sociais e respectivas doutrinas. A par disto, a reflexão neste tópico abordará o tema da "sociedade aberta", na visão de Karl Raimund Popper, valendo-se dos elementos mencionados.

Popper foi um defensor da chamada "democracia liberal" e também um dos pensadores cujas ideias servem de inspiração para que a sociedade possa assumir contornos em defesa da vida concreta, pessoal e social como forma de promoção e dignificação da pessoa humana e expressão de abertura intelectual perante a realidade existencial e política.

Nesta esteira, o pensamento de Popper mostra-se particularmente contemporâneo, principalmente em virtude do crescente e evidente processo de globalização das questões sociais, cenário no qual a sociedade é condicionada por uma variedade de problemas de ordem política, econômica, jurídica e cultural. Tais dificuldades terminam por afetar diretamente a vida dos sujeitos, verdadeiros atores sociais que contracenam neste imbricado panorama controverso e paradoxal. Exsurge, assim, a promoção e a otimização de direitos e de parâmetros de justiça e de bem-estar que possam consolidar, a partir do pensamento democrático, a essência do Estado de Direito.

O pensamento popperiano está assentado na liberdade humana, principalmente no exercício da liberdade crítica, argumento este que ensejou seu ideal político de inserção e participação social denominada "sociedade aberta". Contudo, esta teoria esbarra no que o autor nomeou de "falibilidade do conhecimento" e para compreender o seu conceito, é preciso evocar a ideia de sociedade democrática liberal que cria condições políticas e sociais aos indivíduos para o exercício da liberdade de análise, permitindo assim a alteração gradual de leis e costumes através da crítica racional (ESPADA, 2008, p. 34).

Os avanços nas liberdades e direitos individuais dos cidadãos somente se registram com a prática de um sistema político mais aberto, isto é, um sistema político que dá a possibilidade de avaliar e questionar racionalmente as ideias concorrentes, levando-se em conta a teoria da "falibilidade do conhecimento" (POPPER, 1998, p. 347). Portanto, na proposta de "sociedade aberta" a liberdade crítica e as sugestões dos interlocutores políticos e sociais são carregadas de sentido e de elementos valorativos, estabelecendo a necessidade de criação de condições políticas e sociais para que os atores, a partir da interação entre conjecturas e refutações, possam promover confronto dialógico capaz de indicar alternativas às ideias avaliadas de forma racional, chegando a posições baseadas sobre a verdade objetiva e o bom senso.

A proposta de "sociedade aberta" é um processo educacional, ambiente cujo fluxo é de constante processo a envolver ensino e aprendizagem que visa abertura intelectual no que toca a reflexividade e a criticidade numa atmosfera pluralizada de interesses. É um convite a pensar

no futuro dos cidadãos e da sociedade com liberdade e dinamismo. Os frutos deste pensamento tendem a propiciar políticas inclusivas e ao favorecimento do desenvolvimento endógeno, vez que e se origina no interior do sistema, enquanto organismo que fomenta a interação social inserida num efetivo espaço de ambientação democrática.

Ademais, o projeto que defende uma “sociedade aberta”, também é uma ideologia em prol tanto da democracia participativa nas instituições políticas, quanto na construção de um sistema jurídico flexível, portanto, não condicionado e adstrito somente em leis escritas. A associação destes dois reflexos, culmina na aproximação e humanização das relações sociais, vez que envolve o espírito de solidariedade entre os atores que, responsavelmente, caminham rumo à felicidade e ao bem-estar.

Trata-se da verdadeira teoria do conhecimento, em sentido amplo, proposta por Popper e que enfatiza a noção de falibilidade como critério fundamental para a caracterização das teorias científicas. Sustenta que a atividade científica consiste na formulação de hipóteses que ajudam a explicar os vários problemas que se apresentam e a sua sucessiva refutação através de experiências. As teorias científicas passam a ser questionadas, desmistificando o construto ou ideal de que são irrefragáveis e absolutas (POPPER, 1998, p. 132).

A análise, assim, permeia o argumento de que as teorias científicas, principalmente as que se submetem ao estudo da dinâmica social, podem ser consideradas como um contíguo de proposições passíveis de refutação por outras demonstrações científicas. No que tange às ciências sociais, a exemplo da Ciência Jurídica, tal observação recai como crítica em relação ao excessivo dogmatismo e a unicidade metodológica de se compreender a lei enquanto única fonte de aplicação do Direito.

A Ciência Jurídica tem sua construção arrimada em teorias científicas, e quanto a isto, não há nada de errado; ou seja, na formulação racional de proposições teóricas que buscam alimentar-se em outras fontes, ideias e interpretações; mas também é preciso admitir que mesmo a razão humana é falível e é desta lacuna que se faz nascer crítica ao dogmatismo engessador e ao ideal de verdade absoluta que serve de paradigma ao Direito.

Na proposta popperiana, a comunicação é o meio para se alcançar a verdade, isto é, o confronto de ideias e de argumentos. É claro que isto, na Ciência, comporta assumir o risco de formular hipóteses que mais tarde possam ser refutadas pela experiência; todavia, quem disse que é tarefa da Ciência a crucial função de formular verdades absolutas e perenes?

Aproximando o pensamento do autor à seara jurídica, é interessante notar que a visão de Popper reflete sobre a vida e sua axiologia, leva em conta o caráter particular e singularizado sem perder de vista os interesses plurais dos homens, donde se extrai a natureza valorativa de

seu pensamento. A proposta de “sociedade aberta” é contrária à ideia de construção social que ignora o dinamismo da vida concreta e das mudanças sociais. No contexto da “sociedade aberta” busca-se um mundo civil que visa a liberdade e também a democracia, e que será bem-sucedida na medida em que seus atores tiverem espaço para conduzir livremente a vida rumo ao crescimento integral (valorativo) de cada indivíduo, em particular, e da sociedade (POPPER, 1998, p. 253).

No que tange à “sociedade fechada”, Popper é enfático ao criticá-la, pois se trata de um ambiente no qual as leis e os costumes são estandardizados e inquestionáveis, havendo ainda falta de abertura intelectual e de pensamento crítico, o que potencialmente otimiza o cerceamento da liberdade e a institucionalização da opressão social e política. Com efeito, ficam comprometidos o progresso do conhecimento e o esforço de edificação de um mundo civil capaz de respeitar as opiniões e as liberdades individuais (POPPER, 1998, p. 347).

Na esteira de Popper, Jürgen Habermas também considera a falibilidade do conhecimento. O autor aduz que no mundo falível os sujeitos comunicantes procuram transmitir mensagens que tenham teleologia (1997, p. 91). Na prática, isto quer dizer que a comunicação reivindica a verdade daquilo que nela está inserida ou ainda, a defesa da eficácia da ação que se pretende executar no mundo objetivo. Cada situação linguística implica determinadas pretensões de validade, antes exigindo um discurso gramaticalmente compreensível, para que se verifique a veracidade da intenção dos comunicantes.

Para a teoria do agir comunicativo de Habermas, o discurso permite que as afirmações proferidas sejam passíveis de críticas quando não atendíveis, vez que a racionalidade de uma expressão é suscetível de verificação objetiva. Faz-se necessário avaliar a pretensão de validade dos argumentos orientados aos esforços de edificação do mundo civil, tendo presente que a crítica objetiva permite evitar manipulações de ideias que se pretendam concretizar na vida prática (1997, p. 92).

Assim, numa "sociedade fechada" existe risco elevado de que as afirmações possam estar eivadas de vício em razão de interesses políticos, econômicos ou sociais e, a partir de argumentos manipuladores e meramente oportunistas, pretendam fazer valer posicionamentos inacessíveis ou sem efetividade jurídica ao público receptor, como acontece nos casos das legislações álibis, de conteúdo meramente simbólico⁷. Noutra diapasão, Popper – ao defender a “sociedade aberta” –, que se materializa por meio da liberdade crítica, pretende enaltecer a democracia liberal, enquanto forma de governo participativo que permite a inclusão dos

⁷ Sobre legislação álibi e seu correspondente efeito simbólico vide Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*.

cidadãos em projetos conducentes ao progresso das instituições, a exemplo do próprio Direito, cuja elaboração e leitura encaminham-se no sentido de uma gestão socialmente responsável.

A interação social é salutar para a promoção da "sociedade aberta", vez que por meio dela torna-se viável a apreciação de propostas concorrentes, conjugando (comunicação) os elementos positivos da tradição com os da inovação. Trata-se de interação plural, capaz de integrar elementos importantes e favoráveis ao progresso da sociedade. Noutros termos, a interação dos sujeitos facilita não somente a acomodação da pluralidade de interesses dos cidadãos, mas também garante a preservação da coexistência e a liberdade de decisão de cada um dos membros intervenientes. Esta comunicação propicia a formação de uma massa crítica em relação às escolhas orientadas aos esforços de aperfeiçoamento de um atmosfera civil mais justa a se realizar no ambiente democrático.

A história, afirmo, não tem significação. Mas essa afirmação não quer dizer que tudo que possamos fazer a tal respeito seja olhar atônitos para a história do poder político ou que devamos encará-la como uma cruel zombaria. Podemos interpretá-la com vista àqueles problemas do poder político cuja solução escolhemos tentar em nossa época. Podemos interpretar a história do poder político do ponto de vista de nossa luta pela sociedade aberta, por um regime da razão, pela justiça, igualdade, liberdade e pelo controle do crime internacional. Embora a história não tenha fins, podemos impor-lhe esses fins nossos: *e, embora a história não tenha significação, podemos dar-lhe uma significação.* (POPPER, 1998, pp .286-287, grifo do autor).

Na ambientação acima descrita, ocorre a redução do risco de as afirmações serem viciadas por ideias manipuladoras e de puro controle social, que pretendam defender meramente interesses políticos e jurídicos. Assim é que Popper lança mão da moral e dos valores enquanto ferramentas decisivas, porquanto são imprescindíveis para a construção do tecido social, na medida em que servem de suporte para emoldurar as instituições e os institutos, ou seja, ornamentar a complexa máquina de funcionamento que mantém a engenharia social.

É dentro desta proposta de sociedade que Popper defende que o Direito, juntamente com seu corpo legislativo e demais fontes que o contemplam, devam estar recheados por este campo magnético moral e valorativo que irradia toda a engenharia social. Isto implica que o “conteúdo jurídico”⁸ deve ser iluminado por tábua axiológica que o sustente, evitando-se, assim, a imposição de regras de condutas e políticas destituídas de princípios e que atentam contra a dignidade social, esta entendida num plano difuso. E é neste contexto que se encaixa a interação social no sentido de formar massa crítica para fomentar e trabalhar de maneira cooperada com vistas a edificação desta tábua axiológica envolta de conteúdo moral e principiológico.

⁸ A expressão “conteúdo jurídico” faz menção ao arcabouço do direito e sua pluralidade de fontes.

O resultado que Popper espera deste enredo de edificação da “sociedade aberta” é coerente e plausível, vez que incumbe à massa crítica analisar e instituir a axiologia a ser seguida e aplicada a partir do entendimento racional das propostas dos concorrentes para a realização dos interesses comuns, impregnando assim o ambiente social com carga moral, valorativa e principiológica que os cidadãos consensualmente aceitam como lógico e verdadeiro.

Importante destacar que a própria teoria de Popper admite também a falibilidade porque a "sociedade aberta" não está isenta de conflitos sociais, vez que os atores que a compõem são falíveis e tendem a aperfeiçoar-se através dos processos de ensaios e erros, condição esta intrínseca à atividade humana. Assim, reconhecer a falibilidade é também reconhecer que os resultados da interação social podem acarretar resultados positivos ou negativos, ou então, que a boa intenção da atividade resultou errônea quanto aos objetivos pretendidos. Tal circunstância não desvirtua a verdade intencional da “sociedade aberta”, que é a cooperação social em prol do bem comum. Contudo, pertinente é a ponderação da “autocrítica da massa”⁹, fator este fundamental porque demonstra a racionalidade e a maturidade social em discutir questões e promover novas avaliações que possam se mostrar mais adequadas e realizadoras.

3.2 A proposta de “sociedade aberta” de Peter Häberle

Em sua abordagem sobre “sociedade aberta”, Peter Häberle enfrenta o problema da participação democrática no processo de interpretação e de concretização constitucional através da busca por novos meios e formas de participação, comunicação e interação entre os potenciais participantes deste enredo (2002, p. 13). O autor busca realizar uma hermenêutica capaz de instrumentalizar e operacionalizar a ordem constitucional levando-se em conta um contexto alopoiético de sociedade, ou seja, de forma a absorver seu aspecto plural.

A pluralidade aqui almejada por Häberle está inserida num Estado Democrático de Direito e engloba, principalmente, o esteio moral, político e cultural, de modo que os intérpretes (atores) possam estabelecer discussões e diálogos quanto às propostas que de melhor maneira possam instrumentalizar e concretizar o conteúdo constitucional. Em contraposição, faz crítica à moldura limitadora de sociedade fechada, principalmente no que concerne ao isolamento por esta estabelecida quanto aos participantes legitimados. Para o autor, este modelo provoca o

⁹ Neste aspecto, importante destacar a abertura intelectual, que corresponde ao reconhecimento recíproco dos sujeitos dialogantes na “sociedade aberta” como forma de demonstrar a capacidade do exercício da tutela da liberdade de crítica dentro das relações interpessoais. Neste sentido ESPADA, 2008, p. 36.

fechamento operacional e é engessador de uma potencial hermenêutica que visa a constante dinâmica de fluidez de sociedade.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais [intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional / participantes do “jogo jurídico-institucional”], todas as potências públicas [participantes materiais do processo político-social], todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Assim, o autor legitima para participação no processo democrático de interpretação constitucional e construtivista de sociedade aberta, tantos os atores institucionais, políticos e jurídicos, como os atores sociais de modo geral, organizados ou não.

No que tange a função e a responsabilidade da jurisdição constitucional, Häberle não as desconsidera, pois em virtude da abertura interpretativa que propõe, esta serviria de parâmetro enquanto órgão a refinar e estabelecer a exegese final acerca da interpretação da norma constitucional. A proposta häberleana termina por unificar a teoria da interpretação com a teoria democrática, destacando fundamental importância nesta hermenêutica a função do cidadão, que deixa de ser ator meramente passivo para ganhar ares de integrante ativo neste processo de participação. Em sua compreensão, o intérprete autorizado da sociedade fechada deixa de ter o monopólio da interpretação constitucional.

É de se notar que a hermenêutica constitucional que ensaia a proposta de sociedade aberta recai tanto nos espaços legislativos, como no judiciário. Assim, a abertura se configura em ambos os ambientes, ensejando pluralidade tanto na fase de formação da norma – a partir da representatividade exigida pela democracia no espaço político – como na fase de sua aplicação ou realização judicial no plano jurídico, que leva em conta a diversidade e o contorno assistemático social. Há um trabalho comunicativo entre as normas da Constituição, a hermenêutica aqui empregada e a atuação político-jurídica do Estado.

É a partir desta comunicação que ocorre a quebra de paradigma, na medida em que a interpretação constitucional não é mais algo pertencente à alçada exclusiva do Estado.

Todavia, o próprio Häberle assevera que tal proposta é passível de crítica e refutação, afirmando que “uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá '*dissolver-se*' num grande número de interpretações e de intérpretes” (2002, p. 29).

Em que pese tal ponderação, Häberle traz resposta da teoria do Direito para dirimir esta questão. Assim, ainda que a interpretação tenha como pressuposto processo interpretativo

aberto enquanto fator desencadeante e legitimador, a abertura não está suscetível à recepção de meros comandos a demandar o preenchimento do sistema, como se este fosse algo estático e sem qualquer critério metodológico de absorção de informações ou conteúdos. Ao contrário, o sistema aberto é dinâmico e não é isento de metodologia, muito menos adota postura passiva em relação à participação ativa dos integrantes. A interação é necessária para que ele se promova e se desenvolva, sendo múltiplas e diversas as alternativas de integração entre sistema aberto e participantes. Contudo, a vinculação sujeito-norma transforma-se *em liberdade* à medida que passa pela orientação hermenêutica (critério) e vai de encontro à ideologia existente por trás da subsunção, de caráter lógico-formal.

Defende também que a expansão do rol de intérpretes da Constituição corresponde, na verdade, em uma necessidade premente com vistas à incorporação da realidade, em sentido plural, no processo interpretativo.

Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público [...]. Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao 'concerto' que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas [...]. (HÄBERLE, 2002, p. 32).

A legitimidade para o exercício da sociedade aberta abraça, então, todos aqueles oficialmente constituídos, bem como aqueles que não foram formalizados pela norma enquanto atores competentes para interpretar a Constituição. A atuação de todos, neste sentido, deve levar em consideração a teoria e também a práxis.

Outro ponto destacado por Häberle é sobre a atuação dos juízes, que podem sentir-se invadidos em seu poder jurisdicional em virtude da atuação externa exercida pelos legitimados não autorizados ou não oficializados. Para o autor, tal circunstância não imposta em problema, pois, os juízes continuam a interpretar a Constituição no âmbito do próprio raio público de ação, porém, influenciados pelo teor das expectativas da externalidade, portanto, muito mais imbuídos de juízo de realidade. Neste sentido, as influências externas não devem ser consideradas como ameaças à independência pessoal ou funcional dos juízes em termos de vinculação de sua atuação à lei. Ao contrário, tais influências “contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (HÄBERLE, 2002, pp. 31-32).

O acima descrito trata-se, em verdade, da interpretação contextualizada, a perceber e compreender o ritmo assistemático da fenomenologia social.

A interpretação que visa a concretização trata-se de um processo público, pelo qual o trâmite político-constitucional objetiva a comunicação entre os potenciais atores desta interação com vistas a certo “concerto” de questões sociais, culturais e políticas que resultam desta amálgama de diferentes opiniões, manifestações e interesses. Nesse sentido, a incorporação da dimensão pluralista da sociedade ao processo de interpretação encontra o seu fundamento no argumento de que tal dimensão evidenciaria, uma vez mais, o escopo de publicidade e realidade da Constituição.

Häberle também assevera ser um erro atrelar o conteúdo constitucional apenas às questões de ordem política e de organização estatal. Defende que tal conteúdo também deva disciplinar a dinâmica fenomenológica social com interpretações que possam recair em setores da vida privada. Argumenta que a Constituição não pode ser à margem da realidade da vida particular dos atores sociais, pois a ação é comunicativa e integrativa e o contrário resultaria numa lacuna se a Constituição assim o fizesse. A perpetração da ideia de ordem constitucional meramente política e administrativa é típica dos sistemas fechados, que querem justamente promover o fechamento operacional. Tal fato termina por distanciar o conteúdo normativo da Constituição da realidade social, cujos atores, em suas individualidades e particularidades são vistos como meros objetivos e não como sujeitos ativos e participativos.

A proposta de sociedade aberta de Häberle afigura-se como verdadeira teoria da democracia como legitimação, na medida em que a inserção dos atores no cenário interpretativo do conteúdo constitucional funciona como fator genuíno a legitimar a concretização das normas e, conseqüentemente, a atuação do Estado. O modelo de delegação formal, através dos processos eleitorais resta falido e não contempla a sociedade aberta; em verdade, tal modelo pertence à estática de sociedade fechada. Neste contexto, a teoria democrática defendida pelo autor se processaria pelo entrelaçamento natural entre a práxis da pluralidade social e o debate sobre as reais e efetivas necessidades, assim como as potenciais escolhas refletidas em prol e a partir das necessidades sociais devidamente balizadas.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão [...]. (HÄBERLE, 2002, p. 37, grifo do autor).

O autor faz menção da expressão “concerto”, “que consiste na harmonização de vontades, interesses e manifestações dos mais variados atores potencialmente participantes do

processo de interpretação constitucional” (2002, p. 51). Porém, importante dizer, que da produção deste “concerto” deve-se extrair certa unidade política enquanto resultado do processo político-constitucional.

O “concerto” aqui relatado não se confunde com a obtenção de consenso, ainda que deste se aproxime. Muito menos quer significar remendo calcado em opiniões superficiais e sem respaldo ou natureza científica. Não se trata, assim, de mero empirismo ou mesmo da montagem artificial de palcos ou espaços cujas discussões são fictícias ou para fins de *pro forma*. O “concerto” que viabiliza o consenso proposto por Häberle resulta do verdadeiro embate livre, espontâneo e deliberado dos conflitos e compromissos entre participantes que, responsabilmente, visam a defesa de seus interesses legítimos.

A validade para legitimar este processo encontra arrimo justamente na diversidade e na divergência, cujo “concerto” a se produzir faz-se nascer reconhecidamente democrático, razão pela qual se faz necessário o suporte aberto e plural a fim de viabilizá-lo. Isto não quer dizer que o trâmite que envolve esta cadencia processual não deva sofrer refreamento. Ora, a ausência de qualquer tipo de controle gera desordem e caos cujo consenso, finalidade almejada, termina por se perder em ambiente onde prevalece o senso comum.

Para prevenir a instauração deste ambiente desajustado, faz-se valer a figura da autoridade, pois, em verdade, a teoria democrática desta é dependente, na medida em que é fundamentada no seio coletivo de responsabilização, imputando a todos um dever de respeito mútuo (HÄBERLE, 2002, p. 55).

3.3 A proposta de “sociedade aberta” de Jürgen Habermas

A proposta de sociedade aberta abraça noções sobre “opinião pública” e “esfera pública”, vez que estas permeiam a centralidade do raciocínio aberto e pluralista. E é na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas que tais expressões encontram o pormenor mais elucidativo, visto que são analisadas dentro daquilo que Habermas denomina de “espaço social”, *locus* propício, de acordo com o autor, para fomentar o agir comunicativo.

A priori destaca-se que a expressão “espaço social”, cunhada pelo autor, não se relaciona em si com os conteúdos ou com a funcionalidade daquilo que é cotidianamente comunicado ou ainda com a preocupação da forma como é comunicado pelos agentes emissores aos destinatários. Em verdade, relaciona-se com o fustigar do próprio agir comunicativo quanto ao direcionamento que permeia, assim como a cognição que se faz materializar no cenário

dialógico da sociedade, revestida em toda sua complexidade e diversidade imanentes, da qual interagem sujeitos participantes distintos e que realizam papéis sociais plurais.

Para a configuração da dimensão axiológica de espaço social habersiana faz-se necessária uma ambientação que propicie o desabrochar da teoria democrática e, conseqüentemente, o importante papel despertado e desempenhado pela “esfera pública” que, numa primeira abordagem atua de modo purificador, ou seja, a refinar os problemas sociais, compreendendo o impacto das demandas e identificando as situações que necessitam de mudanças. Após, numa segunda abordagem funcional, a “esfera pública” age de maneira a problematizar estas celeumas sociais e a ensejar reforma no plano legislativo (HABERMAS, 1997, p. 91).

Sobre a funcionalidade da “esfera pública”:

A esfera pública representa uma estrutura comunicacional enraizada no mundo da vida através da sociedade civil [...] [,] uma caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco [...] [,] um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém sensíveis no âmbito de toda a sociedade. (1997, pp. 91-92).

É na esfera pública¹⁰ que se processa a insatisfação social, que se apresenta a discussão e o debate – também o informalizado – que as sugestões, convergências ou divergências condensam. Os participantes nela interagem, buscam soluções, ainda que a proposta de resolução seja limitada. Contudo, a atuação dos atores ganha contornos mais pujantes ao exercerem função fiscalizadora, verdadeiros agentes de controle sobre a ação da autoridade política.

O autor chama a atenção, e com acerto, para o fato da tentativa de enquadramento ou mesmo qualificação da esfera pública, enquanto instituição ou organização. Esta moldura não lhe cabe porque ainda que articulada, a esfera pública emerge da espontaneidade social, sem necessidade de configurações específicas ou aportes burocráticos. Nasce da vontade social, comunicativamente dissolvida. Suas competências e funções não precisam ser escalonadas ou procedimentalizadas. A inserção é livre e deliberada, não se exigindo ritualizações autorizativas para a inserção de novos sujeitos. Uma das peculiaridades da esfera pública é justamente a ausência de rígidos limites externos, bastando para sua caracterização a abertura de espaço de comunicação que enseje uma intersubjetividade compartilhada¹¹, ou seja, o diálogo entre os

¹⁰ Nota-se que o Habermas não se preocupa em conceituar a expressão “esfera pública”, mas sim em apresentar sua natureza funcional em relação à sociedade e aos fatos sociais.

¹¹ Neste aspecto percebe-se o grau de generalidade da esfera pública, que se trata de uma rede adequada de comunicação e que se processa em qualquer espaço e sob qualquer formatação.

atores comunicantes e não mera observação ou aceitação passiva do discurso (HABERMAS, 1997, p. 92).

É a partir do ambiente democrático e participativo da esfera pública que nasce a opinião pública, que a princípio pode até parecer ou assumir aparência de mera crença ou de ordinária opinião popular, mas que, pela sua potencial expectativa, pode ser convertida, noutro momento, em algo mais consistente, que reúna a comunhão de determinada ideologia, o partilhamento de certo descontentamento ou mesmo a ânsia por transformação da realidade assentada que se mostra desconfortável ou indesejável à sociedade. A partir desta esteira é que se tem o processo de formação da opinião pública, quando as informações e os argumentos são moldados sob o olhar observador que visa fiscalizar e sob a edificação de ideias que passam a defender e lutar.

Importante destacar que a opinião pública assume contorno dialógico, comunicativo, que se faz representar pela dinâmica e constante troca de ideias. Seu *status* dentro do espaço social não se apresenta estático e nem seu conteúdo resta imutável. Também não se trata de um levantamento numérico de opiniões individuais sob a forma de pesquisas de opinião, ainda que estas possam apresentar um reflexo da opinião pública já formada mediante o debate de temas específicos em espaços públicos articulados.

Mas para a formação da opinião pública, Habermas destaca a necessidade de se estabelecer certas regras para a solidificação do discurso. Assim, a linguagem deve ser acessível e a mensagem identificável, adotando-se certos procedimentos e posturas que possam viabilizar o fluir comunicativo em determinado espaço. A formação da opinião pública, para que não recaia em mero senso comum, precisa denotar qualidade e consistência porque só assim pode ganhar representatividade.

[...] o sucesso da comunicação pública não se mede *per se* pela “produção de generalidade”, e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. As estruturas de uma esfera pública encampada pelo poder excluem discussões fecundas e esclarecedoras. A “qualidade” de uma opinião pública constitui uma grande empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação. Vista pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para a legitimidade da influência exercida por opiniões públicas sobre o sistema político [...]. (HABERMAS, 1997, p. 94).

Outro ponto de destaque na teoria habersiana trata-se da figura da sociedade civil presente na esfera pública e de seu papel lapidador da opinião pública, mediante construção consistente da ideia e estruturação representativamente erigida (1997, p. 99). Neste contexto, a sociedade civil assume função proativa promovendo a relação dialógica necessária para fomentar o discurso.

A sociedade civil é formada por movimentos sociais, organizações não governamentais, associações diversas capazes de captar os anseios dos problemas sociais que repercutem na “esfera pública”. Sob a forma de discursos, estes anseios solidificam-se e passam a configurar verdadeira ideologia política a representar os interesses da demanda social que, devidamente organizada passa a apresentar propostas para potenciais soluções e discussões no âmbito da esfera pública. Os discursos promovidos e fomentados se desenvolvem de forma aberta e em igualdade de condições para o diálogo, cristalizam o pensamento, não no sentido de enraizar a ideia, mas no sentido de consolidar a mensagem que se pretende debater e, com isto, buscar o resultado cobiçado. Para atingir este desiderato, é imprescindível que a comunicação estabelecida no discurso mantenha-se linear, com continuidade e duração.

O discurso em Habermas ganha relevo em sua teoria do agir comunicativo, na medida em que representa o verdadeiro princípio que sustenta o espaço social, embala a funcionalidade da esfera pública e alimenta a opinião pública. A sociedade por ele considerada perpassa o âmbito político para atingir outras instituições ou institutos, e exemplo da mídia e da sociedade civil organizada (1997, p. 92). Neste contexto de sociedade aberta e plural, cujos integrantes/participantes se comunicam dinamicamente, é que surge a ideia de deliberação, isto é, de democracia deliberativa.

A concepção de deliberação assenta-se no debate e na capacidade de argumentação. Não se trata aqui de capacidade intelectual ou de cognição, mas sim de oportunizar igualdade de condições de participação no processo deliberativo, o que engloba concordar, discordar e contra-argumentar. Tal análise merece crédito para se averiguar se realmente está-se diante de espaço social que enseja a deliberação democrática, ou se não passa de mero embuste a encobrir interesse político, onde as decisões em si já foram previamente articuladas e tomadas.

Habermas faz crítica severa aos espaços sociais artificialmente montados, onde os discursos são previamente manipulados. A deliberação deve se perfazer em ambientação democrática para que repercuta seus resultados e não manuseada em bastidores, dando a falsa impressão de inclusão e participação no processo de construção da comunicação.

A fim de coibir esta artificialidade, Habermas defende que a democracia deliberativa deve ser procedimental, onde todos os agentes potencialmente interessados e envolvidos precisam avaliar os procedimentos mais elementares de uma decisão a fim de observar se fora verdadeiramente considerada democrática.

A efetividade de uma democracia deliberativa está atrelada ao cenário político-democrático e necessita da atuação comunicativa dialógica de determinados integrantes, como o próprio Estado e todas as suas instituições políticas e jurídicas, a economia de mercado e

também a sociedade civil. Cada um desses integrantes exerce um poder a embalar o processo comunicacional. Assim, o Estado detém o poder político, o mercado o poder econômico e financeiro e a sociedade civil, a partir do valor solidariedade, exerce o poder comunicativo. Assim, do diálogo por eles estabelecido nasce o resultado que se espera desta deliberação.

O fluxo comunicacional que serpenteia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação”. (HABERMAS, 1997, p. 94).

O autor também reforça seu pensamento do agir comunicativo ao elaborar uma teoria da razão, a qual denominou de razão comunicativa. Esta se desenvolve num processo de interação dialógica entre atores que se veem envolvidos numa mesma situação, socialmente contextualizada. O princípio do discurso é imprescindível para estabelecer esta interação dialógica, pois os participantes apresentam livremente suas pretensões de verdade, mediante critério argumentativo, e sujeitam-se às contestações, igualmente livres e argumentativas dos demais, vencendo o melhor argumento em um ambiente de racionalidade e aceitação livre de coação, em que predomina a intenção geral de diálogo e entendimento.

Na ação comunicativa, cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada [...], isto é, com argumentos. É nisso que consiste a racionalidade para Habermas: não uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano como no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual se busca o consenso e se respeita a reciprocidade, fundados no melhor argumento. A razão comunicativa circunscreve um conceito para o qual o questionamento e a crítica são elementos constitutivos, mas não sob a forma monológica e sim de forma dialógica, em situações sociais em que a verdade resulta de um diálogo entre pares, seguindo a lógica do melhor argumento. (FREITAG, 2004, pp. 59-60).

Por fim, para fins didáticos e informacionais, outra ponderação que merece relevo na teoria habersiana do agir comunicativo é a “ética do discurso” como condição para a validade do consenso discursivamente formado. O autor estabelece princípios morais mínimos que devam nortear a convivência humana e dos quais não se pode prescindir, figurando como base para a comunicação. Assim, Habermas elenca os princípios do reconhecimento do outro, não-coação da comunicação, disposição para a solução de problemas e fundamentação de normas através do discurso livre e igual (1997, p. 91).

4 POR UMA RECONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL E A QUESTÃO DO MÉTODO

O movimento positivista foi fruto da necessidade do contexto social apresentado no período Moderno denominado “sociedade”. Trata-se de um modelo que modificou conceitos e afetou diversas estruturas, a exemplo do Direito (positivismo jurídico), fazendo surgir a concepção de ordenamento jurídico enquanto criação da “vontade humana”¹².

É no ritmo deste passo epistemológico que o positivismo jurídico passa a promover a leitura do Direito, encontrando na lei a ferramenta (mecanismo) pela qual pretendeu converter o conhecimento jurídico em “Ciência”. Assim, construtos a respeito do Direito foram moldados como o da neutralidade, da sistematização e do reducionismo. Também o positivismo enalteceu a dicotomia entre o público e o privado, restando às constituições liberais a disciplina e o modo de administrar e gerir o Estado, bem como sua estruturação e funcionamento e, ao Direito Privado, consubstanciado eminentemente no conteúdo normativo do Código Civil¹³, a exemplo do Código Francês de 1804, a disciplina da sociedade civil e das relações jurídicas entre os cidadãos e o mundo econômico.

Contudo, o modelo positivista adotado entra em crise porque se mostra cada vez mais ineficaz e inadequado. Um novo pensamento chamado de pós-positivismo passa a ganhar espaço no conhecimento jurídico (GALUPPO, *on line, passim*). Tal fato deu-se, sobremaneira, em virtude da passagem do Estado Liberal para o Estado Social a partir do reconhecimento da ampliação das desigualdades sociais e a necessidade de se garantir a eficácia vertical dos direitos fundamentais (individuais e sociais).

O Estado, antes voltado a conferir eficácia à liberdade econômica, precisou assumir funções, a fim de regular as relações subjetivas, e passou a intervir no processo econômico na tentativa de estabelecer relações sociais mais justas e, a *pari passu*, a marca divisória entre o público e o privado foi-se diluindo, consoante anota Bodin de Moraes: “direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão” (*on line*, p. 06).

¹² Esta “vontade humana” é mitigada, pois em verdade trata-se de uma vontade pré-estabelecida e imposta pelo Estado Liberal, que, de maneira fictícia, elaborou leitura do Direito no sentido de convencer a plenitude da autonomia da vontade do indivíduo.

¹³ O Código Civil passou a ser interpretado como a espinha dorsal do Direito, tendo sido alçado ao *status* de Lei unitária que, isoladamente, representava um complexo sistema de normas positivadas e ordenadas dentro de um diploma que, *de per se*, tinha soberania normativa sobre as demais leis em relação ao conteúdo privado.

Certo é que há uma crise que afeta e gera angústia em relação ao Direito. Os construtos jurídicos já não são mais capazes de promover ajuste e adequação social (talvez isto nunca tenha acontecido, fruto apenas de um ideal positivista fictício de realização material do Direito). A técnica das ciências naturais aplicadas ao Direito ainda é uma realidade – e que não se julgue incorreta – enquanto meio mecânico e de certa forma redutor que procura amoldar e conformar a aplicação da norma à sociedade. Certo é também, que a estrutura social é dinâmica, plural e mutável, e a técnica cientificista adotada não mais contempla os anseios sociais. É preciso ter em mente que o Direito trabalha com o fator social (humano). A conduta humana, por sua natureza, não está constricta ao completo, acabado, prestabelecido, mas ao imperfeito, ao não cientificado. A racionalidade que o positivismo jurídico imprime ao Direito (automaticidade) é contraditória com esta natureza diversificada de existência humana.

Em contraposição, o pós-positivismo afasta a ideologia do pensamento formal-positivista para buscar uma nova racionalidade afinada com a ideia de tutela material e, conseqüentemente, com a tarefa concretizadora de direitos fundamentais no plano vertical e horizontal. Assim, a proposta propugnada pela corrente é aquela que se encaixa num espaço de Estado Democrático de Direito, cujo enredo se revela de modo mais coerente e linear quando se associa o conhecimento jurídico¹⁴ à ideia das ciências culturais, apoiada na reflexão teórica aportada em observações a respeito da realidade social e histórica em que inseridos o jurista, o texto legal e a situação de fato a ser tutelada. Por tal, o ensaio revela as escolhas metodológicas capazes de incorporar os elementos valorativos da situação de fato ensejadores de uma interpretação concretista do Direito.

Assim é que a proposta pós-positivista acarreta na quebra de pré-conceitos, a exemplo do rigorismo normativista, da tecnicidade e da mecanicidade de aplicação do Direito e a da regra geral de subsunção do fato social à norma jurídica abstrata. Ao contrário desta visão, o homem é a matéria-prima da obra social comunicativa, portanto, é desta atividade que deve sair o substrato do conhecimento jurídico; desta perspectiva de sociedade aberta que prega pelo dinamismo, diversidade e liberdade é que a norma jurídica passa a sofrer o processo de adequabilidade às peculiaridades do caso concreto¹⁵.

¹⁴ A expressão “conhecimento jurídico” aqui é explorada e associada ao pós-positivismo, porque denota interpretação aberta do Direito, que não se reduz somente ao texto normativo, mas também comporta a existência de outras fontes endógenas e exógenas e o diálogo entre elas.

¹⁵ Nesta passagem percebe-se a unicidade metodológica empregada pelo positivismo jurídico, que formula situação geral para ser aplicada a um caso particular (método dedutivo). Diferentemente, o método de indução proposto pelo pós-positivismo (mas não o único, pois a metodologia também é aberta, tal qual a interpretação do conhecimento jurídico), que corresponde ao raciocínio que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral.

Não se nega a relevante contribuição do positivismo jurídico para a estruturação normativa, principiológica, doutrinária e jurisprudencial do Direito e, em que pese opiniões em contrário, não se concorda aqui com a ideia de que restaria superada esta vertente jurídica. Em verdade, não se pode afirmar isso diante da amplitude de sua aplicação, ainda tão premente no Direito pátrio e nos demais países adeptos da *Civil Law*. O cenário jurídico nacional é manifestamente marcado pelos fundamentos do positivismo, estando presente nos manuais de Direito, forjados sob o espectro de doutrinas, nas sentenças geração *CTRL C + CTRL V*, descompromissadas de qualquer análise sobre as peculiaridades dos casos e, mesmo no ensino jurídico, que há muito vem cedendo o espaço da pesquisa científica para se ajustar a proposta metódico-dedutiva do concurso público.

Como se nota, o positivismo ainda é muito latente e está perpetrado na cultura jurídica brasileira. Claro que disso também decorrem fatores benéficos na medida em que foi necessária sua implantação pelo Estado Liberal. Suas postulações aconteceram em um momento em que se requeria a quebra do paradigma outrora sedimentado. Enquanto modelo que unificou, uniformizou e tentou dar segurança ao Direito, o positivismo jurídico teve sua função diante de contexto desarrumado, caracterizado por tradições contraditórias e legislações esparsas e que apontavam em sentidos diversos. Trouxe também a figura da codificação, a exemplo do Código Civil Francês de 1804, marco jurídico a enaltecer o dogma da lei e a nova formatação que o Direito passara a ganhar.

Nesse sentido, é errônea a afirmação sobre uma possível superação do positivismo jurídico. Pode-se afirmar que ele está em crise. Em crise não necessariamente por conta de fatores estruturais internos, do sistema jurídico que o processa, mas sim numa crise jurídico-social, de ordem moral, ética e política. É nesta senda que se pode falar na crise pela qual passa a corrente, cuja fórmula se prestou e muito num momento de sociedade sólida, mas que hoje já não acompanha o compasso da liquidez das relações sociais.

Os novos contornos sociais de Estado Democrático de Direito exigem reconstrução. Reconstrução do sistema, da interpretação e da aplicação do Direito. Reconstruir é aproveitar o que se tem enquanto dado e previamente arquitetado. Assim, a contribuição positivista tem sua força e importância, dela se aproveitando a corrente pós-positivista. Não se trata de releitura, mas de verdadeira reconstrução de paradigma, de reavaliar valores e princípios, imprimir outra roupagem às normas, abordar novas metodologias e técnicas de interpretação. Ou seja, de apresentar diferentes caminhos para vislumbrar o Direito. Muito desta tarefa pertence à academia, que se encarrega da formação dos profissionais, formação voltada para o ensino humanístico e de alteridade, despertando a criticidade e o senso social e funcional do Direito.

Portanto, não se pretende aqui abandonar o positivismo, no sentido de jogar fora o legado que deixou. Seria um desrespeito e desmerecimento do seu contributo social e acadêmico, diga-se de passagem; mas aproveitá-lo para novas formulações, pois aquilo que se passa hoje é fruto do que já foi e a história ensina isso.

Como dito, esta reconstrução não quer dizer que o pós-positivismo seja apenas uma releitura do positivismo. Fato é que são duas correntes do Direito dotadas de autonomia, calcadas em principiologia e metodologias próprias, o que lhes garante autenticidade acadêmica.

Para aqueles que entendem que o pós-positivismo é uma releitura de positivismo jurídico contemporâneo, lança-se mão de argumentos contrários a esta compreensão. Ambas as correntes estão amparadas em independentes Teorias do Direito; o positivismo do século XIX, da Escola da Exegese com sua teoria reducionista e de neutralidade, a congelar os fatos sociais na lei, vista enquanto fonte única e formadora de todo o conhecimento jurídico. Implantou ainda a ideia de uniformidade do sistema, parametrizando as relações intersubjetivas que ficaram estacionadas num mundo homogêneo e uniformizador de condutas. Após, já no século XX, a teoria positivista ganha nova leitura a partir da interpretação kelseniana de ordenamento piramidal que, na tentativa de purificação do Direito, o condensou a uma racionalidade estrutural estritamente normativista.

Importante destacar que a corrente positivista do autor não se assemelha à lógica formal e dedutiva do positivismo do século XIX. Em verdade, em suas ponderações, Kelsen não faz uso da ideia silogística de compreensão e aplicação do Direito. Sua interpretação jurídica é bem mais elaborada e sofisticada. Enquanto positivista de caráter normativista, embasou sua teoria de construção de ordenamento de normas centrada num sistema fechado e puro, isento das discricionariedades subjetivas permeadas pelo campo da Moral e da Ética, mas cuja validade encontra arrimo numa ordem valorativa ideológica, de natureza lógico-transcendental (“tábua axiológica”), a qual ele denominou de “norma fundamental” (1998, pp. 135-141).

Já o pós-positivismo, embalado pelos contornos dos princípios da democracia, apurou novos roteiros epistemológicos e moldes axiológicos e, por meio da análise de sistema orgânico de Direito e sua conseqüente natureza normogenética, procurou assumir compromisso com a prática e a operacionalidade, encontrando na correção normativa o mecanismo para dar sustentação à validade e à eficácia da norma, vista agora sob a ótica dos valores incidentes na sociedade.

Há distinções entre as correntes, não meras distinções subsidiárias e de ordem procedimental, mas de essência de conteúdo e de proposta de construção do saber jurídico. Fica

aqui a crítica ao fato de que foi sim o positivismo uma vertente mecanizadora do Direito e que, na tentativa de congelamento social, o artificializou. Do mesmo modo, o pós-positivismo, com todo seu aparato axiológico e abertura sistêmica, também vem produzindo uma noção mecânica e artificial no contexto espaço-tempo, que constantemente passa a ser frequentada pela jurisprudência. Como se nota são distintas, mas como toda teoria, apresentam suas carências.

No que tange à proposta pós-positivista de interpretação aplicada ao Direito Civil, é de se notar que os fatos sociais desaguam no Judiciário e este já não pode mais manter-se atrelado à antiga postura dogmática de interpretar literalmente as disposições do Código Civil, pois a dinâmica das relações sociais privadas provoca reações de modo que o intérprete precisa conjugar de forma aberta os comandos civilistas em consonância com as diretrizes humanistas de adequação do Direito. A compreensão do conteúdo jurídico deve perpassar a construção dogmática, porque tem por objetos a realidade social e a experiência jurídica do produto desta realidade, isto é, o conteúdo jurídico deve adequar-se (responder) ao existencialismo das necessidades da sociedade.

Neste sentido, observa-se no plano teórico e prático uma tendência jurídica de problematização dos casos e aplicação concretista, que busca reinterpretar o Código Civil de modo que suas disposições normativas sejam flexibilizadas para se ajustar à realidade das relações privadas. A repersonalização da Lei Civil representou um passo importante para este fim, mas as intensas inter-relações sociais provocam efeitos na doutrina civilista e nos julgados que tendem a operacionalizar o Diploma, focados numa raiz mais humana e dialogados com a realidade social.

Para a consecução deste efeito prático faz-se necessário analisar o Direito Civil dogmatizado, pois está representado a partir de um conjunto de normas compactadas e previamente elaboradas e postas (sistematização), mas tendo em vista uma hermenêutica aberta, dotada de metodologia capaz de direcionar na solução de possíveis conflitos que ocorrem no espaço social privado (adequação) (GONTIJO, 2011, p. 133).

O intérprete contemporâneo precisa refletir sobre o “neocivilismo” a partir das relações que mantém com outras ordens, precisando suas determinações e orientando para uma ordem finalista de caráter concretista. Para o efeito prático, sustentado pelos princípios da socialidade, eticidade e principalmente o da operabilidade da Lei Civilista, o intérprete deve alinhar seu pensamento jurídico perante os fatos sociais concretamente existentes na realidade

fenomênica¹⁶, ou seja, diante da força probatória daquilo que é estabelecido e observável enquanto fato apurado e realizado no auditório universal (sociedade aberta).

A interpretação aqui proposta não desconsidera a carga normativa que o Código Civil contém, pelo contrário, valora esta normatividade de modo a ensejar exegese que possa ajustá-la ao fato social *in concreto*. Noutros termos, tem-se a regra jurídica enquanto norma-padrão pré-estabelecida, mas não petrificada, ou seja, a norma tipificada no diploma como centro norteador a guiar a reflexão jurídica interpretativa do aplicador.

Ao se lidar com um sistema aberto, como parte de uma sociedade aberta, o intérprete deve ter cautela na medida em que sua exegese pode recair em aporia, isto é, em interpretação desprovida de sentido, pois eivada de fundamentação inconsistente ou argumentação frágil. Tal vício termina por converter o conhecimento jurídico em produto desarrazoado e carente de conteúdo ou mesmo essência jurídica. Assim, é importante destacar a norma-padrão fixada na Lei em relação à sua função diretiva capaz de estabelecer parâmetros interpretativos ao hermeneuta. Ademais, a metodologia empregada, ainda que aberta e variável, deve ser clara, a fim de atribuir à norma efeito restritivo, extensivo ou integrativo.

A interpretação pós-positivista não remete à errônea ideia de que o conhecimento jurídico não deva obedecer a parâmetros metodológicos, porque para se chegar a uma interpretação, inicialmente deve-se levar em consideração a norma-padrão, isto é, a literalidade da norma, o que de certo modo já recai no método (mecanismo) exegético gramatical.

O desiderato interpretativo acima arrimado almeja ainda atingir a operabilidade do Código Civil atrelada aos valores de dignidade e de bem-estar da pessoa humana (humanização do conteúdo jurídico). Assim, a metodologia aberta do pensamento pós-positivista deve estar amarrada dentro de uma estrutura lógica que possa permear a atividade interpretativa.

Frisa-se que este trabalho não apoia a inconsistência metodológica, mas o ensaio exegético que acarreta num constante processo de construção e reconstrução, quando da aplicação da Lei Civil, e que pode ensejar numa atuação jurídica mais justa e realista, sem perder de vista a segurança.

Humanizar a aplicação da Lei Civil não significa a desconstrução de seu conteúdo normativo, mas o sentimento jurídico eivado de carga valorativa que desencadeia numa atuação voltada para as questões existenciais do caso *sub judice*. A partir desta nuance, assume-se a perspectiva de um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo da Lei.

¹⁶ Método fenomenológico de Martin Heidegger.

Neste compasso, é que a leitura do Código Civil deve ser feita segundo parâmetros estacionados entre a segurança jurídica e a justiça. Tal se explica, pois, a adequação à realidade social do conteúdo civilista é uma tendência que ganha espaço na doutrina e na jurisprudência, mas que ainda merece estudos para se averiguar a razoabilidade de implantação teórica e aplicação prática desta vertente que aqui pode ser denominada de “neocivilismo”.

4.1 A proposta de “sociedade aberta” aplicada ao Direito Civil

A dinâmica interpretativa de “sociedade aberta” teorizada por seus defensores repercute em todos os institutos sociais, e o Direito não foge desta incidência, vez que sua leitura também suporta os reflexos desta proposta. No tocante ao Direito Civil, que dentro das relações privadas contextualizadas na pós-modernidade passa por constantes interpretações e inovações, este já não se resume tão-somente à estrita legalidade, superando assim o paradigma da teoria positivista do Direito. O modelo legalista passa a ser superado para dar vazão, cada vez mais, ao campo da argumentação, ou seja, ao círculo hermenêutico de interpretação e conseqüente concretização do Direito.

Assim é que o Direito, em sua vertente mais arraigada às relações privadas e tendo como símbolo maior desta representatividade o Código Civil¹⁷, passou a receber interpretações novas que romperam com a moldura interpretativa do Diploma civilista outrora implantada e segmentada na ordem jurídica pátria. Tal mudança de paradigma teve início na Europa por meio da corrente pós-positivista, ganhando força e amplitude no Direito brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Neste passo, a tendência jurídica – atualmente representada não apenas pela ordem normativa positivada, mas também por mecanismos hermenêuticos estimulados pelo esforço interpretativo doutrinário e do ativismo judicial – ganha espaço para estabelecer novos paradigmas de compreensão e adequação do Código Civil, que já não pode ser mais analisado como lei unitária e isolada, que em momento anterior representava um complexo sistema de normas pré-estabelecidas e ordenadas dentro de um Código que, *de per si*, tinha soberania normativa sobre as demais leis. Deve ser analisado, ao revés, como diploma legal que indubitavelmente foi afetado pela concepção pós-positivista de interpretação.

A Constituição de 1988 prega o Estado Democrático e do bem-estar social, é cidadã e a favor do homem e de sua dignidade. Seu conteúdo normativo é robustecido por “normas-

¹⁷ Centro normativo.

programa” e está calcado na humanização das relações sociais a partir de princípios de cooperação, igualdade substancial, prevalência dos direitos humanos e também pela eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais às situações concretas. O Direito Civil não ficou à margem deste espírito humanístico e passa a sofrer esta força irradiadora de natureza pós-positivista e, a *pari passu*, o Código Civil ganha contornos interpretativos que flexibilizam e humanizam sua aplicação às relações sociais privadas. Em verdade, o Diploma Civilista de 2002 já nasceu “contaminado” (ou tendente a esta “contaminação”) por esta força irradiante em virtude dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que o norteiam.

Apesar desta vertente interpretativa do Direito Civil, que, em tese, tem inclinação para lhe atribuir maior efetividade social, é de se notar duas formas para analisá-lo: a primeira parte da perspectiva positivista, ainda fortemente aplicada no universo jurídico, que concebe uma disciplina civilista meramente codificada, de fechamento operacional e conteúdo jurídico sistematizado e completo, ou quase completo, a regular os fatos sociais das relações privadas; já numa segunda análise, pós-positivista, parte-se do pressuposto de um Direito Civil aberto (alopoiético) que, sob um olhar um tanto quanto intuitivo e de percepção existencialista, compreende as relações privadas, tendo como objeto a experiência dos casos concretos (GONTIJO, 2011, *passim*).

A problemática metodológica de aplicação do Direito Civil está no paradoxo epistemológico situado na questão da gênese humana entrelaçada ao conteúdo jurídico entre o método positivista de construção e emprego do Direito – elaborado pelo modelo estanque do Estado liberal, cujo propósito se alinha à vertente contratualista, a defender o princípio da autonomia da vontade, enquanto esplendor da ordem deontológica – e a interpretação pós-positivista, que vislumbra conteúdos e produtos jurídicos civilistas alinhados a resultados de percepção de dinâmica social, de modo a encontrar respostas mais adequadas e humanizadas quando da aplicação do Direito.

Na esteira da corrente pós-positivista, o enredo dialógico de “sociedade aberta” possibilita a edificação de um Direito Civil comunicativo, não apenas consigo, mas também com outros diplomas legais e com outras fontes, sejam elas jurídicas, morais ou éticas.

O Direito Civil encontra no Código Civil a sua principal referência legislativa, representando o marco maior a standardizar este macrossistema. Trata-se de verdadeiro conjunto normativo sistematizador a compilar normas sobre diversas relações privadas que envolvem o homem consigo, em relação a outros sujeitos e à sociedade. Por ser um macrossistema, apresenta diversidade jurídica e elementos peculiares que lhe caracterizam e

que são divididos e distribuídos em diversos Títulos espalhados pelos Livros do respectivo Código¹⁸.

O volume da disciplina jurídica presente no Código é extenso, e por isso foi elaborado de forma sistematizadora, ou seja, a planejar e organizar o desenrolar da vida do homem, desde seu nascimento até sua morte. Tal arranjo deve-se ao fato do intento legislativo em manter a harmonia jurídica da Lei. Mas um elemento bastante salutar para a contextualização da cadeia normativa do Código Civil foi a disseminação de cláusulas gerais em seu corpo textual, o que possibilita relação dialógica entre os comandos legais do Diploma civilista, bem como com outros subsistemas de Direito.

O enlace dialógico é funcional e manifesta seu dinamismo de forma endógena, ou seja, quando realizado entre os artigos do próprio Código, mas também de forma exógena por meio das cláusulas gerais e também dos conceitos jurídicos indeterminados, que ganham corpo a partir da constatação de que estes são capazes de flexibilizar o apego extremado ao texto legal.

As cláusulas gerais estão espalhadas no corpo do Código e apresentam natureza ontológica porque provêm de uma moral social, ou seja, daquilo que decorre do bom senso, dos bons costumes e da prática racional que é aceita e exercida no ambiente coletivo de socialidade. Em verdade, representam a ponderação coletiva sobre determinado ato ou fato; por tal, são derivadas de verdadeiro juízo de mensuração social que através do empirismo e da experiência passam a ser consensualmente realizáveis com fulcro no equilíbrio e na objetivação das condutas praticadas no esteio da sociedade.

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de 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, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*. (MARTINS, *on line*, p. 07, *grifo da autora*).

As cláusulas gerais presentes no Código Civil representam demonstrações da materialidade dos resultados de se fomentar uma sociedade aberta, porque efetivamente são

¹⁸ A saber, o Código Civil está dividido em, Parte Geral: Das pessoas (Livro I), Dos bens (Livro II), Dos fatos jurídicos (Livro III); Parte Especial: Do direito das obrigações (Livro I), Do direito de empresa (Livro II), Do direito das coisas (Livro III), Do direito de família (Livro IV), Do direito das sucessões (Livro V) e Livro Complementar sobre as disposições finais e transitórias.

oriundas da relação dialógica e da intensa comunicação que discorre sobre situações de interesse do bem comum e do bem-estar social. A moral aqui discutida, enquanto ingrediente a compor o conteúdo das cláusulas gerais, trata-se da moral coletiva, e não individual ou particularizada. Neste sentido, a interpretação coletiva é imprescindível para a confecção delas, servindo a análise social (objetivamente considerada) de legítima filtragem a refinar o direito para que possa fazer a conversão da natureza ontológica para a ordem deontológica, portanto, do “ser” para o “dever ser” a preencher a Lei Civil.

Ademais, outra característica das cláusulas gerais é a capacidade de sobrevida no tempo e no espaço, porque – apesar da baixa densidade normativa – apresentam alto grau de abstração, cuja aplicação tem capacidade para irradiar várias situações; e também porque a interpretação delas pode ser flexibilizada, a depender do caso concreto, colaborando assim para o exercício da atividade hermenêutica do intérprete. As cláusulas gerais estão distribuídas em diversas normas no correr do corpo do Código Civil, a exemplo dos arts. 187, 286, 421, 422, art. 2.035 e § único¹⁹. São identificadas por carregarem elevada axiologia e alto teor de carga semântica. Assim, expressões como “boa-fé”, “função do social do contrato e da propriedade”, “proibidade nas relações obrigacionais e contratuais” são exemplos da tessitura de tais cláusulas.

Ainda sob o foco exógeno de diálogo, a proposta de sociedade aberta também se mostra incidente no macrossistema do Código Civil por meio dos conceitos jurídicos indeterminados que permeiam o Diploma. Várias são as passagens da Lei Civilista que descrevem expressões cujo teor podem ser (re)ajustados ao caso fático, atingindo, assim, a determinabilidade que se espera para sanar a situação concreta.

Expressões como “bons costumes”, “ordem pública”, “interesse econômico e social”, “circunstancias”, “risco”, “ato inequívoco”, entre outras, estão dispersas no Código a ensejar hermenêutica que se adequa à situação vivenciada. Assim se dá quanto à preservação dos “bons costumes” quando do ato de disposição do próprio corpo prevista nos direitos de personalidade (art. 13), ou mesmo para configuração do abuso de direito do art. 187; a perturbação da “ordem pública” é causa ensejadora de ilicitude civil nos negócios jurídicos (arts. 122, 606 e 1.125); o interesse econômico e social aparece em diversas transcrições da Lei a fim de manter equilíbrio

¹⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação; Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé; Art. 2.035, Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

e harmonia em vários seguimentos das relações privadas, inclusive com restrição ao direito de propriedade (art. 1.228 e § 3º e 4º); as “circunstâncias” também são utilizadas para estabelecer parâmetros limitativos de exercício e aplicação do Direito, a exemplo da fixação dos alimentos e do pedido de redução ou exoneração (art. 1.699); o “risco” foi aproveitado em outras passagens, seja para servir de conteúdo aos contratos de transporte (arts. 743 e ss.), seja para caracterizar a espécie de responsabilidade civil prevista no art. 927, § único; o “ato inequívoco” serviu de critério para interrupção da prescrição (art. 202, inciso IV) e também para dar validade ou não à ratificação no contrato de mandato (art. 662, § único).

De maneira incipiente, é importante trazer à baila uma breve diferenciação entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, vez que ambos têm similaridades, porém com finalidades distintas a corroborar na jurídica distinção dos termos.

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos indeterminados se destacam pela vagueza e abstração normativa, características, em verdade, que favorecem a liberdade interpretativa do hermeneuta. As primeiras apresentam perfil orientador, a fornecer diretriz para aplicação da norma *in concreto*. Estão atreladas aos comandos normativos, que lhes atribuem sentido e direção para aplicação, a depender do dispositivo legal em que estão contextualizadas. Distinguem-se dos conceitos indeterminados em razão da finalidade e também da eficácia, vez que estes, quando diagnosticados na atividade do hermeneuta, possibilitam o preenchimento da lacunosidade intrínseca às expressões indeterminadas, mediante juízos de valor e de realidade a depender da situação prática envolvida. Busca-se, assim, por meio de denso trabalho hermenêutico, atribuir determinabilidade ao conceito, que ora se apresenta ainda mais aberto no texto da norma, ou seja, com grau de abstração mais elevado do que o apresentado pelas cláusulas gerais. Assim, o conceito jurídico é indeterminado na forma, ou seja, enquanto expressão estática na lei, mas sua externalidade precisa ser materialmente considerada de tal modo a ganhar folego e atingir a determinabilidade que dele se espera para açambarcar a situação fática (NERY JR. e ROSA, 2002, p. 17).

Noutro ponto, as expressões também se diferenciam quanto à semântica, no que tange ao teor de conteúdo e de significação. Assim, semanticamente, a cláusula geral se mostra mais pontual e serve de norma-padrão a ser seguida pelos destinatários ou interessados. Ademais, o enquadramento normativo em que está contextualizada já aponta para a significação que a cláusula pode abarcar. Já o conceito jurídico indeterminado não se revela no campo semântico, ou se, se o faz, é de forma bem tímida, de modo a necessitar do hermeneuta um trabalho integrativo quanto ao sentido e ao alcance de sua envergadura linguística.

Com visto, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados casam-se com a proposta de sociedade aberta porque representam, sob a forma literal e prescrita em lei, a influência destas expressões tanto na edificação normativa do Código Civil, quanto na formação científica, de caráter interpretativo, do conhecimento jurídico aliado às relações privadas. A atuação delas é singular e se processa em sentido amplo, quando de sua constatação na norma positiva, mas também em sentido estrito, quando da intervenção do hermeneuta a açoiar a interpretação que coadune o conteúdo abstrato às situações práticas vivenciadas no mundo fenomênico social.

Nesta esteira é que o Direito Civil conquista a dimensão normativa, ao se fazer representar pela Lei Civilista e demais legislações que a circunscrevem: a dimensão teórica, quando de sua elasticidade de conteúdo e capacidade de alcance interpretativo, assim como a dimensão prática, quando da pontualidade do resultado obtido que se perfaz adequado à realidade social.

Enquanto macrossistema, a comunicação da Lei Civil também se perfaz de forma exógena quando em contato normativo e/ou teórico com outros microssistemas jurídicos. Tal fato se processa em virtude da teoria gravitacional dos micros ou subsistemas²⁰.

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais (MARTINS-COSTA, *on line*, p. 06).

O robusto conteúdo jurídico do Código Civil lhe permite realizar pontes ou ganchos comunicativos com outros (micro)sistemas que dele derivam. Assim acontece com diversas leis, vez que o Diploma Civilista, além das cláusulas gerais, também é recheado por múltiplos comandos que podem ser denominados de “normas gerais ou diretrizes”²¹ a fomentar e guiar a construção e o delineamento de outras fontes legais.

²⁰ Importante ponderar que não se está limitando a capacidade comunicativa exógena da Lei Civil em relação aos macrossistemas, a exemplo do Constitucional, vez que é possível observar tal diálogo entre estas fontes legislativas em várias passagens, tanto do texto Civil como do Constitucional. Todavia, o objeto de estudo exógeno comunicativo aqui pretendido é aquele tendente a abordar a relação dialógica ente o Código Civil e os microssistemas com fulcro a justificar a teoria gravitacional.

²¹ Estas normas gerais ou diretrizes também podem ser chamadas de “normas programáticas”.

De modo exemplificativo, têm-se a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência; a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais; a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), que estabelece regras sobre a usucapião especial de imóvel urbano e sobre o direito de superfície; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), que retrata os direitos da criança e do adolescente; a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento; a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que versa sobre a impenhorabilidade do bem de família; a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que regulamenta questões sobre os registros públicos, como o registro de imóveis e das pessoas naturais, nascimento, casamento, emancipação, interdição e da ausência; a Lei nº 8.245, de 19 de outubro de 1992, que prevê normas sobre locação de imóveis urbanos; e a Lei nº. 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção e defesa do consumidor, principalmente no que concerne à tutela contratual que, notadamente, tem sua essência jurídica atrelada e assentada na teoria contratual do Direito Civil.

Como se depreende, o diâmetro do anel comunicativo do Código Civil é dilatado e se processa em virtude da amplitude que sua órbita gravitacional realiza dentro de um macrossistema que possa, a partir de suas diretrizes e cláusulas gerais, estabelecer ganchos dialógicos com outros subsistemas de Direito. Neste diapasão, os demais microssistemas passam a circular em torno do campo gravitacional da teoria e do Diploma Civilista.

Por fim, outra importante contribuição do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foi a inserção em seu bojo teleológico dos princípios da socialidade, eticidade e da operabilidade. Princípios, estes, cuja leitura também se perfaz em consonância com a dinâmica de “sociedade aberta”, vez que se trata de axiomas sociais que foram conectados ao Diploma, frutos de enredo dialético valorativo, configurando, assim, evidentes e verdadeiras premissas presentes no esteio da sociedade, porquanto são constatações fundadas em demonstrações racionalmente inatas à consciência moral e coletiva, segundo generalizações da observação empírica.

Tais princípios assumiram soberana importância para permitir nova leitura da disciplina do Direito Civil e propiciaram espaço para interpretações mais adequadas e ajustadas ao contexto social. Trata-se de princípios a nortear o Código Civil e também as legislações que em torno de seu eixo de translação gravitam e com ele estabelecem comunicação.

Da socialidade depreende-se o valor dado pelo Código Civil de 2002 ao aspecto social e coletivo, calcados em valores fundamentais e da pessoa humana, rechaçando assim o estereótipo do Código anterior, de base liberal oitocentista, a privilegiar o individualismo. A

rigor, trata-se de real prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, revisando e promovendo outra formatação jurídica a figuras da Lei Civilista a quem outrora não eram atribuído significativo papel funcional. Assim, o proprietário precisa despertar determinada função à propriedade privada; o contratante, ao entabular vínculo, deve observar valores de probidade e boa-fé para dar validade ao instrumento jurídico; o empresário, ainda que camuflado sob o espectro mercantilista, deve atribuir funcionalidade social ao empreendimento, e até a figura do testamento, que agora possibilita inserção, em seu bojo, de conteúdo que não se limita somente ao acervo patrimonial, ganhando contornos mais subjetivos e personalíssimos.

Importante dizer que o princípio da socialidade não importa em revogação do individualismo, elemento tão premente nas relações privadas regidas pela Lei Civil, pois, em verdade, a sistemática interpretativa do Código representa o intento em conjugar ambos os interesses a partir de relação comunicativa e concreta a viabilizar a dinâmica dos valores plurais da sociedade aberta com as intenções reais dos particulares.

A socialidade deu outra tonalidade à Lei Civil, emprestou-lhe subjetividade e patrocinou, de certa forma, contato mais humano entre as pessoas, quebrando àquela moldura cartesiana e puramente atrelada aos aspectos patrimoniais. De fato, trata-se de princípio cujo aporte encontra resguardo na solidariedade, no espírito humano de comunicação e de justiça social distributiva tão presente numa sociedade que se revela ou se faz revelar aberta.

Quanto à eticidade do Código Civil, indubitavelmente, esta caminha ao lado do dever de boa-fé previsto na lei. A conduta ética corresponde àquela objetivamente considerada nos termos da legalidade ou da juridicidade, e qualquer desvio recairia em mera pretensão subjetiva, ainda que de boa intencionalidade. Assim, um olhar superficial sobre o princípio da eticidade poderia acarretar em interpretação meramente leiga e imperita sobre determinado assunto, gerando falsa ideia de que o sujeito seja portador de algum direito ou que razão lhe assiste sobre determinado contexto. Ora, a conduta subjetiva está condicionada a circunstâncias volitivas que norteiam a intenção do agente, acarretando em juízo de valor sobre fato ou acontecimento que envolve interesse próprio, mas que não necessariamente leva à ética comportamental assentada pela Lei Civil.

A ética aqui tratada está alicerçada no comportamento padrão, na conduta firmada em valores de honestidade e lealdade e que representam verdadeiro arquétipo a nortear as relações privadas. A ética encontra no esteio social sua fonte de constante alimentação. Assim, diante de uma sociedade aberta, dinâmica e plural, onde os enredos se transformam e se diversificam,

a lapidação de seu conteúdo axiológico se faz necessária para fins de composição e formação do normativismo a preencher a Lei Civil.

O princípio da eticidade passa a ser verdadeiro exercício obrigatório no âmbito das relações sociais privadas, não sendo passível de relativização até porque não se trata de uma norma facultativa; ao contrário, representa conduta que prima fundamentalmente pela harmonia das relações interpessoais, cuja configuração no cenário social se processa a ensejar deveres e direitos recíprocos que envolvem probidade, lealdade, fidelidade e confiança.

Ademais, a conduta ética importa em ação comunicativa que compreende a honestidade e a sinceridade, realçando, desta forma, a própria transparência, seja nas relações familiares, seja nas tratativas negociais obrigacionais, servindo como padrão a estabelecer a conduta exigível em determinadas circunstâncias.

Nesta esteira, a confiança – elemento central da vida em sociedade a representar o propósito basilar pretendido pela eticidade – termina por ser alcançada, fortalecendo o enlace no plano jurídico e social.

Ao seu turno, o princípio da operabilidade vem a lume para firmar seu matrimônio com a ideia e perspectiva de sociedade aberta. Tal se consubstancia na necessidade pungente de se estabelecer cognição entre o texto abstrato que a Lei traz e a situação fática. Esta conjugação se torna imperiosa na atividade interpretativa do hermenauta, que precisa reunir o elemento textual às circunstâncias do caso concreto a fim de alcançar resposta operacional.

Fixar o sentido da norma e depois o respectivo contorno ao fato requer certo enquadramento, mas não enquadramento fechado nos termos praticados pelo positivismo, mas equalização que suporte adequação, mediante verificação das particularidades factuais e das dificuldades que podem surgir em razão de preceitos que parecem ser adaptáveis a mesma hipótese. A depender da situação, o alcance da norma pode ter efeito integrativo, extensivo ou restritivo, porém, de modo a abraçar as necessidades da situação concreta. Ou seja, de maneira que efetivamente traga resposta a solver a problemática, e não uma mera decisão jurídica, sem que haja qualquer resultado prático e operacional.

Do exposto nota-se quão importante são os princípios norteadores da Lei Civil e quão fundamentais se apresentam quando da associação com a proposta de sociedade aberta. A ancoragem de tais princípios no Código vai de encontro com esta ideia difusa porque estão assentados na perspectiva de senso coletivo de participação e de criticidade, solidariedade da massa, comunicação e diálogo que envolvem valores sociais.

4.2 Reflexões sobre a teoria do diálogo das fontes: apontamentos e críticas

A Teoria do Diálogo das Fontes²² surgiu enquanto interpelação jurídica a criticar o modelo clássico de resolução do conflito aparente de normas, bem como meio de interpretação a promover solução outra que ponderasse sobre este imbróglio jurídico. Ao questionar a eficiência dos critérios tradicionais, a teoria reza pela superação destes enquanto instrumentos resolutivos de antinomias no ordenamento jurídico.

Para afinar sua interpretação, afasta a ideia de que as leis se aplicam aos casos de forma isolada, vez que o ordenamento jurídico representa um todo completo e unitário. Também procurou romper o paradigma da exclusão das normas, visando a coexistência ou convivência harmônica no ordenamento, pois leva em consideração a possibilidade de aplicação concomitante de leis distintas às situações concretas. A tese se sustenta, basicamente, nas técnicas da ponderação, proporção e mesmo da conciliação, também chamada de concordância prática, entre normas para a solução de possíveis antinomias.

Ao partir do pressuposto de que as leis não se excluem, mas se complementam diante do enredo jurídico, aponta pela eficácia da aplicação da comunicação por conta da funcionalidade que apresenta. O dialógico se torna pertinente na medida em que o volume legislativo cresce desarrazoadamente (banalização legislativa) provocando inchaço no ordenamento jurídico e confusão jurídica quando da aplicação das leis aos casos.

Argumentam que os critérios clássicos de resolução antinômicas já não abraçam mais a realidade jurídica, repleta por leis diversificadas e variadas e que apontam para soluções distintas e em sentidos, muitas vezes, diametralmente opostos. Assim, os critérios cronológicos, especialidade e hierárquico previstos no artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) se mostram ineficazes à atual teoria do Direito, que enquanto Ciência Jurídica visa novos modelos ou fórmulas de interpretação que possam se ajustar ao contexto pós-moderno.

A pós-modernidade é caracterizada por enredo social multifacetado, plural em suas razões, opiniões e comportamentos; requer, cada vez mais, respostas variadas do Direito em virtude da multiplicidade de interesses e da diversidade de demandas no cenário social. As transformações ocorrem em vários segmentos, como o econômico e o tecnológico, e a exegese clássica já não consegue suportar esta nova engenharia social em virtude de sua estática em frontal oposição à constante dinâmica de sociedade.

²² Teoria proposta pelo jurista alemão Erik Jayme

A teoria do diálogo das fontes faz diagnóstico desta problemática, na qual os fatos sociais já não encontram nos comandos normativos respostas para sanar as controvérsias, e apresenta a comunicação entre as fontes enquanto resposta sustentável na tentativa de dar completude ao ordenamento e uniformidade às suas disposições e, por fim, harmonizar as relações sociais.

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*“cohérence dérivée ou restaurée”*), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *“droit à la différenc”* (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas, como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da ideia de ‘incorporação’, como bem expressa o art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo. (MARQUES, 2004, p. 29).

Neste passo, esta interpretação jurídica rejeita a exclusão das normas em detrimento da ação coordenada de sistema, onde num todo uniforme e unificado há a possibilidade de se estabelecer comunicação entre as diversas fontes legais, ainda que de conteúdos distintos. As leis do ordenamento passam a interagir e assim integram um todo harmonizado. Com tal, o efeito é duplo porque mantém a integridade do ordenamento ao mesmo tempo em que preserva a legislação.

A proposta ainda sustenta que as fontes a serem utilizadas para dar comunicação ao sistema não se limitam às fontes legais, mas também abraçam os costumes e os princípios gerais de direito, que são balizadores interpretativos a fortalecer o diálogo pretendido pela teoria.

Em síntese, a teoria analisa o ordenamento jurídico enquanto um conjunto de normas jurídicas que, embora complexas, compõem um sistema unitário. Além disso, busca atribuir unidade, o que importa em coerência e completude. A coerência representa certa ordem entre as normas, o que não impede a ocorrência de antinomias, cujos critérios clássicos de solução encontram-se ultrapassados, e a completude configura a previsão jurídica de normas para solucionar os conflitos.

O toque interdisciplinar da teoria se perfaz por meio da comunicação interna promovida entre as fontes legais, consuetudinárias e principiológicas. Atente-se ainda para o fato de que a tese de Erik Jayme visa não só solucionar as possíveis antinomias entre as normas, mas também fundamentar a possibilidade de influências recíprocas entre as leis.

Por se tratar de interpretação que visa aplicação de normas jurídicas, os seguidores desta doutrina defendem seu caráter metodológico, que está presente em razão da sistematicidade do ordenamento jurídico, cujo critério utilizado reside na coordenação entre as fontes normativas com fulcro na unidade lógica (ideia de harmonia normativa) que se espera do sistema, de modo a conferir clareza e certeza (segurança) ao ordenamento jurídico.

Levando em conta a proposta de pesquisa aqui abordada relacionada à tese acima esboçada, pode-se afirmar que esta apresenta inconsistência em algumas passagens. Assim, em que pese a boa intenção, a teoria prega por critério amoldável à nova realidade pós-moderna de sociedade e ainda está presa a construtos do modelo anterior, positivista, para formular suas pretensões. Ora, a teoria do diálogo das fontes interpreta a ideia de sistema como um conjunto harmonioso e que prima pela uniformidade, ou seja, por uma certa regularidade no modo de agir. Também aduz em prol da unidade deste sistema, o que leva a entender a não possibilidade de divisão, de fragmentação de conteúdo (formação de fractais jurídicos), o que enseja limitação da ideia (leia-se também pensamento jurídico) do próprio sistema. Se assim é, então, este sistema realiza autocerceamento, pois, pela natureza da sistemática não consegue suportar variações interpretativas.

Se este autocerceamento ocorre, como pode diante de tamanha limitação interpretativa, vez que internamente reduz o próprio diálogo do sistema, acompanhar o compasso assistemático da sociedade pós-moderna? Ora, não está se negando aqui a possibilidade de sistematização, ela é viável, porém no plano formal de compreensão de ordenamento, assim entendido como um todo aparelhado e instrumental a garantir certa unidade sistêmica. Mas fazer alusão de unidade sistêmica no plano material, realmente não fica crível à compreensão, porque neste sentido não se realiza, tampouco corresponde a uma unidade harmoniosa em si.

Em verdade, a ideia de sistematização se faz proveitosa para a formatação da estrutura, mas sob o aspecto material esta ideia não se revela eficaz. O que se quer dizer é que, materialmente, o conjunto jurídico não precisa ser sistemático, tampouco assistemático. Ele apenas precisa ser realizável e funcional. E se a ideia de coerência jurídica propugnada pela teoria do diálogo das fontes requer a supressão das antinomias, enquanto moléstia a perturbar a unidade do sistema, aqui parte-se para a defesa da presença e permanência delas enquanto conteúdo a preencher e fomentar a construção material do substrato jurídico. É que as

antinomias, bem como as lacunas, são cavidades perturbadoras a ocupar espaço no ordenamento. Prestam-se a servir de “chocalho” a fim de promover produtos jurídicos realizáveis e operacionais.

[...] é preciso notar que o Direito, ao contrário do que faz supor o pensamento dedutivo-normativista, não se apresenta – nem poderia se apresentar – como um sistema fechado e completo. Não é fechado porque aberto à mobilidade e à indeterminação dos conceitos jurídicos; não é completo porquanto as contradições e lacunas acompanham as normas à feição de sombras [...]. Trata-se, por conseguinte, de uma unidade axiológica bastante peculiar: subsiste através do conflito e da indeterminação. Se, de um lado, é limite, de outro é abertura. Por isso, longe de obstaculizar, tal natureza assume, no seio do sistema, a condição de um de seus pressupostos lógicos, eis que, abolindo a arbitrária dicotomia entre ‘interno’ e ‘externo’, assegura, em face do caso concreto e, principalmente, sem recorrer ao moroso legislativo, sua espontânea e natural modernização (PASQUALINI, 1999, pp. 96-97).

Como se nota, a coerência acarreta em sistema estático, passivo e de baixa capacidade mutacional. Como dialogar num ordenamento que assim se procedimentaliza? O ordenamento não carece de toda esta harmonia, dele também é intrínseco o antagonismo, o conflitante, o vazio necessário à espera de oportunidade para ser preenchido. Nesta senda é que também se faz crítica a ideia de completude suscitada pela teoria dialógica das fontes, porque o ordenamento – visto de forma dinâmica e ativa – está em constante complementação, ou seja, em constante processo de interação e integralização (colmatação), razão que o impede de atingir completude, inteireza, e determinabilidade de conteúdo que, por sinal, são ideias pertencentes à proposta positivista do Estado liberal. A ideia de completude precisa ser afastada da cognição jurídica; a fôrma aqui é outra, irregular, não passível de matematização ou calculometria de elementos finitos.

Ao tentar promover a completude como objetivo da teoria, recai-se em outra celeuma: o diálogo proposto se processa de maneira endógena porque a ideia de ordenamento é pautada pela autossustentabilidade e não pela sustentabilidade comunicativa a se apoiar em eixos externos. Ora, a teoria foca tanto no aspecto jurídico e de objetividade analítica que se esquece do fator humano, social, de que a construção normativa que se realiza endogenamente não pode prescindir desta matéria-prima para sua confecção, e que só pode ser encontrada no caloroso ambiente social, plural, numa sociedade aberta a se coadunar com estes tempos de pós-modernidade ou modernidade tardia. O diálogo das fontes se resume às fontes formais do Direito (leis, costumes e princípios gerais); parece não levar em conta as influências materiais externas oriundas da dinâmica e do diálogo social e, a *pari passu*, a teoria termina por consolidar verdadeiro fechamento operacional, típico, senão idêntico ao modelo positivista.

Frisa-se que a teoria é engajada em desenvolver-se na pós-modernidade, mas suas premissas ainda estão amarradas em proposta anacrônica.

Noutro ponto, os defensores da tese de Erik Jayme afirmam se tratar de método de interpretação do ordenamento jurídico que visa harmonização e comunicação entre as normas. Todavia, o método não se confunde com os instrumentos ou critérios interpretativos (ponderação, proporção e conciliação), pois estes são usados para materializar a metodologia empregada. Entende-se por método o *modus* de obtenção do conhecimento científico e não as ferramentas que o fazem operacionalizar – não que estas não estejam implantadas na raiz da metodologia utilizada, porém não representam o núcleo celular do método que viabiliza aproximação entre o objeto da pesquisa científica investigada e o conhecimento obtido enquanto produto resgatado. Neste sentido:

Método é a maneira de se proceder ao longo de um caminho. Na ciência, os métodos constituem os instrumentos básicos que dispõem em sistemas e traçam de modo ordenado a forma de proceder do cientista para alcançar um objetivo ao longo de um percurso.

[...] o método científico confere ao pesquisador inúmeras vantagens, oferecendo-lhe um conjunto de atividades sistemáticas e racionais, mostrando-lhe o caminho a ser seguido, permitindo-lhe detectar erros e auxiliando nas decisões. Sua aplicação correta proporciona segurança e economia, e permite obter conhecimentos eficazes, com qualidades essenciais à sua natureza. (FACHIN, 2005, pp. 30-31).

Por derradeiro, a teoria assenta crítica aos critérios clássicos (hierárquico, especialidade e cronológico) de resolução das antinomias, que ensejam a exclusão e não a comunicação entre as normas. Razão parcial assiste à tese neste ponto, vez que os critérios tradicionais remontam ao ideal positivista de construção e visão do Direito. Contudo, uma releitura pode abrandar a situação sem necessidade de extirpação de tais critérios da obra jurídica.

Ora, da forma como era empregado o critério hierárquico atribuía prevalência à norma de envergadura superior sobre a inferior. A saída pode estar na modificação do eixo de concentração analítica do critério, que se situa nas normas. Assim, as normas deixam de ser protagonistas desta análise para dar vazão à inserção dos valores sociais a serem mensurados. Para a apreciação deste conflito aparente entre valores, é imprescindível a contextualização deles no caso concreto, aplicando-se o valor ou os valores que na situação real apresentam maior envergadura axiológica para sua operacionalização, de modo a afastar ou diminuir o raio de incidência valorativa do valor conflitante. A aplicação do valor que melhor se coadune ao caso quer dizer que sua carga axiológica tem maior potencialidade operacional a ofertar solução mais justa e equilibrada. Por equilibrada entende-se a solução que potencialmente cause menos desgaste ou perturbação.

Sob esse prisma, pode-se dizer que na situação estanque entre valores conflitantes utilizou-se da hierarquia, mas não a hierarquia normativa, e sim a axiológica a autorizar que a carga energética de determinado valor ali se potencializasse com maior intensidade. Não se trata de exclusão do outro valor conflitante, mas de retração valorativa de sua carga energética. Enfim, trata-se de hierarquia *sui generis* que, ao analisar as peculiaridades da situação, aplica o valor que racionalmente detém conteúdo axiológico mais ajustável e adequado. Portanto, ao invés de “exclusão”, mais oportuna é a palavra “escolha”, que vai apontar a partir do grau de adequação e de determinabilidade o valor que melhor se ajusta à solução do caso fático.

A mesma interpretação calcada em valores sociais se aplica aos demais critérios. Se pela especialidade fora elaborada lei para assunto peculiar e, levando em conta a proposta de sociedade aberta e a influência que pode repercutir para a edificação do normativismo jurídico, então, entende-se que em caso de conflito entre normas, aplica-se aquela de cunho específico, vez que representou, em tese, a vontade social valorada na materialidade do conteúdo da lei. E, se o critério cronológico passa a ser o parâmetro para resolução do conflito, então aplica-se a lei mais recente, pois representa a vazão da vontade social em determinado tempo e espaço. Se há lei anterior colidindo com posterior, aquela representou, pela adoção da proposta de sociedade aberta, a vontade popular naquele momento histórico. Ainda que não revogada, se lei posterior a ela se opõe, pelo sentimento social valorado, preferencia-se a *lex posterior*.

4.3 Reflexões sobre a hermenêutica heterorreflexiva: apontamentos e críticas

A teoria heterorreflexiva é um ramo da hermenêutica filosófica que apresenta ligação com o existencialismo. Sua interpretação é mediada pela relação entre a “metáfora do jogo” e o “espaço dialógico” inseridos no ambiente fenomenológico social. O enfoque jurídico recai sobre a percepção existencial do “ser” processada pelo Direito, tratado como produto casual a iluminar as situações concretas.

O pensamento não se propõe enquanto teoria epistemológica de natureza transcendental, mas projeto histórico marcado pelo debate e pela reflexão dialética. E, sob este aspecto, assume proposta epistemológica que busca atender tanto o espaço existencial, visto sob o viés dos limites e possibilidades da compreensão humana, como o desenho regulatório a proporcionar a normatividade da compreensão jurídica. Não se amarra a nenhum tipo de metodologia preestabelecida em razão da composição democrática que o pensamento visa proteger e também porque defende interpretação que busca compreender o produto do existencialismo do “ser”, com fulcro em resposta justa e conforme a zona dogmática do Direito.

Nesta senda, reafirma que seus fundamentos não são de *ordem transcendental*, mas fruto dos efeitos da história, cuja epistemologia jurídica se assenta na tradição. Por tal, a teoria não está alicerçada em modelo estático de filosofia, mas dinâmico e circular entre “essência da verdade” e a “verdade da essência”, isto é, entre as *pretensões transcendentais* e os efeitos da história. Assim explica Carneiro:

A verdade é uma qualidade do ente que, por sua vez, só se mostra em seu *ser*. Se todo “mostrar-se” é também um “esconder-se”, a “essência da verdade” implica, necessariamente, em desvelamento e velamento. Mas, se esse jogo de desvelar e velar pertence à “essência verdade”, a “verdade da essência” historial do homem nos revela na *Destruktion* de Heidegger uma busca pelo desvelamento; uma luta incessante pela vitória do desvelar. Isso nos permite dizer que, se queremos ter pretensões de racionalidade quanto ao direito, temos de buscá-las através do modo mais originário e desvelador. (2009, p. 17, *grifo do autor*).

A heterorreflexão requer antes a autorreflexão, justamente para atingir a compatibilização entre a condição existencial do homem (autocompreensão) com a história de um homem que se fez autocompreender. Neste cenário, a interpretação jurídica é impulsionada por verdadeiro esforço reflexivo a promover compreensão do fato social que já fora compreendido pelo homem, vez que assimilado foi à sua consciência, seja ela ética ou moral.

Ainda que permeie o mundo da compreensão do “ser”, que corresponde ao que a teoria denomina de “ente”, destaca que nem toda compreensão é seguida de reflexão. Assim, toda interpretação jurídica é uma compreensão necessariamente reflexiva e que busca aplicação do Direito, mas nem toda compreensão pode ser tomada como uma interpretação (CARNEIRO, 2009, p. 221).

Importante destacar que a hermenêutica heterorreflexiva se aproxima, mas não se assemelha à Escola Ecológica de Carlos Cossio, que reconhece a relevância da pré-compreensão. A Ciência do Direito em Cossio também encontra sua fundamentação na confirmação dos resultados que advém do processo de formação histórico-social, e não na objetividade do raciocínio válido por suas intrínsecas qualidades lógicas.

Para a doutrina Ecológica, a ação intersubjetiva passa a ser substrato a servir de referência à compreensão dogmática por meio de operação dialética, na qual “um trânsito dialético do substrato ao sentido e vice versa, até rematar no sentido que se capta por compreensão”²³ (CÓSSIO, 2002, p. 79, tradução nossa). Cossio entende que o Direito não é norma jurídica, mas sim a “conduta humana”. A norma representa um “esquema de

²³ un tránsito dialéctico del substrato al sentido y vice versa hasta rematar en el sentido que se capta por comprensión.

interpretação da conduta”, levando em conta os aspectos materiais do fator histórico e a repercussão valorativa que este recebe no contexto em que se subjaz, para que, assim, venha a servir de composição à dogmática.

Visto como verdadeiro método, o fator histórico é o produto cultural das relações intersubjetivas e representa a experiência que potencialmente pode ser agregada ao Direito que, para Cósio, não é o conhecimento jurídico em si.

A verdade é que o conhecimento jurídico não é um conhecimento histórico, nem físico, nem matemático, senão um conhecimento normativo. Mas isto não quer dizer, para a teoria egológica, que o objeto do conhecimento jurídico sejam normas, mas que mediante a conceituação normativa se conhece o objeto da Ciência Jurídica, que é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva. (2002, p. 213, tradução nossa)²⁴.

Ao seu turno, na hermenêutica herterorreflexiva a interpretação é assumidamente existencialista e ocorre em nível mais profundo. Aqui, a ordem do “ser” encontra-se puramente subjetivada enquanto agente ontológico. O “ser” estratificado está apto a “navegar” na liberdade do espaço reflexivo, local em que pode construir uma epistemologia existencial ponderada, cuja autenticidade já pressupõe um processo de cognição realizado pelo “ente”.

Para se chegar a uma compreensão jurídica válida, a teoria baliza parâmetros para se alcançar a ordem ontológica do “ser” mediante interpretação que se processa autorreflexivamente e heterorreflexivamente, mas adverte para o fato de que nem toda compreensão corresponde a uma interpretação, porquê, por vezes, é ausente de reflexão. Assim, deve-se manter certa vigilância reflexiva ao analisar a aproximação e o distanciamento que os fenômenos da compreensão e da interpretação assumem neste paradigma hermenêutico. Outro ponto a destacar é que o ato de parametrizar não significa dizer que se está a usar determinado método (CARNEIRO, 2009, p. 222). E, neste ponto, já é possível assinalar certo equívoco da teoria, vez que o método, embora não determinado, deve ser passível de determinação, ainda que a metodologia a ser empregada fique em aberto²⁵. Ocorre que nesta hermenêutica o método sequer se mostra aberto, mas sim vago. Ora, o que é vago não é passível de determinação porque não pode ser preenchido.

Os parâmetros da teoria são a normatização de possibilidades presentes e descritas nos modelos estruturais, a partir dos quais e dentro de seus limites é que se pode propor hermenêutica jurídica. Assim, os modelos estruturais que servem de experiência à hermenêutica

²⁴ La verdad es que el conocimiento jurídico no es un conocimiento histórico, ni físico, ni matemático, sino un conocimiento normativo. Pero esto no quiere decir, para la teoría egológica, que el objeto del conocimiento jurídico sean normas, sino que mediante la concepción normativa se conoce el objeto de la Ciencia jurídica, que es la conduta humana em su interferencia intersubjetiva.

²⁵ Também nesse sentido Lucas Gontijo.

são: a metáfora do jogo, o círculo hermenêutico e o diálogo (CARNEIRO, 2009, p. 222). Tais modelos se aproximam mais dos entimemas do que dos silogismos apodícticos. Os primeiros “são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas [...] mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou mesmo estrategicamente desejável” (ADEODATO, 2012, p. 359). Já os segundos são premissas que se apresentam verdadeiras e disto decorre uma conclusão igualmente verdadeira.

A metáfora do jogo significa o “ser-aí” representando pelo “ente” existencialmente considerado e encenado no mundo fenomênico. Disto decorre a proposta de circularidade hermenêutica entre “ente” e “texto” – que são distintos em razão da ontologia – para abrir espaço ao diálogo que otimiza o “jogo” e que vai ascender para novas perspectivas a partir do “outro” (CARNEIRO, 2009, p. 223).

Por sinal, o diálogo é imprescindível para atender à condição de alteridade que a teoria propõe, principalmente quando se está inserido em sociedades complexas e plurais. Sustenta que é a partir do diálogo que se pode aplicar a alteridade mediante análise da conduta humana, esta sim verdadeiramente correspondente ao problema ou ao caso concreto, e cuja perspectiva interpretativa é de base fenomenológica. A fenomenologia leva à reflexão do modo mais originário de compreender o Direito. O lugar da verdade não é o “texto”, ainda que ele tenha efeito iluminador. O “texto” não é o objeto da compreensão, mas a conduta humana, onde se manifesta o “ser” (CARNEIRO, 2009, p. 223).

O “texto” também não necessariamente traduz a verdade, porque tal característica pertence ao “ente”, imerso em todo seu existencialismo para o qual o “texto” aponta. Ainda que aparente alguma verdade, a função do “texto” é iluminar aquilo que se revela ao “ente”, quando este é desvelado. Portanto, ao ser lido, carrega a pretensão de se abrir ao acontecer do “ente” que ilumina, ainda que se tenha impressão da verdade nele escrita²⁶ (CARNEIRO, 2009, p. 223).

Nesta passagem é possível apontar lacuna na teoria, pois, ao afirmar que o “texto” tem função iluminadora, questiona-se: como pode iluminar e revelar o “ente” se a própria teoria heterorrreflexiva não estabelece comunicação entre eles? Ou pelo menos parece não viabilizá-la? A indagação encontra pertinência porque a teoria, ao estabelecer separação – verdadeiro

²⁶ Para Gadamer compreender um texto é deixá-lo “vir à fala” (2007, *passim*). Ou seja, o “texto” ilumina o “ente” que se revelará em seu “ser”. Streck afirma que “textos são eventos”, isto é, são fatos. Por isso, é natural acreditar que o direito esteja nos textos normativos, embora essa impressão seja causada apenas pelo fato de os textos iluminarem o ente que se revela enquanto direito (2011, p. 164).

apartheid – acaba distanciando os elementos que compõem o “ente” dos elementos que formulam o “texto”, como se fossem dimensões diametralmente opostas e que se realizassem autonomamente, sem que houvesse a necessidade de liame ou interação. A teoria, de modo paradoxal, não estabelece a conexão porque ao personificar o “ente” – cuja raiz é de essência humana – o coloca num pedestal inacessível e, na contramão, renega a natureza do texto, que tem justamente sua elaboração em valores.

A crítica que se faz está assentada na proposta de sociedade aberta, que também promove diálogo e requer compreensão do outro (hermenêutica heterorreflexiva) porque se realiza em espaço democrático a fomentar a formulação da norma-padrão. A teoria heterorreflexiva parece não se atentar para isto ao apartar sobremaneira “ente” e “texto” e, ainda que aborde a questão dos modelos estruturantes: metáfora do jogo, círculo hermenêutico e diálogo, estes são insuficientes: primeiro porque primam por comunicação endógena, ou seja, somente sobre o “ente”, e segundo porque fulminam em comunicação *a posteriori*, quando da aplicação da interpretação ao caso concreto, suspostamente compreendido.

Este círculo hermenêutico arquitetado esquece que *a priori* deve haver um “texto” (uma norma), cuja função se perfaz de forma exógena, porém, a teoria sequer preocupa-se quanto ao seu processo de elaboração e termina por se desresponsabilizar ao não promover a atividade comunicativa plena do círculo hermenêutico, cuja repercussão se faz presente tanto na elaboração da norma-padrão, como na aplicação desta ao caso mediante interpretação.

Do que foi dito, a questão é que o cerne da teoria é colocar o “problema” como centro – e não o “texto” – como alvo da compreensão. A resposta a ser dada pelo Direito pressupõe necessariamente a existência do “problema” a fim de que análise direta sobre ele seja efetuada. Defende que o fato de referenciar o “problema” como ponto de partida para a compreensão jurídica não gera insegurança, mesmo porque o conceito que se tem de segurança é utópico na medida em que é associado a certa objetividade hermenêutica de compreensão de sistema jurídico, conjuntura esta inviável porque não se está lidando com algo matematicamente mensurável, passível de exatidão. O objeto do “problema” é o “ente” envolto em sua ontologia. Para se alcançar certa segurança é preciso encarar diretamente o “problema” a partir do enfrentamento do fato, do qual se espera resultado a reduzir a problemática, o que já implica em redução de complexidades e, conseqüentemente, em algo que se aproxime da segurança perquirida (CARNEIRO, 2009, pp. 224-225).

A segurança aqui não se relaciona com a ideia de ordenamento jurídico estável, visto como sistema normativo de regras estanques a serem dedutivamente aplicadas ao fato social. Esta mera subsunção representa o modelo que o positivismo jurídico encontrou para arrimar

seu conceito de segurança. A teoria hermenêutica heterorreflexiva aduz que a segurança aqui perscrutada alia-se muito mais a ideia de coerência e integridade do sistema do que de unidade normativa preestabelecida²⁷.

A teoria de Dworkin acrescenta algo que não parece estar nas teorias como a de Hart e que pode contribuir para a melhor compreensão do fenômeno jurídico: a ideia de ‘coerência’, que é o que permitirá ver o Direito objetivo não como um mero conjunto de normas, mas sim como um conjunto de normas ‘orientadas’, a dizer, com certos objetivos. Este elemento parece inclusive necessário para dar conta das funções que o próprio Hart atribui ao Direito como guia de conduta de uma determinada sociedade. (VIDAL, 1999, p. 332, tradução nossa)²⁸.

Por coerência entende-se a compreensão de maneira igualitária de problemas semelhantes e, claro, também o entendimento de forma diversa de problemas diferentes. Já a integridade resulta da “quebra” da coerência em razão de mudança que se faz imperativa, o que pode fazer com que o dispositivo da decisão mude por conta da própria coerência, assim como perceber no problema qual artifício requer sentido diverso (CARNEIRO, 2009, p. 225).

A leitura de segurança da hermenêutica heterorreflexiva é prática, pois em nome da segurança, não pode o Direito se privar de resolver somente os problemas que estão pré-definidos na norma. A segurança que se espera é peculiar e perpassa a ideia de unidade de ordenamento para ganhar *status* de aplicação concreta da norma mediante enfrentamento do “problema” e a respectiva dimensão compreensiva que recebe no círculo hermenêutico. Ora, esta compreensão faz parte da “metáfora do jogo”, pois, o “problema”, antes de ser jurídico é intersubjetivo, portanto, representa a própria conduta do “ente”.

Enfrentar o “problema” é analisar e compreender a dimensão intersubjetiva do próprio “ente”. É “estar vigilante para o fato de que sua compreensão está limitada por uma dada perspectiva e, vigilante quanto à existência de outras, deverá se abrir para o ente, deixar que ele ‘venha à fala’” (CARNEIRO, 2009, p. 226).

Como se nota – e com acertada razão – para a hermenêutica heterorreflexiva é imprescindível a compreensão do “problema”, adotando-o como correto parâmetro a ser balizado para compreensão do próprio Direito. Focar na análise do “problema” é lançá-lo no

²⁷ Sobre coerência e integridade do ordenamento jurídico, os defensores da hermenêutica heterorreflexiva apoiam-se em Ronald Dworkin.

²⁸ La teoría de Dworkin añade algo que no parece estar en teorías como la de Hart y que puede contribuir a la mejor comprensión del fenómeno jurídico: la idea de ‘coherencia’, que es lo que permitiría ver al Derecho objetivo no como un mero conjunto de normas, sino como un conjunto de normas ‘orientado’ es decir, con ciertos objetivos. Este elemento parece incluso necesario para dar cuenta de las funciones que el propio Hart atribuye al Derecho de guía de conducta de una determinada sociedad.

“jogo” e assim estar aberto ao acontecer do “ente” em suas novas projeções compreensivas e possibilidades de respostas, que ultrapassam os limites cognitivos do hermenêuta

Entretanto, este esforço hermenêutico requer diálogo, pois sem diálogo não há “jogo” que possa gerar discussão a potencializar abertura para novas possibilidades, mas sim casto projeto alienante do julgador transfigurado em sentença lógico-formal.

Nota-se o empenho da teoria em otimizar certa totalidade de perspectivas lançadas no “jogo” por meio de intenso e constante diálogo, que invariavelmente se mostra aberto e vigilante às várias possibilidades. Em que pese a boa intenção, resta demasiado o cerne fenomenológico a abraçar a causa jurídica, principalmente no que toca à falta de critérios objetivos de apreciação e análise sobre determinado “problema”. Além disso, focar somente no “problema” reduz as possibilidades interpretativas. De fato, ele é um fenômeno social, mas sua dimensão – frisa-se proporção – alcança outros interesses que se figuram não somente no plano individual, mas coletivo de mensuração.

A teoria sugere fazer com que o “problema” “venha à fala”, sem querer desmerecer o papel que o “texto” desempenha, que em verdade, assume função ímpar para a compreensão jurídica do fenômeno, especialmente quando se está diante de sociedades complexas. Todavia, nesta ponderação fica perceptível outra separação (*apartheid*) por ela promovida, que reside entre o “problema” inserto na conduta humana e o “texto”. Por focar tanto no “problema”, parece que a teoria ao tentar amarrá-lo, termina por desamarrá-lo por completo do “texto”, a tal ponto de deslegitimar a norma (texto), que deixa de ser social para ganhar tonalidade puramente jurídica ou política. Noutros termos, o “texto” se desatreia do “problema”, pois, a teoria precariza sua função cognitiva e mesmo social enquanto norma jurídica.

Na proposta de sociedade aberta, o “problema” tem seu papel de destaque, tanto no primeiro momento em que ele é alçado à discussão a partir da comunicação entre os “Entes comunicantes” Sociedade, Estado e Direito²⁹, sendo devidamente delineado e refinado a tal ponto de se converter em norma-padrão, bem como em segundo momento, quando da incidência da valoração, por meio do método jurídico axiológico, a guiar a adequação valorativa da norma-padrão. O trabalho realizado nesta segunda etapa corresponde à força do normativismo, ou seja, a junção comunicativa da força na norma-padrão com a raiz axiológica irradiante a ser nela ponderada (interpretada).

Destarte, a teoria aponta para a circularidade entre “sistema” e “problema” (círculo hermenêutico), sendo o diálogo fundamental para a compreensão do outro e também para a

²⁹ No tópico posterior será dissertado sobre os “Entes comunicantes” Sociedade, Estado e Direito.

inserção correta no círculo. Ora, a “inserção correta” parece imprimir proposta de linearidade e mesmo de singularidade do diálogo, circunstância esta que não se vislumbra no espaço plural e multifacetado da sociedade.

Neste círculo hermenêutico também há um “jogo” que visa compreender o “ente”, que se mostra aberto e receptivo. Já a compreensão jurídica implica num fechamento, pois precisa distanciar-se de determinadas perspectivas, como a moral. Nesse ritmo, o “jogo” abrange movimento de abertura e fechamento que traduz a complexa relação entre “sistema” e “problema” (CARNEIRO, 2009, pp. 228-229).

Não obstante, a noção de “sistema” empregada pela teoria não está associada ao resultado de operações lógicas a partir de elementos conceituais ou normativos. A expressão “sistema” não se relaciona ao conceito enraizado pelo senso comum teórico, mas de sistema jurídico concebido em sua estrutura orgânica, em contraposição à estrutura lógico-formal. A análise se faz sob a perspectiva dos sujeitos em sociedade e como resultado de uma unidade compreensiva problemática³⁰.

Pertinente à ponderação da teoria e convergente com a proposta pós-positivista de sistema jurídico, pois o sistema pode ser perfeitamente apreendido sob o enfoque formal e material. O que não se deve é confundir sistema com sistema axiomático. Ora, “uma ordem é sempre um sistema (unitária e congruente pluralidade)” (NEVES *apud* CARNEIRO, 2009, p. 231). O conjunto organizado de normas jurídicas é visto como um “sistema interno” (conteúdo material), enquanto o sistema formado por uma dogmática conceitual estruturada logicamente é chamado de “sistema externo” (formal).

É preciso reconhecer que a sistematicidade é uma qualidade necessária ao ordenamento jurídico na medida em que reforça sua unidade no que tange à sua estabilidade e continuidade. A estabilidade aqui é vista de modo institucional, a constituir uma estrutura (esqueleto) ao sistema, já a continuidade decorre da necessidade deste sistema em dimensionar-se em virtude das mudanças e do constante movimento ao qual está suscetível (NEVES *apud* CARNEIRO, 2009, p. 232).

Esta interpretação de “sistema” adotada pela teoria heterorreflexiva ganha relevo na medida em que influencia o hermeneuta em sua interpretação, pois nas palavras de Castanheira Neves “perante uma irreduzível autonomia constitutiva do acto normativamente interpretativo, a orientar-se para além do sistema formal do direito positivo, é o que tem de considerar-se, na verdade como manifesto” (*apud* CARNEIRO, 2009, p. 233). O autor vai além e prossegue na

³⁰ Neste sentido Gadamer.

defesa de uma “transistemática”, vez que identificado o problema da unidade sistemática do direito deve-se recorrer à “dimensão axiológica”, pois, esta, dá sentido à normatividade, ou seja, a “dimensão dogmática” (*apud* CARNEIRO, 2009, p. 233).

A ideia de sociedade aberta converge com o pensamento transistemático na medida em que este vai além das possibilidades do sistema, ultrapassando os enfoques valorativo e dogmático. Corresponde a espírito maior que consegue envolver a sistemática formal e a material, viabilizando verdadeira progressão-jurídica a interagir com o axiológico-normativo do sistema jurídico, vez que fomenta dialética entre as dimensões axiológica e dogmática.

Assim, para Castanheira Neves, o sistema jurídico não pode

[...] ser um sistema simplesmente funcional e antes há-de manifestar um conteúdo axiológico, que não haverá de ser um sistema tão-só social ou de perspectivação sociológica e sim de índole dogmático-normativa, no entanto, problematizada dialecticamente e não de plenitude e auto-suficiência objectiva e que, por último, não poderá ser assimilado por um pensamento jurídico apenas cognitivo (analítico ou hermenêutico), já que o sistema se terá de pensar unitariamente o juízo-decisão prática concretamente constitutiva. (*apud* CARNEIRO, 2009, pp. 234-235).

O autor defende ainda que a unidade do sistema não deve ser vista como “algo que se parta ou se pré-defina como um axioma, mas algo que se postula como intenção e à que em grande medida se procurará chegar, constituindo-a” (*apud* CARNEIRO, 2009, p. 237). Noutros termos, entende por unidade uma atividade a problematizar e agregar novas intenções normativas. Trata-se de um *continuum* que apresenta movimento e flexibilidade e não algo engessado e estático como fora outorgado pelo positivismo jurídico. A unidade se presta de forma integrativa a alcançar novas pretensões jurídicas que podem ser justapostas no enredo valorativo e dogmático do sistema sem que isso abale sua integridade. Neste sentido, PASQUALINI dispõe: “Que fique claro que o sistema ilumina, mas também é iluminado. A ordem jurídica, enquanto ordem jurídica, só se põe presente e atual no mundo da vida através da luz temporizada da hermenêutica. São os intérpretes que fazem o sistema sistematizar e, por conseguinte, o significado significar” (1999, p. 23).

A teoria heterorreflexiva não apoia a ideia que consubstancia na formação de círculo hermenêutico entre “sistema” e “problema” por conta da falta de congruência dialética entre ambos. A circularidade fica impedida de correr justamente porque o “problema” se faz representar pelo fato social e, assim, permeia o mundo ontológico, já o “sistema” corresponde à norma, que se situa no plano deontológico. Se dessa forma se processa, a resposta para ensejar o produto da teoria estaria numa separação deles a partir de divisão em duas fases.

Abrem-se parênteses para contrapor esta leitura que divide em fases o círculo hermenêutico. Em verdade, parece ser outro *apartheid* promovido pela teoria heterorreflexiva. O argumento de que são planos distintos não é suficiente para não propiciar o círculo entre “sistema” e “problema”, pois, nada impede que ontologia e deontologia possam dialogar. De fato, diante de uma proposta de sociedade aberta, tal contexto se faz necessário em razão da própria democracia, que hoje passa a ser cada vez mais exigida no plano da deliberação/participação. Porém, a teoria heterorreflexiva ainda parece estar presa às amálgamas decorrentes da ideia enraizada de democracia representativa.

Então, na primeira fase o “problema” deve ser chamado, ou seja, “vir à fala” para que se mostre à compreensão do intérprete e, igualmente, numa tentativa de ampliação do seu horizonte hermenêutico, possa também se abrir para novas compreensões. Esta fase representa a abertura cognitiva a partir do “problema” onde o fato se desvela à percepção do hermeneuta. Na segunda fase, o “sistema” deve realizar a purificação necessária para retirar do fato qualquer conteúdo subjetivo, vez que a intenção é de objetivação na tentativa de se elaborar uma sistemática normativa isenta e legítima. Esta fase representa o momento do processamento do conteúdo a lhe garantir juridicidade da compreensão. Noutras palavras, num primeiro trabalho realiza-se o desvelamento do “ser” e num segundo o “ser” é velado³¹ (CARNEIRO, 2009, p. 241).

Como a raiz da teoria está no “problema”, ele passa a ser a figura redutora de complexidades. É nele que se realiza o “jogo” da compreensão do círculo hermenêutico, na medida em que, partindo de sua análise, é possível fazer extrações a reduzir as variáveis de modo a torná-lo mais condensado.

Neste ponto, de concentração no problema, nota-se aproximação da hermenêutica heterorreflexiva com a teoria dissertada por Theodor Viehweg, cuja análise recai sob a tópica³², que se apresenta como uma técnica do pensamento orientada para o problema e cujas conclusões também giram em torno deste. A tópica fomenta recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação fática, constituindo-se em verdadeira técnica do pensar problemáticamente (VIEHWEG, 2008, pp. 33-34).

³¹ Esta relação também corresponde à circularidade hermenêutica proposta por Heidegger, onde se encontra a situação do “ser projetado” e do “ser interpretado”.

³² A tópica é formada por um catálogo de topoi, que “são pontos de vista diretivos, pontos de vista referidos ao caso, regras diretivas, lugares-comuns, argumentos materiais, enunciados empíricos, conceitos, meios de persuasão, critérios que gozam de consenso, fórmulas heurísticas, instruções para a invenção, formas argumentativas etc” (GARCÍA AMADO *apud* ATIENZA, 2006, p. 53).

O intérprete, diante desta situação, parte da sua compreensão sobre o problema (autorreflexão) para permitir abertura, ou seja, para ampliar o seu horizonte hermenêutico por meio da heterorreflexão a compreender o próximo. Como se nota, trata-se de verdadeiro juízo de alteridade.

Em linhas gerais, e aproveitando o que já fora esboçado sobre a teoria hermenêutica heterorreflexiva, esta termina por se apegar a certos contornos positivistas de análise do Direito na medida em que não se ocupa do seu processo de criação, isto é, da criação da norma-padrão. Para esta direção a teoria não converge, mas sim quanto ao momento da aplicação da lei, e neste ponto apresenta contornos pós-positivistas porque permite abertura.

Mas justamente por não cuidar do *in procedendo* da elaboração da norma-padrão acaba por aceitar certo fechamento operacional e, *a pari passu*, também aceita a dogmática nos moldes estruturados pelo positivismo jurídico.

Um dos fundamentos que ampara a teoria heterorreflexiva está no argumento da função social da doutrina, enquanto mediadora do diálogo entre Sociedade e Estado (CARNEIRO, 2009, *passim*). Em que pese tal ponderação, tal diálogo não se mostra robusto o suficiente. Não que a doutrina não tenha sua função e não consiga despertar este papel, mas porque não depende somente dela promover esta abertura dialógica, que requer outros meios mais específicos e contundentes a reforçar a construção comunicativa entre Sociedade e Estado. O diálogo da teoria termina por ser estreito – e diga-se estreito e não raso – e sem poder de abrangência necessário para abraçar a dinamicidade e complexidade de uma sociedade.

Frisa-se, não se está desmerecendo o papel que a doutrina desperta enquanto ferramenta investigativa a propiciar transformações sociais, mas é uma tarefa árdua deixar somente ao seu cargo tal atribuição. Realmente, de forma isolada, ela não tem vigor (potência comunicativa) para manter a linha dialógica em todo o seu raio de abrangência.

4.4 A interpretação do Direito Civil a partir do método jurídico axiológico: análise sob os prismas da logicidade, juridicidade, funcionalidade e da legitimação

A autonomia da vontade é fundamento direcionador e ao mesmo tempo conhecimento jurídico que se agrega ao patrimônio do Direito Civil. Indubitavelmente, a ela pertence o conteúdo do domínio emancipatório do homem. Sobre o princípio e sua significação,

O vocábulo *autonomia* vem do grego *autos* + *nomos* e significava independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias; direito de reger-se segundo leis próprias, em regime de liberdade e independência; faculdade de determinar as

próprias normas de conduta, sem imposições de outrem. Etimologicamente, *autonomia* significa o poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da própria conduta. Isto é, *autonomia* é a capacidade de governar-se com as próprias regras”. (CABRAL, 2004, p. 84, *grifo do autor*).

A autonomia da vontade deriva dessa acepção etimológica, correspondendo a certa manifestação da liberdade de cada um dentro do campo jurídico. Não se confunde com autonomia privada, ainda que ambas possam apresentar sintonia jurídica, vez que esta gira em torno do poder de criação do agente que, a partir da esfera do direito, ou ainda dentro de determinada reserva legal, tem a liberdade/faculdade de se auto revestir por normas e comandos próprios, porém subordinadas àquelas impostas pela vontade da força estatal. Ao seu turno, a autonomia da vontade afigura-se de forma subjetiva, a partir de comando cuja orientação é de ordem psicológica e denota o rumo a ser traçado e o sentido a ser atingido pela vontade do agente (AMARAL, 2006, p. 345).

Como se vê, a autonomia da vontade caracteriza-se por ser uma vontade subjetiva do agente, de modo que ele tenha o poder-direito para elaborar o desenho de sua autodeterminação; já a autonomia privada assume critérios objetivos para sua composição, onde o agente tem o poder-direito de auto-regulamentação para arquitetar as normas internas e privatistas a lhe guiar, mas respeitando limites legais. O exercício desta auto-regulamentação fica bem assentado no direito das obrigações e contratuais, enquanto que a autodeterminação é possível ser externada quando das escolhas psicossujeitivas de projetos de vida feitas pelo sujeito livremente imerso em sua vontade declaradamente emancipada, a exemplo de decisões sobre matrimônio, filhos, aquisição de bens.

Mas no que toca à autonomia da vontade, nem sempre está diluída num exercício consciente do agente, o que pode gerar problemática sobre o alcance da compreensão e de sentido na questão a ser examinada pelo intérprete.

Nesta senda, o hermeneuta está diante de situação delicada, pois envolta pelo exercício subjetivo da autonomia da vontade do agente, e a exegese empregada não pode perder de vista a segurança jurídica, mas também não pode se desatrear da justiça pretendida para a solução (e não mera decisão) do caso fático.

Assim é que a leitura do Código Civil atinge enredo que deve sopesar estes dois institutos: segurança e justiça. Não que eles sejam contraditórios, mas uma interpretação equivocada e descabida de compromisso jurídico pode acarretar no surgimento de uma “pseudo-dicotomia”. A sugestão para esta tarefa interpretativa é partir do conteúdo da norma-padrão estabelecida pela Lei Civil e o resultado (produto) pretendido correspondente à aplicação concretista que enseja a solução justa do conflito. Neste ínterim, a norma-padrão não concentra em seu bojo a determinabilidade do conteúdo jurídico mas, por ser o centro normativo

a orientar, detém a segurança que dela se espera, servindo de parâmetro à interpretação do hermeneuta.

A par deste contexto preliminar, o intérprete lança mão da valoração cabível ao caso. No entanto, a axiologia arrolada deve ser também acautelada, pois o que se pretende é direcionar uma resposta que possa adaptar-se dentro de critérios justos. Assim, a justiça que se pretende atribuir ao caso fático, eivada de valoração, também deve ser revestida de limites que possam sintonizar a interpretação em relação ao conteúdo norteador da norma-padrão, sob pena de se recair em juízo de valoração desarrazoado, seja porque desprovido de fundamento, seja porque eivado de argumento precário. Nesta esteira, a ideia que se apresenta neste trabalho para ponderar e mesmo parametrizar a avaliação axiológica sobre justiça do intérprete é aquela que se encaixa no juízo de equidade³³.

No enredo da proposta de sociedade aberta, a justiça é valor a permear constantemente as relações sociais. O senso de justiça representa sentimento indissociável da sociedade e gera no esteio o que se pode chamar de “justiça social”. É tarefa difícil estabelecer qualquer ensaio construtivista do que venha a ser justiça social, principalmente em se tratando de sociedade plural, em constante processo de mutação. O que se pode dizer é que este sentimento é decorrente de processo histórico, que leva em conta aspectos antropológicos, sociológicos, filosóficos e jurídicos. Não se objetiva aqui, portanto, estabelecer conceito ou critério fixo de mensuração, tampouco é o que se pretende, porque o que importa é o dado, ou seja, aquilo que efetivamente se construiu no bojo social e serve de matéria-prima para que o normativismo possa, mediante juízo de equidade, aproveitar e, após, balizar como conteúdo jurídico.

Trata-se de um verdadeiro trabalho de afinamento do conteúdo encontrado na sociedade sobre justiça social. A função a ser despertada gira em torno da purificação, da qual se espera refinamento calcado em consenso de justiça equânime e distributiva, que são outros desdobramentos do valor justiça. É nesta perspectiva de construção que se deve lapidar o senso comum de justiça social a colmatar o cenário jurídico, mediante atividade hermenêutica e também ação comunicativa que permeia diálogo entre a matéria-prima despejada (“dado”) pela sociedade e respectivos anseios, a atividade estatal que, enquanto agente legitimador, resta à função de elaborar a edificação normativa, e o Direito, neste ponto analisado enquanto Ciência

³³ Para John Rawls a análise da justiça está associada com a ideia do juízo de equidade. O autor pondera que a equidade consiste num método de equilíbrio reflexivo, que visa enfatizar a questão política e a estrutura básica da sociedade a partir de uma forma racional e razoável que visa gerar um consenso sobreposto. (GONDIM e RODRIGUES, 2008, p. 01). Outras considerações sobre o juízo de equidade serão observadas ainda neste tópico.

hermenêutica, a sopesar, argumentar e fundamentar o resultado estanque da construção do normativismo.

Vê-se que o ensaio se realiza entre o raio de ação dos três “Entes comunicantes”: Sociedade, Estado e Direito. À segurança cabe análise acurada, em razão de sua conservação, funcionando como um sistema de pesos e contrapesos, na medida em que o senso comum de justiça social vai se lapidando para a construção do normativismo jurídico (fruto da obra comunicativa entre Sociedade, Estado e Direito), levando-se em conta o valor que também se atribui à segurança que se espera e que necessariamente deve existir.

A proposta de sociedade aberta se perfaz mediante esta interação entre os “Entes comunicantes” (Sociedade, Estado e Direito), que mantêm relação simbiótica e de interdependência a ensejar constante diálogo. São “Entes” porque têm existência nos planos concreto e abstrato, cujas realidades circundantes lhes dão tonalidade e vida. Neste sentido, são orgânicos, dotados de dinâmica e carga energética a lhes potencializar suas ações e consequentes produtos.

A Sociedade, enquanto “Ente” eminentemente da ordem do “ser” e envolta em seu existencialismo, materializa-se no enredo da fenomenologia social; o Direito, agente agregador do conteúdo jurídico a recepcionar a norma-padrão, que fora previamente assentada e estabelecida mediante eixo comunicativo e democrático entre os “Entes”, pertence ao mundo do “dever-ser”, portanto, deontológico, do qual se espera a segurança a lapidar um conjunto sistemático de normas; já o Estado se apresenta como “Ente” legitimador, que a par das solicitações/reinvindicações sociais tem o poder-dever de autenticá-las. Representa, assim o elo comunicativo entre os “Entes” anteriores, funcionando como percurso a viabilizar o transcurso da comunicação. É revestido de natureza híbrida porque, ao mesmo tempo em que permeia o mundo ontológico, pois, representa a vontade da sociedade e o senso de “justiça social”, condensando, assim, o “espírito do povo”³⁴, também permeia o deontológico, na medida em que impinge sua autoridade a legitimar tais vontades convertidas em normas-padrão.

Justiça e segurança devem caminhar conjuntamente, uma a mensurar a outra, pois, o senso de justiça não pode ser tal a ensejar estado de instabilidade, a ponto de não se saber discernir o que é jurídico, ou a inconstância do que está resguardado ou não na norma-padrão. Também o valor a ser atribuído à segurança não pode se processar de tal maneira a recair em estrutura petrificada ou mesmo em fechamento operacional, vez que importaria retorno ao modelo positivista.

³⁴ Expressão cunhada por Friedrich Müller

Frisa-se que a tese aqui sustentada não está arrimada em caos ou teoria da desordem, mas na teoria da comunicação entre os “Entes” Sociedade, Estado e Direito e que permeia a construção do normativismo. É desta atuação comunicativa que se vislumbra o seu engajar, cuja edificação encontra resultado na norma-padrão enquanto epicentro.

Todavia, ressalta-se desde já que o normativismo corresponde a um todo interpretativo de caráter transdisciplinar, não se resumindo somente à norma-padrão edificada enquanto produto obtido. Seu tráfego é constante e dinâmico e não se limita à mera plasticidade. Assim, por normativismo³⁵ entende-se o ato contínuo a abraçar o todo, cujo início está na ação comunicativa entre os “Entes”, incidindo, daí, na própria formulação da norma-padrão e, conseqüentemente, seu raio de incidência termina por corroborar para a edificação do ordenamento como um todo. Por se tratar de conceito aberto, também se entende por normativismo a realização da atividade interpretativa do hermeneuta a sopesar e valorar a situação fática, momento em que entra em cena o juízo de equidade a corroborar com o método jurídico axiológico, cuja incumbência reside na análise e percepção dos valores circundantes no caso estanque.

[...] a lei se apresenta tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua resistência, os princípios e os valores, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição. Vale dizer, a unidade só é assegurada por obra do superior gerenciamento teleológico, patrocinado pelos princípios e valores constituintes da ordem jurídica. Vai daí que a idéia de sistema jurídico estava a reclamar conceituação mais abrangente, sob pena de se tornar ineficaz de surpreender o fenômeno jurídico em toda a sua dimensão, principalmente na esfera decisória. (PASQUALINI, 1999, p. 96).

Do exposto, para a consecução destas atividades, que se desdobram desde um aspecto mais exógeno e amplo de atuação até num plano mais concreto e estrito de aplicação, é que o normativismo utiliza-se do método jurídico axiológico, que requer a análise dos valores em ambas as situações, tanto naquela configurada pela interação dos “Entes comunicantes”, como no produto, fruto de resposta estrita a encerrar situação fática.

É nesta esteira que se depreende a construção do Código Civil, pois, assentado está numa lei (norma-padrão), mas cuja criação levou em conta a relação sintagmática entre a ação Estatal, a legitimar as convicções morais, políticas, econômicas e culturais; a atuação da

³⁵ O termo normativismo empregado não se confunde com o normativismo realiano, onde o autor estabelece classificação em normativismo jurídico e social. A bem da verdade, o normativismo aqui traçado permeia as duas esferas, na medida em que seu conteúdo reveste a norma-padrão e também quando de sua atuação a balizar o método jurídico axiológico. Neste sentido, o normativismo é jurídico, mas sem perder seu *status* existencial encontrado no imbricado enredo da fenomenologia social.

Sociedade a despejar seus valores e seu senso, ainda que comum, de justiça; e, claro, o papel ímpar da ação do Direito, enquanto Ciência a compreender, assimilar e interpretar. A filtragem fica assim estabelecida, realizada pela interação entre as esferas dos “Entes comunicantes”.

A partir deste compasso é que se compôs um Código com princípios latentes a nortear a conduta social, repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a direcionar a atuação interpretativa do hermenauta e a assentar a figura do Estado enquanto dever-poder a legitimar a aplicação da norma civilista, sem abandonar o crivo de legalidade da qual se reveste.

Todavia, há diferença entre norma-padrão e normativismo. Por enquanto falou-se apenas do *in procedendo* de elaboração da norma-padrão mediante relação dialógica a garantir a proposta de método jurídico axiológico de base comunicativa. Mas ela não represente a única fonte, ou seja, seu bojo não concentra a determinabilidade do conteúdo jurídico pois, se assim fosse, haveria retorno ao modelo positivista. O que se está a abordar é a amplitude e o alcance do normativismo. Assim, o produto da aplicação da norma-padrão, assentada na lei, ainda não inibe sua potencial atuação, vez que é de sua natureza a capacidade elástica em integrar, restringir ou estender o conteúdo da norma, portanto, de flexibilizá-la. Nos contornos esboçados, o normativismo utiliza-se do método axiológico aqui apresentado.

É errôneo ponderar que após a edificação da norma-padrão, esta se encontra estanque e plenamente pronta a produzir seus efeitos de modo operacional aos fatos. Ora, isto não é segurança, mas puro engessamento nos termos do modelo proposto pelo Estado Liberal. A segurança requerida pelo Estado Democrático de Direito definitivamente não representa este condão rígido de mera associação do fato à norma-padrão, mas sim do fato ao normativismo, e da capacidade de elasticidade que dele se extrai à hermenêutica axiológica a concretizar o resultado na situação fática.

O método jurídico axiológico se encaixa na proposta formulada pelo pensamento pós-positivista e em modelo construtivista e democrático de Estado. Mostra sua flexibilidade e constante dinâmica, além de ser capaz de permear mutações variadas a se desenrolar nos casos fáticos, atribuindo-lhes concretude de resultado a se ajustar tanto à segurança como àquela “justiça social” de base empírica e que rodeia o senso comum.

Mas dúvida pertinente pode ser levantada no que tange à aplicação do método jurídico axiológico se restringir ao campo do Direito Civil. A resposta é simples, de fato há esta restrição, mas não impedimento. Até se pode mensurar a possibilidade do método contemplar outras áreas do Direito, todavia, sua pertinência encontra cadência para aplicação mais acomodada ao Direito Civil.

Tal se explica porque invariavelmente é o ramo do Direito das relações privadas, e esta característica lhe é peculiar e não pode ser rechaçada. Indubitavelmente, é no Direito Civil que a autonomia da vontade está estacionada, nele encontrando sua raiz para produzir seus efeitos jurídicos. Assim, as relações privadas têm sua simbologia representada no Código Civil, cujo teor normativo está arrimado não em comando de ordem eminentemente política ou estatal, mas em comandos que permeiam a ordem ontológica intrínseca à autonomia do “ser”. O Direito Civil é o mundo (*Dasein*) que representa o “ser-aí” no Direito, é o ramo a incitar esta autonomia da vontade, mais do que os outros conteúdos jurídicos.

Além disso, é o campo onde melhor se atravessa ou se faz realizar a proposta de método aqui lançada, pois, da análise da construção do normativismo do Direito Civil é latente a percepção da atuação dos três “Entes comunicantes”, que assim se desenvolve: o “ser-aí” social imerso no espaço plural, mas de interesses privados calcados na autonomia do agente; a legitimação Estatal, a revestir de legalidade os atos intencionados dos particulares; e o Direito, que se presta a análise interpretativa e termina por fazer o arremate comunicativo quando da aplicação concretista ao caso fático. Desse resultado, tem-se o normativismo embasado pela metodologia jurídica axiológica.

Mas ao se abordar os valores sociais esparsos na sociedade aberta, faz-se ainda necessária a filtragem antes levantada e, para tal, chama-se agora o juízo de equidade e sua análise preliminar para alcançar este desiderato. Tal análise leva em conta a apreciação do juízo de valor, que diz respeito às convicções pessoais, morais e éticas do intérprete, no que tange os valores construídos durante sua existência e experiência de vida.

[...] as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica ou valorativa resulta a *imperatividade* da via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma decisão, arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado, o poder que decide. A característica da *imperatividade* do Direito como de todas as normas éticas, – embora tenha sido e continue sendo contestada, – parece-nos essencial a uma compreensão realística da experiência jurídica ou moral. (REALE, 2009, p. 33, *grifo do autor*).

A interpretação do Direito Civil pode até ser exercida de modo imperativo, porém a construção valorativa do pensamento do hermenêuta deve estar arrimada nos reflexos que podem surgir para os particulares interessados, sem perder de vista os efeitos que também podem gerar no meio social, seja no aspecto econômico ou político de sociedade aberta. O juízo equitativo procura realçar a valoração incidente, mas também a realidade fenomênica exposta.

O intérprete, neste sentido, guia seu pensamento jurídico de modo razoável a preencher sua interpretação de conteúdo axiológico e, assim, aproximando-a aos parâmetros de justiça.

Ainda neste ritmo que desencadeia o processo interpretativo, os “parâmetros” para a ponderação, tanto da segurança jurídica como da justiça, devem estar alinhavados com os princípios e valores edificados na sociedade e abraçados pelo Direito, como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade e, no caso do Direito Civil, aos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Cria-se, assim, compromisso em gerar ato interpretativo aproximado do fator humano e com maior potencialidade para se coadunar com a inevitável mutabilidade da dinâmica das relações sociais.

Como se depreende, o pensamento pós-positivista de interpretação do Direito não é desprovido de critérios hermenêuticos. À ideia de flexibilidade ofertada por esta corrente não importa dizer que a abertura interpretativa é ilimitada ou carente de parâmetros. Tal compreensão é equivocada, pois, o próprio pós-positivismo encontra respaldo na dedução do positivismo jurídico quando da análise interpretativa dos casos.

Uma das críticas que se faz neste trabalho reside no fechamento operacional proposto pelo positivismo jurídico, que não leva em conta a matéria-prima dos valores sociais para a edificação da norma-padrão. A leitura da corrente é distorcida e acarreta na falsa ideia de que a unicidade metodológica corresponde à forma “segura” de aplicação do Direito mediante critério de subsunção da lei ao fato social.

[...] qualquer processo de aplicação do direito é concebido como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere. As normas jurídicas a serem aplicadas são entendidas em uma hierarquia auto-existente e auto-evidente, independentemente da situação concreta. [...] Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. O pensamento sistemático preocupa-se em aferrar-se a verdades preestabelecidas. Elegeu como modelo a estrutura dedutiva da matemática. Proporcionar um sistema completo de demonstrações por meio de conceitos básicos irrefutáveis. (GALUPPO, *on line*, p. 04)

É preciso destacar a inserção da fundamentalidade do Direito Civil em garantir ao homem a sua posição de sujeito autônomo e não enxergar na norma a fonte exclusiva do conhecimento jurídico a ser aplicada de modo imperativo aos conflitos sociais pois, em verdade, a pessoa humana, sua autonomia e liberdade, embalados pelo espírito comunicativo, correspondem à substância valorativa e realística que deve nortear o conteúdo da Lei e pautar a ação do hermeneuta em seu ato interpretativo. O juízo de equidade, nesse sentido, é imprescindível.

Ponto importante é a distinção entre o juízo de equidade e o método jurídico axiológico, que não é, necessariamente, de ordem material, mas operacional. Ao realizar o juízo valorativo, a equidade estaciona-se no plano teórico substancial. Permeia o mundo ideológico ao avaliar a justiça (a busca pela justiça) em seus diversos contornos, mas sem o dever de se chegar a resultado *in* concreto, mesmo porque seu compromisso é com a análise da justiça abstratamente considerada³⁶.

Já o método jurídico axiológico não se debruça sobre a justiça – não no plano teórico – vez que este papel já é desempenhado pelo senso equitativo. O método é de ordem prático-operacional. Pega emprestado os contornos de justiça teorizados e balizados pela equidade para adequá-los e executá-los no plano fático e, assim, materializar os valores sociais incidentes a serem aplicados ao caso. Para atingir esta funcionalidade, faz uso de outro juízo, o de realidade, isto é, a realidade exposta ao hermeneuta e como ela se apresenta diante do contexto social, político ou econômico em que se desenrola. O arremate se processa quando o método faz a conjugação que ajusta os juízos de valor e de realidade (juízos de adequação), ponderando interpretação e aplicação dadas ao caso concreto.

O método tem base empírica, pois, parte da observação fática da realidade fenomênica exposta ao intérprete, mas sem perder de vista a faceta racional a sopesar os valores balizados pela equidade e que deverão ser operacionalizados ao enredo factual, a fim de se chegar a resultado justo, mas também seguro. Ora, o foco principal do método é alcançar a segurança, vez que a justiça já fora balizada previamente pela equidade. Assim, o intérprete, ao analisar a realidade que se lhe apresenta, não pode perder de vista o conteúdo da norma-padrão, isto é, da segurança intrínseca que se espera da lei, o que não significa dizer que a norma não possa ser ajustada à situação factual mediante interpretação.

Ao seu tempo, o juízo de equidade é puramente racional, baliza-se por interpretação fundada na razão humana, porém não necessariamente numa razão prática. O critério segurança não é observado por ele ou, ao menos, não é seu foco de ponderação principal. Nesse sentido, o juízo de equidade é um critério a sopesar valores que irão compor a justiça, isto é, “fazer a coisa certa”. Mas, se dessa análise sai resultado jurídico ou não, disto ele não se ocupa, pois aí é que entra em cena o método jurídico axiológico, que fará o recorte interpretativo dos valores mensurados pela equidade a fim de afiná-los a resultado de ordem prática e operacional aplicados ao caso concreto. Contudo, para atingir este desiderato, requer o auxílio do juízo de realidade do intérprete, porque só através dele será possível tal recorte, pelo qual se tentará

³⁶ Neste sentido Michael J. Sandel *in* *Justiça: o que é fazer a coisa certa*.

realizar a devida convergência entre justiça e segurança, isto é, do que permeia o justo, mas também o jurídico. Ora, nem sempre justiça e direito convergem no mesmo sentido. Ao método jurídico axiológico incumbe-se esta tarefa, agasalhar os valores reunidos para compor a justiça apresentada pela situação fática e aprumá-los em sentido convergente ao universo normativo do Direito.

A interpretação do operador deve se ajustar a esta ideia de sujeito de direito, sobretudo vulnerável em face da velocidade da pós-modernidade e pela presença do Estado dirigente, ainda perseverante na sistemática de aplicação do direito. O método jurídico axiológico propõe a utilização da equidade enquanto juízo balizador da justiça a ser pautada pelo Estado interventor aos casos concretos. Esta seria uma maneira humana de aplicação do direito às relações privadas, respaldando e preservando a autonomia do sujeito.

A pertinência da valorização da autonomia da vontade no Direito Privado entra em cena no sentido de que a matéria com a qual o Direito se envolve (trabalha) é o fator humano; o homem engendrado no complexo enredo de seu existencialismo, e o produto a ser ofertado desta relação deve se coadunar com suas expectativas. Neste sentido Galuppo:

Ao contrário do pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas (*correção normativa*) àquele caso. Essa posição caracteriza o pensamento problemático, que não exclui de seu método a ideia de sistema, mas que o concebe como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador. (*on line*, p. 06, *grifo nosso*).

A leitura pós-positivista valora o caso particular, mas não pretende estabelecer uma técnica específica (método) a se seguir, pois isto acarretaria num enraizamento metodológico de aplicação do Direito. Do mesmo modo, descaracteriza a ideia de que o Direito é resultado de estatuto científico puro porque sua base está calcada não num mero conteúdo legalista, mas em fenomenologia social, ou seja, no que concerne à autonomia presente no existencialismo humano.

O existencialismo é ente ontológico, é o “ser-aí” do homem contraído em sua particularidade e individualidade. A existência materializa-se nos arranjos e projetos de vida do agente autônomo, devidamente emancipado e prospecto a lançar suas vontades e intenções biopsíquicas. O exercício da existência provoca resultados e o enredo se torna complexo a formar verdadeira fenomenologia social, de modo que a ações humanas e os papéis sociais³⁷

³⁷ Neste sentido Talcott Parsons.

desempenhados dialogam e os atores, neste intenso compasso comunicativo, realizam interações a embalar esta dinâmica.

No que tange à metodologia a ser empregada, esta deve constituir-se a partir da apreciação do fato, portanto impregnada por valores que permeiam a sociedade aberta. Noutros termos, “não há um método preestabelecido que sirva ao direito para a solução dos conflitos humanos, mas cada caso cria seu próprio método. Ou seja, os métodos jurídicos devem ser dialéticos, particularizados, erguidos e sustentados” (GONTIJO, 2011, p. 66)³⁸.

A teoria antipositivista apresentada não pretende chegar ao limite de um, por assim dizer, desconstrutivismo jurídico. Procura-se tão-somente, *flexibilizar a rigidez dos métodos de conhecimento e a aplicação do direito*, a fim de trazer maior aproximação deste com as pelejas humanas. Busca-se, pois, particularizar a aplicação dos métodos jurídicos e mantê-los atentos às possíveis exigências peculiares de cada caso. (GONTIJO, 2011, p. 129, *grifo nosso*)³⁹.

É importante trazer à baila, ainda que de maneira incipiente, a discussão sobre a necessidade de se atribuir ao Direito uma natureza cientificista, como vem sendo pregado (dogmatizado) pelo positivismo jurídico do Estado liberal e fomentado pela corrente contratualista. Não se pretende aqui afirmar a ideia de que o Direito não assuma *status* científico, mas sim de arrazoar sobre o modo como vem sendo empreendida esta qualificação por meio da metodologia positivista, ao equalizá-lo às ciências exatas e ao unilateralizá-lo ao método dedutivo (subsunção) de análise.

A autonomia da vontade realizável no produto da atividade humana não pode estar adstrita a uma única metodologia, pois não se está lidando com algo consistente, ou com alguma verdade humana absoluta e universalmente aplicada indistintamente. A inconsistência da natureza do homem, de suas ações, vontades e aspirações autônomas⁴⁰ ultrapassa o dogma de que a lei seja a fonte de respostas e o que esteja fora de seu raio normativo não possa ser resguardado porque não é jurídico ou permitido. O conhecimento que leva ao conteúdo jurídico deve ser aberto para novas propostas de se refletir o Direito (pluralidade de metodologias, sem necessidade de se fixar qual deva ser empregada), e neste sentido ganha ares de Ciência, na medida em que sua reflexão ilumina novos caminhos e percepções de análises.

³⁸ O autor apresenta proposta de método jurídico aberto, destacando dentre eles o pensamento dialético (p. 111).

³⁹ Para atingir este fim multifacetado interpretativo, Gontijo utiliza-se da Hermenêutica e seu denso campo de possibilidades (p. 129).

⁴⁰ Esta inconsistência ganha projeção na dinâmica das relações privadas na medida em que se lida com a autonomia da vontade do homem. Autonomia esta concernente ao seu grau de consciência, portanto, quanto à sua percepção na condição de sujeito cognoscente.

Ocorre que a unicidade metodológica imunizada pelo positivismo jurídico intenta condicionar a atividade humana, estandardizando comportamentos segundo parâmetros de legalidade (im)posta pela vontade do legislador. Sobre o assunto, Eros Roberto Grau assevera que

[...] como sujeito e objeto encontram-se em relação de funcionalidade recíproca e a matéria – isto é, o conjunto das relações do homem social com a natureza – é uma variável independente da consciência humana, as relações sociais são objetivas, estando fora do sujeito que pode pensá-las; mas a atividade sensível e prática (consciente) dos homens modifica as circunstâncias e o estado dado das relações entre a humanidade e a natureza. A atividade humana, pois, modifica as relações sociais. Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. [...] O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona o direito posto (positivo). Mas o *direito posto* transforma sua (dele) própria base. (1996, p. 44, grifo do autor).

Como se nota, o fator humano é imprescindível para a construção do conhecimento jurídico, conteúdo este que não precisa ser estático, uma vez que se está a lidar com direitos inerentes ao homem e que estão amarrados ao exercício da autonomia da vontade. O enredo do conteúdo jurídico privado, no que toca a sua (re)interpretação, surtiu efeitos no Código Civil de 2002, erigido sob a nova perspectiva paradigmática da repersonalização e de realização consciente da autonomia, que em verdade contempla esta tendência humanística de valorizar o “ser” em relação a axiologia interpretativa do Direito.

O direito privado, especialmente o direito civil, atravessou os tempos sob o signo da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão (1804) e incorporadas pelas codificações do século XIX, repercutiram sobre o Código Civil de 1916. A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado [...] A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios de ordem pública* [...] A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização* do direito privado. (BARROSO, 2010, p. 59, grifo do autor).

A publicização acentuada pelo autor reflete a mudança de paradigma que denotou na doutrina pós-positivista aplicada à autonomia da vontade no Direito Civil. Um Direito que sem perder de vista o foco singular e particularizado, mas atinente ao juízo de adequabilidade que deve sofrer em razão do intervencionismo estatal, quando necessário.

É no plano jurídico interpretativo que esta abordagem ganha maior dimensão valorativa; todavia é importante destacar que a perspectiva pós-positivista que ampara o Direito Civil não

tem o condão de desvirtuar a natureza autônoma da Lei Civilista, calcada em principiologia e conjunto normativo que lhes são inerentes. Em verdade, a ponderação valorativa deve ser prudente, respeitando os limites de segurança e de justiça já pautados, assim como de razoabilidade, pois é inegável o fato de que o Código Civil é a Lei (produto) mais importante do conteúdo jurídico privado. Mais importante não por conta de critério hierárquico (pois este foco é antagônico com a proposta desta discussão), mas porque é a Lei privada de maior operabilidade às relações sociais, capaz de aplicar o direito e o exercício da autonomia da vontade em situações diversificadas, disciplinando os direitos da pessoa, de sua existência; regulando contratos e relações patrimoniais; dispondo sobre família e sucessões e direitos correlatos.

Sobre a ideia de constitucionalização do direito civil, pertinente o apontamento de César Fiuza:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm de ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Esse é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel que continua a exercer. É no Código Civil que se encontram as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros (2008, p. 66).

O que se apoia é a ideia de se estabelecer uma concordância no plano prático que permita uma aproximação (diálogo) tanto dos comandos normativos como da interpretação valorativa destes comandos a parâmetros constitucionais, humanísticos, de justiça, igualdade (equilíbrio) e de dignidade das relações privadas.

A Hermenêutica Jurídica é de salutar importância para compor a abordagem da repersonalização do Direito Civil, pois permite abertura interpretativa para que outras fontes, a exemplo da linguagem, possam estabelecer a relação dialógica pós-positivista. O olhar hermenêutico enseja a aproximação dos conteúdos dos diplomas legais, possibilita a

flexibilização quando da aplicação dos princípios⁴¹ e a ponderação de valores dentro de critérios de razoabilidade/proporcionalidade.

Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta (MAXIMILIANO, 2009, p. 08).

O ato interpretativo deve caminhar em consonância com a peculiar axiologia social dos direitos, sem perder de vista a autonomia normativa da Lei Civil enquanto norma que regula comportamentos sociais privados e enquanto Lei de caráter ímpar positivada no ordenamento pátrio.

A construção do normativismo que permeia o Direito Civil encontra respaldo no método jurídico axiológico. A tradução se faz, como dito, da análise da interação e mesmo interdependência entre os “Entes comunicantes” Sociedade, Estado e Direito e vai além, pois não se restringe a norma-padrão formulada, mas dela também parte enquanto diretriz para continuar a incidir, só que sob outro prisma de exegese mais singularizada, quando da mensuração dos juízos de valor e de realidade a fim de aplicar tal norma ao caso, de modo a ajustá-la ou readequá-la, de sorte a alcançar a esperada concretude e operabilidade que se almeja do Direito Civil.

Pode-se afirmar que o método jurídico axiológico encontra arrimo sob o prisma da logicidade porque ascende para a proposta que fomenta o debate a partir do diálogo entre os “Entes comunicantes”. Assim, além de reavivar a retórica e a dialética, propõe raciocínio jurídico baseado no estudo do discurso atrelado e afinado ao caso fático, bem como na composição do uso dos juízos de valor e de realidade. Trata-se de técnica lógica a promover o convencimento e a adesão, em razão do substrato analítico que comporta e da adequação operacional que intenta promover.

A logicidade aqui empreendida para arrimar o método ora sustentado não corresponde à lógica formal, vez que esta parte da inferência da premissa maior com a menor para se chegar

⁴¹ Frisa-se que não se trata de flexibilização do conteúdo dos princípios, pois, neste aspecto, são imutáveis; mas sim de flexibilização do raio de incidência dos princípios às situações concretas.

à conclusão lógico-dedutiva, nos moldes de um silogismo. Esta realmente não é a sustentação lógica que se visa alcançar para justificar o método axiológico.

A lógica que se defende está vinculada à ideia de Direito que constantemente se adapta às novas realidades, aos anseios sociais. Foge-se, então, do modelo positivista outrora implantado e que pregava a exclusão de qualquer elemento que pudesse trazer subjetividade à aplicação do Direito, sem qualquer mensuração ou juízo de adequação. Ao contrário, os valores sociais necessariamente devem ser considerados, vez que não se propõe unicidade metodológica, mas sim método que, ao levar em conta os critérios justiça e segurança, intenta compreender a variabilidade social e o produto/resultado que se espera colher quando da aplicação do direito interpretado.

A mensuração lógica permeia os juízos de valor e de realidade, donde se extrai o subjetivismo necessário para dar suporte ao resultado. Claro que, desta mensuração, não se descarta o fator objetivo de apreciação que está contido no teor da norma-padrão objetivamente formulada e contextualizada mediante interação dos “Entes comunicantes”. A parte destinada ao critério subjetivo localiza-se em outro momento, quando da aplicação e, daí, por meio da conjugação dos juízos (valor e realidade) a serem inseridos para sopesar o normativismo jurídico a incidir sobre o caso *in concreto*.

Como se nota, o normativismo é um pensamento simplificado, que nada mais é do que a mera conjugação do conteúdo da norma-padrão, mais o emprego dos juízos de adequação, aqui chamados de valor e de realidade.

Todavia, ao se aceitar que a adequação faça parte do processo de aplicação da lei, surge a questão de saber se seu conteúdo é inteiramente subjetivo por expressar vontades meramente românticas e impulsivas, ou se há alguma lógica que o coordene? No que tange este questionamento, o que se pode sustentar é que o método jurídico axiológico, ao envolver os juízos de valor e de realidade, recorre à técnica da argumentação que intenta persuadir o auditório receptor. Não há a necessidade de uma lógica estruturada e formal a ser embutida nos juízos de tal modo a lhes guiar ou servir de parâmetro, mas da aplicação deles decorre necessariamente a discussão e ponderação de um misto de valores e de senso de realidade que os rodeiam. E, após estudo aprofundado do caso fático e de sopesar de forma razoável as opiniões controvertidas, a deliberação que se extrai parte do argumento e do contra-argumento (PERELMAN, 2000, p. 138).

A formulação do argumento ganha enredo através da discussão e da dinâmica dialética que ela promove. O argumento a formar o juízo mensurador aufere roupagem que vai depender da retórica acostada ao discurso e, claro, ao seu poder de convencimento. É a partir desta

cadência que nascem os juízos de adequação, racionalmente considerados e que se mostram apropriados para a solução dos problemas práticos. Outra ponderação sobre a formulação dos juízos é que eles não partem de premissas envolvidas numa lógica dedutiva (silogismo jurídico) logo, não lidam com verdades absolutas, mas com situações e opiniões controvertidas. O argumento é a premissa problematizadora e seu respectivo conteúdo balizador é a verdade devidamente fundamentada com a qual os juízos trabalham. É nesta dinâmica dialética que vem à baila a teoria Tópica de Theodor Viehweg. Ao colocar o problema em destaque, passa a pensar problematicamente e não sistematicamente. A retórica, assim, busca um “trabalho resultante de uma grande contraposição de movimentos prós e contras, em embate em si; ao passo que, do reflexo tem decorrido a reflexão” (VIEHWEG, 2008, p. 34).

Para o autor, esta leitura só pode ser compreendida “dentro do marco de uma espiritualidade retórica. [...] No âmbito dos problemas literários os topoi significam pontos de vista diretivos que retornam, continuamente, em temas estabelecidos [...]. Eles não se limitam apenas a traduzir uma particular compreensão da vida e da arte, mas contribuem para construí-la” (VIEHWEG, 2008, p. 39).

O método jurídico axiológico utiliza-se da técnica dos juízos de adequação, que ao seu turno leva em conta o fato social. Este, por mais transparente que seja ou passa parecer, há de ter pontos de vista diferentes, a depender do contexto em que se apresenta. Assim, sob o prisma da logicidade, a interpretação do fato é que levará ao argumento, cujo produto corresponde aos juízos de adequação a serem aplicados à situação concreta. A carga energética empregada para a formação destes subjaz o argumento e precisa necessariamente estar afinada à realidade com a qual pretendem se contextualizar. A lógica está justamente no raciocínio dialético, onde argumentação e controvérsia caminham juntas, mas que são necessárias para a formação crítica do pensamento valorativo e do senso de realidade do intérprete, cuja composição está suscetível à refutação e à justificação enquanto premissas indispensáveis ao raciocínio. Nesta linha de pensamento os juízos de adequação funcionam como os topoi, pois, concentram-se no fato de “servir à discussão dos problemas”. Os juízos, assim com os topoi, procuram “encontrar cada vez mais novas informações para se fazer tentativas de resolver o problema”. Prestam-se como auxílio e “recebem em torno de si o próprio sentido do problema [...]. Eles devem ser entendidos funcionalmente, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento” (2008, pp. 39-40).

Como se nota, a essência do método jurídico axiológico não se agarra em verdades, mas em valores problematizados em determinada situação. E, neste aspecto, se alia ao pensamento de Viehweg e de Perelman, para o qual a preocupação não está em assentar nenhuma verdade,

pois, este, não é o propósito, mas sim em promover a adesão porque importa em promover também o convencimento do discurso quando de sua submissão ao auditório receptor. Quanto maior a adesão, mais consistente é o argumento valorativo a embasar os juízos de adequação. (PERELMAN, 2000, p. 144). Ou ainda, quanto maior a adesão importa dizer que a tópica balizada mostrou-se adequada para a solução do caso. Não se trata de uma lógica formal porque o pensamento pautou-se pela tópica. Tampouco significa dizer que os juízos de adequação não suportam uma lógica em si; do contrário, apresentam uma logicidade, porém não dedutiva, mas problematizada.

Destarte, o método jurídico axiológico ante uma sociedade aberta, onde reina o senso comum (lugares-comuns) e cujos valores são plurais e mutáveis, a exemplo da vaga noção de segurança e justiça, deve considerar e balancear os valores de acordo com a situação concreta, analisando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida. Assim é que a eficácia do método leva em consideração o conjunto de valores permeados a balizar a interpretação para determinada situação estanque, mas também deve ater-se à eficácia da argumentação e sua correspondente capacidade de influenciar e persuadir. O método vai trabalhar com os argumentos isoladamente, mas também inseridos no todo do discurso a fim de se conjugar os valores parametrizados (PERELMAN, 2000, p. 180).

No plano prático operacional, a lógica da proposta do método axiológico manifesta-se diante do raciocínio jurídico aplicado ao processo judiciário, de tal modo que deva fazer compreender por aqueles que irão se submeter à sentença as razões que embasaram a decisão final do magistrado, demonstrando não haver arbitrariedade, mas justeza e segurança.

Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar a quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de, ‘maldizer os juízes’. Ela é o que ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não se colocar novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisa-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras.
[...] A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial.” (PERELMAN, 2000, pp. 210-211, *grifo do autor*).

Ora, o afastamento da aplicação pura do positivismo ensejou abertura para a incidência dos valores; tornou-se imprescindível que o magistrado recorra às técnicas argumentativas para volver suas decisões de justiça aceitáveis. O juiz necessita fundamentá-las para convencer. E

tal convencimento não gira em torno somente do interesse das partes, mas também dos juristas e, principalmente, do crivo de aceitação da sociedade.

O método ora lançado não afasta a norma, entendida enquanto padrão e devidamente emanada por processo legislativo a lhe legitimar num ambiente de Estado Democrático, porém, passível de ser conciliada aos valores e à realidade predominantes na sociedade aberta. Nesse diapasão,

A justiça foi chamada a um protagonismo ímpar neste início de século. Todas as questões – sejam elas políticas, familiares, sociais, econômicas, culturais, históricas, psicológicas – seja o que for! chegam aos tribunais. O juiz precisa ter consciência de que sua decisão repercutirá no meio social e ele necessita ter noção precisa dessas consequências, por isso é que a sensibilidade para avaliar as consequências da decisão, o conhecimento da realidade e o amor ao estudo constituem as faces do compromisso ético do juiz brasileiro. (NALINI, 2008, p. 405).

Com efeito, se da aplicação do direito ao caso fático acarreta numa solução que causa sentimento de repulsa social, porque recebida de forma injusta pela sociedade, certamente esta aplicação foi empregada pela formulação de valores destoantes para aquele caso, de tal modo a ferir valores outros de envergadura ou raio de indecência maiores e que, incontestavelmente, permeiam o campo do Direito.

Também, neste sentido Perelman:

De fato, se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário, em tal perspectiva, que o juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões. (2000, p. 200).

Como se vê, a logicidade não se limita à norma-padrão instrumentalizada na lei. A orientação do magistrado por ela passa, mas o normativismo – que não se confunde com o teor jurídico concentrado da norma-padrão – vai além e perpassa o postulado legal porque enquanto normativismo, que é o conhecimento jurídico em sentido amplo e sob várias acepções, inexistente monopólio legislativo. Neste passo, leva-se em conta a *voluntas legislatoris* criadora da norma-padrão, mas a ela não se prende e nem se pode deixar prender. Corroborando para este entendimento, o fato de que a vontade do legislador impressa na norma-padrão de outrora pode não ser mais a *voluntas* atual, fruto não só da ação temporal que enseja a natural reciclagem legislativa, mas também decorrente da mutação dos valores e da realidade social e que, invariavelmente, nos contornos da proposta de sociedade aberta, terminam por afetar e influenciar a vontade do legislador.

Ora, a lógica jurídica necessariamente leva o jurista a fazer adequação do pensamento ao contexto construído pela ideologia dominante, vez que as considerações teóricas não podem ser dissociadas das consequências práticas. Seria contrária à natureza da lógica jurídica qualquer decisão desinteressada do contexto social e político, decisão que, apesar de inserida, está desvirtuada pela falta de coerência e cujos efeitos, além de contraditórios, podem ser perversos na medida em que comprometem a realidade vivenciada e violam valores sensíveis à sociedade. Noutros termos, o intérprete, em sua análise, deve ater-se para o fato de que “o domínio do problema exige, de outra parte, flexibilidade e capacidade de expansão. [...] O repertório é, de fato, flexível. Ele pode ser acrescentado ou reduzido” (VIEHWEG, 2008, p. 43) a fim de atingir novas possibilidades de compreensão jurídica.

A juridicidade do método axiológico é constatada em duas fases. Numa primeira fase, quando do processo de elaboração da norma-padrão, fase em que, mesmo antes da operacionalização do método, requer preparo prévio para a possibilidade e plausibilidade de sua aplicação. Assim é que, faz-se necessário a conjugação de conhecimentos plurais a partir do enredo de sociedade aberta fomentada pelo diálogo entre os “Entes comunicantes” Sociedade, Estado e Direito.

A juridicidade é realizável na medida em que enseja o espaço de discussão, a fomentar deliberação nos moldes de uma verdadeira democracia participativa, onde a sociedade é convidada a agir de maneira ativa, colaborando para a formação do discurso jurídico e interferindo nos processos de decisão. O princípio democrático aqui embutido desperta outros a contribuir com a juridicidade que se espera, a exemplo da liberdade de expressão e de manifestação de ideias; também a isonomia, numa acepção material, a sustentar a igualdade das propostas e das ponderações. Destarte, trata-se de ambiente plural onde os anseios sociais, ainda que revestidos de senso comum, dão vazão à dialética racional. De outro modo, a experiência colhida é salutar e enriquecedora, vez que só tende a se aperfeiçoar e corroborar na edificação de normas cada vez mais democráticas e envoltas pela nobre sensação de participação, mediante efetiva inserção dos cidadãos no cenário político decisório. Noutros termos, trata-se de autêntico espírito democrático que, por meio de consulta à população interessada, sinaliza para o pleno exercício de uma soberania cidadã.

Pertinente o questionamento neste momento sobre como poderia se processar o diálogo entre os “Entes comunicantes”? Tal processamento se dá por meio do enfrentamento do conceito de democracia deliberativa, mediante efetiva participação dos atores sociais interessados. O Estado assume posição ímpar, verdadeira exigência funcional neste contexto enquanto “Ente” a apoiar, mas principalmente a legitimar o diálogo. Assim, a comunicação e

sua correspondente eficácia podem ser realizadas a partir da formação de conselhos de direitos afins, câmaras de debates sobre temas específicos, comissões especializadas, bem como audiências públicas, grupos de discussão, cursos e palestras. Várias são os mecanismos de incitar e fomentar veementemente o enlace participativo da sociedade.

O Estado tem o poder-dever de cumprir este papel; convocar a sociedade a dialogar e trazê-la ao senso crítico do debate democrático fazem parte de seu dever funcional. Isso é avivar a democracia, que parece existir somente no plano da representatividade. Várias razões podem explicar esta incompletude democrática, seja por conta do desinteresse social, falta de conscientização política, complacência ou comodidade, seja porque assim o próprio Estado prefere. De fato, não importa! A inércia Estatal enfraquece a democracia nacional naquilo que ela tem de mais pujante, a inserção da sociedade no cenário político, nas discussões de temas e deliberações de assuntos. Sendo precária neste plano participativo, a verdade é que falta à democracia brasileira trazer à baila suas razões e fundamentos, falta-lhe fazer o autoquestionamento de “quem é o povo”⁴²

A proposta de sociedade aberta caminha em sintonia com a democracia participativa porque é nela que se realiza. Não se trata de considerar a sociedade isoladamente, mas os interesses da sociedade em comunicação com o universo do Direito e daquilo que ele pode ofertar enquanto produto realizável e democrático. Do enlace comunicativo que faz com o Estado, verdadeiro agente legitimador que busca atingir os interesses sociais porque visa o bem estar dos governados. O diálogo entre os “Entes comunicantes” se perfaz, assim, numa democracia em espiral, isto é, constante em sua comunicação, contínua em seus objetivos, dinâmica em acompanhar o embalo social e construtivista em amparar projetos de vidas variados e distintos.

Ainda sob a juridicidade, ressalta-se que o diálogo promovido pelos “Entes comunicantes” não se confunde com a teoria realiana de tridimensionalidade do Direito, vez que, apesar de permear uma construção normativa mediante movimento centrípeto, ou seja, do fato social valorado e sua conseqüente inserção no ordenamento jurídico, este processamento termina por recair no domínio do universo jurídico, provocando verdadeiro fechamento operacional. Ademais, a produção do conteúdo jurídico é obtusa porque se alicerça tão-somente no fator social, sem levar em conta a contribuição dialógica que poderia ser dada pelo Estado. Também apresenta visão limitada do Direito, porque o enxerga como um singelo conjunto normativo estático, pré-disposto a ser aprisionado por fatos sociais valorados.

⁴² Para Friedrich Müller este é questionamento fundamental da democracia.

Mas numa segunda fase, a juridicidade vai de encontro à interpretação quando da aplicação da norma. Assim, na tentativa de lhe determinar operabilidade, o hermeneuta, ao lançar o seu olhar sobre a norma-padrão, pode restringi-la, ampliá-la ou ainda praticar atividade integrativa, e mesmo analógica, desde que em nenhuma dessas possibilidades venha a perder o foco epistemológico da norma-padrão, de modo a descaracterizá-la do sentido para o qual foi criada. Com efeito, a ato interpretativo requer racionalidade jurídica, justamente para que o normativismo apresentado pelo exegeta (produto de sua interpretação) não descambe da juridicidade que se faz imperiosa. Ora, o universo do Direito é amplo e denso, mas perder sua juridicidade é abandonar sua originalidade, é pecar pela ausência dos fundamentos e critérios jurídicos mais sensíveis ao Direito.

Sob o prisma da funcionalidade, o método jurídico axiológico apresenta função política, que num primeiro plano se processa de forma imediata, cuja atividade implica em promover leitura mais democrática do Direito, chamando os interessados, por meio da participação compartilhada do processo de elaboração das normas. Noutros termos, como o método trabalha com a mensuração dos valores espalhados na sociedade, esta necessariamente é convidada a participar do cenário deliberativo que ponderará sobre os valores dominantes e que causam maior impacto e repercussão social. Trata-se de efetiva inclusão no panorama político e jurídico.

A função do método reside, principalmente, no fortalecimento deste espaço democrático de confecção do Direito que resulta na norma-padrão a preencher a lei, o que importa em intervenção direta dos cidadãos nos procedimentos de tomada de decisões e de controle do exercício do Poder. No plano imediato, o método desperta função política concretizadora, de modo a ensejar maior operabilidade quando da aplicação da norma, vez que para sua aplicação há de se fazer nova releitura valorativa que se coadune com as peculiaridades do caso concreto. Assim, num segundo momento, a funcionalidade do método reside na aproximação entre Direito e realidade social (juízo de realidade).

De outra banda, destaca-se a função jurídica, vez que trabalha com valores. Estes são dotados de baixa densidade normativa, justamente porque contém elevado grau de abstração, mas que, invariavelmente, em maior ou menor intensidade terminam por “contaminar” todo o tecido jurídico; afinal, da análise de qualquer norma, ainda que seja uma regra específica, não há como não extrair dela conteúdo agregado ao conhecimento axiológico. Essa função jurídica é relevante na medida em que se nota o quão enriquecedor se torna a construção de normas calcadas em valores sociais, sejam de ordem ética ou moral, mas ainda assim valores.

A função pedagógica do método se faz premente também, porque abre espaço para o cenário democrático de elaboração e realização do Direito, o que implica em processo enriquecedor e de constante aprendizagem na interação que deve ser estabelecida entre os “Entes comunicantes”: Sociedade, Estado e Direito. Isto quer dizer que se está diante de comunicação ascendente, pois, a cada fase aumenta-se a interação. A relação de compreensão das necessidades e de possibilidades requeridas tende a se estreitar, facilitando o eixo dialógico que deve ser mantido entre eles.

Isto favorece não só a abertura do diálogo, mas também a constante conexão que ele viabiliza, pois impede a criação de vazios ou lacunas que possam existir entre os contextos internos de cada um dos “Entes”. A interação na comunicação é elemento ímpar para se estabelecer o entendimento de vontades lidas em consonância com as possibilidades das solicitações mais pontuais e requeridas. Sob o ponto de vista pedagógico, a continuidade deste diálogo requer debates e tende a se aperfeiçoar, auxiliando e acelerando, assim, o processo de aprendizagem e de conscientização dos contornos de uma democracia deliberativa.

Por fim, sob o prisma da legitimação, o método não poderia ser mais conveniente porque realiza estreita aproximação entre os interesses do Estado e da Sociedade. Noutros termos, o Direito que passa a ser elaborado já nasce revestido pelos dois “Entes” capazes de legitimá-lo; o Estado, figura detentora do Poder e legitimador institucionalizado, e a Sociedade, legitimadora axiológica porque é o nicho onde o Estado deve procurar a matéria-prima para confecção da norma.

A legitimação nasce politicamente conservada e respeitada na medida em que é embalada e valorativamente autorizada pelo ente central: a Sociedade. Ora, não há que se falar em legitimação quando o direito é posto de forma unilateral, ou quando a norma é legalizada sem que haja o crivo opinativo e deliberativo do esteio social. Legitimação requer confiança, aproximação, e não medidas jurídicas autoritárias e distantes do contexto da sociedade.

Importante repisar nesse momento a ponderação de que o método jurídico axiológico não se confunde com a teoria do diálogo das fontes pelas razões apresentadas em outro tópico, principalmente pelo fato de que a teoria dialógica, no entender desta pesquisa, provoca o fechamento operacional do sistema que, ao contrário, deve ser visto de modo aberto – até porque a matéria com o qual lida está diluída na sociedade, que se mostra plural e dinâmica. Ainda não se conforma com a teoria porque nela se nota certos elementos intrínsecos e extrínsecos da corrente positivista de pensamento e aplicação do Direito. A teoria do diálogo até nutre expectativa de dinamicidade, mas em verdade, apresenta-se amarrada e, num plano amplo de análise, termina por recair em estreitamento, pois, o único movimento que se pode

perceber é o interno, sem que haja eixo ou pontes de comunicação externos. Assim, a alimentação que sustenta, situa-se atrelada em suas próprias premissas, quais sejam: entre as fontes internas do Direito. Noutros termos, trata-se de sistema de Direito cuja capacidade resulta da autoprodução (auto-alimentação) a partir de critérios, programas e códigos de seu próprio ambiente.

Isto configura não apenas o fechamento operacional, mas, sobretudo, o hiato existente entre a teoria dialógica e a realidade (fenomenologia social), vez que a construção normativa que promove é autopoietica, donde as fontes comunicantes alimentam-se e realimentam-se de suas próprias estruturas. A inferência, sob a forma de *inputs* é puramente endógena, isto é, a fase de entrada só se realiza por meio das fontes do próprio Direito, não abrindo espaço para outras entradas. Logo, o processamento das informações em sede de *inputs* fica restrito aos seus próprios conceitos e respectivas limitações.

Querendo ou não, o sistema autopoietico que a teoria referencia também é precário quanto à fase da saída, porque praticamente desconsidera as vibrações de *outputs* que podem existir, a exemplo das vibrações advindas do meio social, precipuamente aquelas concernentes aos seus valores. Justamente por não visar leitura comunicativa com o esteio social, a teoria não possibilita a troca de informações entre Direito e Sociedade, disso resulta que o sistema proposto pelo diálogo até tem saídas sob a forma de *outputs*, mas que se concentram dentro do próprio fechamento operacional do sistema, acarretando não só limitação do conteúdo jurídico, mas verdadeiro engessamento, pois o *feedback* ofertado pelas trocas informacionais entre *inputs* e *outputs* encerram homogeneidade e uniformidade. Ora, o resultado disso são produtos estanques porque impermeáveis às influências e à dinâmica da sociedade aberta⁴³.

Como visto em tópico anterior, a hermenêutica heterorreflexiva cuida da análise da alteridade, que ocorre através do “jogo” criado pelo círculo hermenêutico entre o ato autorreflexivo e a ação heterorreflexiva do intérprete. São estes os fundamentos do diálogo alimentado pela teoria. Para o desencadear do “jogo” a fim de desvendar e compreender o problema, é necessário que os sujeitos se mostrem desvelados (nus), despídos para que o dissenso seja revelado sem dissimulações e, assim, seja possível a compreensão do outro pela heterorreflexão.

Porém, certo é que a forma como o Poder Judiciário encara as situações que chegam ao seu crivo de apreciação ainda é amarrada ao modelo positivista de aplicação do Direito, enxergando na norma o critério necessário para a subsunção do fato à norma padronizada. Em

⁴³ Sob esta percepção de sistema, identifica-se similitude entre a teoria dialógica das fontes e a teoria de sistema autopoietico de Niklas Luhmann.

poucas situações, consegue fugir do método dedutivo, sendo esporádicas as decisões que vão além da literalidade do conteúdo normativo. A heterorreflexão, neste cenário, acaba se tornando uma “fantasia”, vista como uma espécie de aventura jurídica interpretativa, porque transmite ideia de inconstância e insegurança, o que não agrada aos olhos do juiz em face do modelo uniformizador a prevalecer nos julgados. Esbarra até mesmo no pensamento jurídico doutrinário, disfarçado pela produção em série de manuais e compêndios.

Apoia-se a ideia fustigada pela hermenêutica heterorreflexiva, enquanto vertente do pensamento jurídico que vislumbra quebra de paradigma, que critica o vigente modelo estruturante amarrado às emendas procedimentais que afastam o Direito da coisa mesma. A abertura interpretativa que ela defende é elogiável, na medida em que permite o diálogo e amplia o horizonte hermenêutico do intérprete. Assim também o faz, quando possibilita o aprofundamento das referências ontológicas a serem posteriormente delimitadas e apuradas no terreno deontológico, responsável pela resolução da zona de conflito criada pelo problema.

Noutro ponto, é possível enxergar pontos de conexão entre esta teoria e o método jurídico axiológico. Ora, ambos se apoiam na valorização da seara ontológica. A teoria porque se amarra a ideia de autorreflexão do intérprete cognoscente conversada com sua heterorreflexão. Disto decorrem juízos de mensuração de várias ordens, a exemplo dos juízos de valor ligados ao campo moral e ético, o juízo de realidade calcado na experiência fática ou mesmo o juízo empírico sustentado na observação.

Já o método jurídico axiológico não procura definir os valores a lhe compor e muito menos este é o desiderato pretendido por ele, mas, em verdade, está sustentando em juízos de adequação semelhantes (juízos de valor e de realidade).

Quando se aduz que o método jurídico axiológico não procura definir os valores a lhe compor é porque a axiologia aqui mensurada é aberta, ou seja, não está condensada em rol taxativo de valores, mas sim àqueles que se encontram dispersos no esteio social, cuja variabilidade axiológica depende de fatores temporais e espaciais. É neste sentido que o método está arrimado, na mensuração – e não na definição – dos valores que o circundam diante de determinado caso fático.

Objetiva, assim, pela operacionalização, isto é, na busca de resultado efetivamente concreto, utilizando-se para tal dos valores a permear e parametrizar a situação *in causa*. Isto não quer dizer que, em outra situação, outros valores não poderão ser mensurados, ou ainda que os mesmos valores antes pautados, não possam ser reinterpretados. O método, neste ritmo mostra-se maleável a coadunar os valores mensurados com vistas no resultado operacional que pretende extrair. Por isso ele não encerra definição, mas mensuração valorativa.

Ademais, cabe ao juízo de equidade realizar a tarefa de buscar os valores sociais circundantes, tarefa esta que se processa no plano da abstração. Assim é que, arrimado sob o valor justiça, a equidade busca outros valores que com ela se ajustam. Ao método resta o trabalho lapidador, ou seja, a sopesar tais valores e condicioná-los no plano prático, de modo que, ao serem aplicados, ofereçam resposta justa, mas também calcada na segurança jurídica. É neste momento, inclusive, que o método reporta-se à norma-padrão – mediante juízo de realidade (fática e contextual) – para ajustar os valores condicionados aos contornos delineados pela norma, a fim de não se perder a justiça pretendida, mas também não se pecar pela falta de segurança jurídica. Como se vê, a interpretação valorativa é aberta, mas não descompromissada de parâmetros jurídicos.

Ademais, por não ensejar fechamento operacional, nada impede que o método possa se aproveitar de outros juízos que, porventura, venham formar o pensamento hermenêutico do intérprete, a fim de aplicar interpretação que traga operabilidade de resultado, desde que a análise seja pautada pela axiológica que envolve o caso fático. Sobre esta variabilidade, anota Pasqualini:

Um texto (normativo ou literário) está longe de ser uma espécie de animal doméstico mansamente acomodado aos pés do intérprete ou, ao reverso, uma besta selvagem totalmente rebelde às aproximações da exegese [...] Apesar disso, o certo é que há boas e más interpretações, e a ordem jurídica não pode abrir mão de perseguir as melhores – as que promovam a máxima integração com o mínimo de conflito entre os elementos constitutivos do sistema. Eis o cálice do qual o intérprete não tem o direito de se afastar sem romper a aliança com o sistema e consigo mesmo. Os princípios, normas e valores alimentam diferentes leituras e sistematizações, mas são, também eles, em sinergia com a cultura humanístico-jurídica, os quais mais auxiliam no desafio de decifrar o melhor sentido. (1999, pp. 24-26).

Todavia, ainda que permeie a valoração, a teoria heterorreflexiva desconsidera qualquer tipo de metodologia e, diga-se isso, não porque deixa em aberto o método a ser utilizado, mas porque o método é realmente desconsiderado e a metodologia, ao invés de aberta, fica vaga. A heterorreflexão estuda possibilidade aberta, de caráter existencial e apoiada em fenomenologia social para interpretar e aplicar o Direito, mas não apresenta critério metodológico algum que possa corroborar nesta empreitada interpretativa.

A interpretação abre-se em demasia à atividade existencial, retirando do próprio texto sua natureza ímpar de norma. De certo modo, despreza até mesmo sua validade, preservada no plano da existência, vigência e eficácia.

O juízo de alteridade a se alcançar requer excessivo esforço existencial, o que compromete não só a segurança jurídica, mas o próprio espaço democrático, vez que concentra

excessivo poder interpretativo ao hermeneuta, o que pode gerar descomunal atividade jurisdicional a se aproximar de verdadeiro protagonismo judicial.

Ora, a proposta de alteridade é louvável porque até pode se enquadrar em contornos humanísticos de se vislumbrar a operabilidade do Direito, mas chegar a tal nível de mensuração requer dinâmica complexa e de elevado envergadura variacional. É que para se chegar à alteridade perquirida pela teoria, faz-se necessário inferência autorreflexiva, ou seja, a “hermenêutica do si”, também chamada de “hermenêutica do sujeito” por Michel Foucault.

Em Paul Ricoeur a “hermenêutica do si” é um momento de encontro do sujeito com sua identidade moral, ética ou política. Trata-se de dialética que envolve a identidade pessoal, onde o “si” é o sujeito que se assume diante de sua existência previamente discutida, sem que isso incorra em alteração de seu caráter, mas enquanto fator determinante e enriquecedor do processo de auto formação do sujeito cognoscente, que neste ritmo de constante autoconhecimento e transformações do “ser”, torna-se capaz de volver ao outro sob uma perspectiva de alteridade. A alteridade passa a ser uma constância que vai se revelando ao “ser” em suas ponderações e decisões para prosseguir numa dimensão de vida ética e prudente que se manifesta tanto para si como para o outro (OLIVEIRA, 2012, p. 82).

Em Foucault, a “hermenêutica do sujeito” corresponde “à formação dos procedimentos pelos quais o sujeito é conduzido a observar-se a si mesmo, a analisar-se, a decifrar-se, a reconhecer-se como domínio de saber possível [...] à maneira pela qual o sujeito faz a experiência de si mesmo em um jogo de verdade” (*apud* ROSA, 2008, p. 208).

Assim, na linha do autor, significa “dotar o sujeito de uma verdade que ele não conhecia e que não residia nele; trata-se de fazer desta verdade aprendida, memorizada, progressivamente aplicada, um quase sujeito que reina soberanamente em nós” (FOUCAULT, 2006, p. 608).

A hermenêutica heterorreflexiva pega emprestado os contextos de autocritica e de entrega ao próximo para embasar sua tese. O objeto da teoria é genuíno e traz perspectiva de desconstrução da mecanicidade em que o Direito vem sendo aplicado. E, em verdade, neste ponto, é louvável seu intento. No ritmo veloz da sociedade e na forma como as tratativas pessoais passam a acontecer nos diversos espaços sociais, torna-se mais intenso os processos de reificação do “ser” e o Direito não foge desta tendência automatista.

Uma acomodação solipsista está estacionada no Direito. Cada vez mais aqueles que se afiguram “intérpretes” passam a disciplinar conteúdos jurídicos por meio de manuais simplistas rotulados de doutrina. Verdadeiro embuste jurídico. Ora, isto não se afigura como doutrina, mas mera informação jurídica jogada a quem quer que tenha interesse em colher. Doutrina não é somente informação, mas informação carregada de conhecimento, conhecimento acurado,

tecnicamente apurado. A doutrina desperta função enquanto área do saber, ao contrário da mera informação que não tem capacidade de produzir efeitos sociais. Assim, doutrinara é aproximar a teoria das expectativas sociais, é propiciar no plano pedagógico algum contributo à sociedade; é estabelecer relação sintagmática entre o ambiente acadêmico e a comunidade (extensão). A doutrina não está estacionada no individualismo, sua função, sobretudo, se realiza no plano coletivo.

Também as decisões judiciais passam por uma crise hermenêutica, ou melhor, pela sua ausência. Não se está discutindo a questão do volume de processos que desembocam no Judiciário e provocam verdadeira avalanche de ações dos mais diversos tipos e variados procedimentos processuais. A questão é outra. Independente do excesso ou não de demandas, a tradição jurídica nacional sempre esteve atrelada ao projeto positivista de aplicação do Direito. Quando não impera o dogma da lei, reina o individualismo interpretativo do juiz. Decisões mecanizadas ou cujo fundamento utilizado pautou-se na mera técnica de subsunção são estruturas pertencentes a cultura jurídica brasileira.

Os que se intitulam “intérpretes” até enxergam a densidade dos fatos e da fenomenologia social, mas optam por fugir do enfrentamento do problema por meio de arquétipos ou processos pseudo-hermenêuticos a mascarar a realidade. A toda esta falta de esforço técnico interpretativo subjaz um Direito que se faz estático, e puramente institucionalizado. É contra esta falsa epistemologia jurídica e a favor da formulação de um Direito orgânico que a hermenêutica heterorreflexiva advoga. Acertada neste ponto, apesar de pecar ao não permitir em seu círculo hermenêutico aproximação entre “sistema” e “problema”, pois, em verdade, o sistema deve chamar o problema, fazer com que este, efetivamente, “venha à fala”.

Sem perder de vista a unidade do Direito, a teoria assume como teleologia a resolução do problema, porém ainda carente de certos contornos a delinear de forma mais consistente sua composição. Sua base existencial não alcança a segurança jurídica necessária, gerando instabilidade pela ausência de critérios objetivos. Peca, assim, pelo excesso de subjetivismo na medida em que perquire a justiça ao caso fático, porém, com total desprezo à segurança ofertada pela norma-padrão.

Noutro ponto a explicação da fenomenologia social encontra arrimo na existência do “ser”, é este o produto e o fazer acontecer da engenharia social. Mas, a teoria desta análise não cuida e sequer faz abordagem sobre a proposta de sociedade aberta, enredo imprescindível para a crítica teórica que sustenta.

A teoria heterorreflexiva, ainda que se sustente amparada pelos princípios democráticos, deles se afasta ao descartar do processo de confecção da norma a inserção e participação dos

cidadãos, permeada pela proposta de sociedade aberta, cuja relação dialógica aqui defendida corresponde ao entrelaçamento entre os “Entes comunicantes” Sociedade, Estado e Direito. Quando se fala em sociedade aberta não está se referindo tão-somente à sociedade. Esta é um “Ente” a lhe compor, porque por “sociedade aberta” entende-se o diálogo democrático estabelecido entres seus componentes.

Entende-se não ser viável encaixar a hermenêutica heterorreflexiva enquanto uma técnica. Ela vai além, na medida em que adota uma comunicação, ainda que puramente subjetiva e de ordem existencial, como eixo realizador da atividade interpretativa. E, sob esta perspectiva é que ela apresenta proximidade com o método jurídico axiológico aqui esboçado.

O que se defende é uma comunicação que se perfaz no plano subjetivo e objetivo com fulcro na intersubjetividade das relações sociais, principalmente no que toca o conteúdo privado destas, onde o exercício da autonomia da vontade se sobressai. Ressalta-se que uma comunicação puramente objetiva não evidencia o querer desta proposta, pois, a intenção é fugir da ditadura da tecnicidade e possíveis esquemas metodológicos solipsistas. O método jurídico axiológico, tal qual a teoria heterorreflexiva, busca aproximar os sujeitos, chamando-os à responsabilidade por suas atuações. Por isso, a axiologia ganha relevo, justamente porque ela é a construtora da formação ética, moral e política do sujeito. São os valores que vão delinear sua autocomposição.

Em seu *modus operandi*, o método se realiza *a posteriori*, ou seja, quando da aplicação da norma-padrão ao caso concreto. A norma está suscetível à flexibilidade que pode alargá-la ou dilatá-la, a depender dos valores lançados nos juízos de adequação requeridos à situação fática. Assim, é que o intérprete lança mão dos juízos de valor e de realidade, mediante experiência factual acumulada, para realizar a interpretação a integrar ou colmatar o problema que lhe fora apresentado.

Os valores são estes que circundam a realidade fenomênica social e que se dispersam nos segmentos da moral, ética, bons costumes e político. Por serem valores têm dimensões diversificadas a depender do tempo e do espaço em que se contextualizam. Em atenção a este fato é que, quanto maior a inclinação da abertura da norma-padrão, mais eficaz será a aplicação do método jurídico axiológico.

O Código Civil, analisado como um todo, se apresenta como uma norma-padrão. Sua edificação foi pensada de modo a ensejar outras realimentações jurídicas capazes de se ajustar aos novos contornos sociais não previstos expressamente pela Lei, mas que em virtude de sua principiologia, pela presença de cláusulas gerais e de esparsos conceitos jurídicos

indeterminados, tacitamente se tornou uma legislação que se mostra aberta e receptiva ao desencadear de fatos ali não textualmente previstos, mas potencialmente subentendidos.

Já fora dissertado sobre a proposta de incidência da sociedade aberta aplicada ao Direito Civil e, desta proposta, se vale também para os novos enredos sociais que se apresentam ao Diploma legal. Ao contrário daqueles que afirmam se tratar de Lei anacrônica porque não contempla a realidade social, discorda-se desta afirmação na medida em que tal visão denota certo dogmatismo. Ora, a essência do Código reside em seus princípios e nas formulações abstratas que ele carrega. As regras nele embutidas são consequências desta epistemologia. Trata-se de Legislação capaz de se alimentar e realimentar não só a partir de seus fundamentos estruturantes, mas do diálogo que realiza com o contexto social, trabalho este reservado ao hermenêuta quando da mensuração e aplicação dos valores ao caso concreto.

Ademais, a Lei Civil é uma unidade orgânica e não um conjunto inanimado de normas estáticas. O Código requer dinamicidade e qualquer olhar sobre ele deve ater-se a esta situação que envolve movimento e mutação. Se assim não o for, prevalece a figura positivista de análise a engessar e petrificar as leis. De outro modo, a Direito deve acompanhar o embalo assistemático da sociedade, mas o fato de acompanhar não quer dizer que a cada mudança no plano social importa em criação de outra lei a regular o fato. Isso é uma banalização legislativa que provoca o inchaço do ordenamento jurídico, verdadeiro tumulto legislativo. Ora, o diálogo que o Código consegue promover, de modo endógeno entre seus próprios elementos, como o exógeno em relação aos valores dispersos na sociedade, é a válvula catalisadora da Lei a ajustá-la aos novos enredos sociais que lhe aparecem.

Em tempos de pós-modernidade ou modernidade tardia, o Código se apresenta funcional na medida em que sua interpretação, especificamente valorada ao caso concreto, acompanha o compasso da liquidez social marcada pela efemeridade das relações privadas.

Anota-se que o método jurídico axiológico requer aplicação específica e contextualizada ao caso concreto. O círculo hermenêutico por ele envolvido encontra respaldo e limites na norma-padrão do Direito Civil. Ou seja, a axiologia a ser deliberada pelo intérprete parte da norma e, a partir dela, intenta alcançar valores sociais para compreensão do problema. Enfrentar o problema não significa lançar valores ao caso concreto sem qualquer conectividade normativa. Ademais, os juízos de adequação mensurados devem ser refletidos na medida em que precisam apresentar consistência de fundamento jurídico e de argumento persuasivo.

A compreensão que o intérprete faz requer comunicação entre: o problema encenado pelo fato social, norma-padrão apresentada e os valores embutidos para interpretação. Claro

que neste trabalho interpretativo há um diálogo do intérprete consigo, vez que, nos termos da hermenêutica heterorreflexiva, o juízo de alteridade requer autorreflexão anterior.

A valoração do intérprete se realiza dialogicamente, primeiro de modo subjetivo, onde internamente pondera os valores em jogo com os de ordem pessoal. Neste ponto, precisa ter cuidado para não recair em pensamento solipsista ou mesmo egoísta. A prudência a guiar sua vigilância neste aspecto é fator salutar quando da exteriorização da resposta ao caso concreto, cuja perspectiva compreensiva deve se revestir de juízo de alteridade.

A vigilância que deve manter precisa levar em conta que determinado fato social, ainda que se apresente em abstrato na sociedade, a ele chega com suas variáveis e revestido do existencialismo que lhe é peculiar. Os valores a serem apurados devem convergir com esta intrínseca peculiaridade e também devem se aproximar da justiça que o caso requer como resposta.

Como o parâmetro ideológico de justiça recai em extremada abstração, a solução é também imprimir valores à justiça a ser dada ao caso. Para isso, faz-se necessário a análise da situação em suas nuances e especificidades. De todo modo, a equidade é um acertado aporte na tentativa de parametrização da justiça, ainda que deste trabalho resulte em complexidade interpretativa.

O método jurídico axiológico pode ser aplicado aos demais ramos do Direito, porém sua pertinência se encaixa melhor em legislações que se abrem à interpretação, pois, o seu emprego requer leis que possam estabelecer comunicação no plano interno e externo. Assim, para leis que exigem restrição interpretativa, a exemplo das tributárias e penais, de fato resta limitado ou mesmo impedido o uso desta metodologia.

Leis que se abrem à interpretação são aquelas cujo arcabouço jurídico denota comunicação, isto é, leis cuja elaboração verifica-se a incidência de comandos valorativos e princípios sociais expressos ou implícitos, a exemplo da Lei Civil, cuja normatividade está diluída em princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados e também em regras específicas de aplicação direta e tecnológica.

De outra banda, advoga-se em prol da aplicação do método no Direito Civil porque este apresenta natureza que lhe distingue das demais leis do país. Pela sua epistemologia, o Direito Civil foi erigido sob a égide da autonomia da vontade. É a maior lei privada brasileira e que carrega em seu bojo o exercício livre e deliberado desta vontade particularizada, claro, que, respeitando-se outros limites jurídicos e constitucionais.

É que o método jurídico axiológico encontra sintonia para sua aplicação na autonomia da vontade. O método proporciona verdadeira conversa entre a vontade individual do agente e

a vontade social abstrata. Levando em consideração este diálogo, é que o intérprete vai permear e parametrizar os juízos de adequação a serem aplicados, avaliando o quanto esta vontade particular se aproximou ou destoou da vontade coletivamente considerada. Neste sentido, é de se notar a inteligência da Lei Civil ao prever que tais valores podem mudar de acordo com as práticas e os bons costumes da regionalidade em que se processam. Assim, é que é possível detectar no Código disposições que trazem em seu bojo abstrações de vontade condicionada ao contexto, ou intenções subjetivas atreladas às circunstâncias do fato. A título de exemplo, têm-se os artigos 187, 327, 427 e § 1º do artigo 1.297⁴⁴.

A priori, o método jurídico axiológico é aberto, pois trabalha com os valores dispersos na sociedade. Entretanto, *a posteriori*, observa-se fechamento, não do método em si, mas quanto aos valores que serão apurados e ponderados para a composição da interpretação do caso. Ademais, o hermenauta precisa levar em conta que não basta refinar os valores para posterior aplicação, porque desta aplicação deve brotar resposta operacional, isto é, que defina o caso, resolvendo-o mediante solução que se mostra ao mesmo tempo justa e segura. Este é o resultado da adequação que o método intenta. Frisa-se que não se trata de mero decisionismo jurídico, mas de resposta operacional.

Por abordar a questão dos valores a serem mensurados e direcionados ao caso em tela, aliado ao fato de que esta atividade exige intenso e efetivo trabalho hermenêutico do intérprete, faz-se crítica quanto ao pensamento positivista que implantou a errônea ideia de imparcialidade do juiz.

Se o juiz pautar-se pela interpretação axiológica, e disso decorre autocompreensão valorativa casada com a ideia de percepção dos valores sociais circundantes, não pode ele ser imparcial. A imparcialidade pode até existir no plano do julgamento, mas neste momento, ao invés de imparcialidade, neutralidade é o termo que melhor exprime esta postura. Porém, falar em imparcialidade é retirar do juiz – que é o intérprete institucionalizado – qualquer tipo de juízo de valor que possa fazer do caso, e isto implica, senão em omissão interpretativa, pelo menos em afronta à democracia. Ora, o intérprete, para fazer seu juízo de convicção, antes precisa assumir seu compromisso com o projeto democrático. Deve levar em conta o caso e

⁴⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos *bons costumes*. Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou *das circunstâncias*. Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou *das circunstâncias do caso*. Art. 1.297 [...] § 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com *os costumes da localidade*, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação (*grifo nosso*).

suas nuances. Para tal, necessariamente, deve com ele se envolver, até mesmo para lhe dar sentido jurídico. A falta de envolvimento é um distanciamento, um descaso com a democracia na medida em que por democracia também se entende a realização do direito efetivamente considerado. Nesta proposta, rejeita-se a produção de sentenças massificadas e artificializadas sob o invólucro meramente decisionista.

Dentro da proposta de sociedade aberta é que se desenvolve de modo coerente o método jurídico axiológico. Sua viabilidade depende deste contexto comunicativo. É que para a sua operacionalização, faz-se necessário conhecimentos múltiplos para a formulação da norma-padrão. O normativismo a ser aplicado repercute, assim, tanto na natureza jurídica da norma quanto na axiologia apurada pelo método a fim de ensejar interpretação concretista afinada ao enredo social. Frisa-se que o normativismo é o resultado que se obtém fruto do conteúdo da norma-padrão com a axiologia do caso fático. Portanto, não representa método, mas consequência. A norma-padrão, a seu tempo, é o produto despejado pela proposta de sociedade aberta mediante interação entre os “Entes comunicantes; e o método jurídico axiológico corresponde aos critérios de apuração valorativa, da análise acurada do fato, do emprego metodológico a polir os valores em jogo e que são desvelados por meio dos juízos de adequação (de valor e de realidade) utilizados pelo hermeneuta.

5 APLICAÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO AXIOLÓGICO: ANÁLISE DE CASOS

Este capítulo assume caráter prático-operacional, ao passo que serão feitas análises de situações factuais e hipotéticas nas quais a metodologia jurídica de base axiológica será contextualizada para interpretar a plausibilidade jurídica dos casos apresentados. Da análise serão averiguados os contornos fáticos, jurídicos, assim como a hermenêutica calcada em valores a ser impressa nas situações a seguir, sem perder de vista o balanceamento que se deve ter entre a justiça agregada ao caso e a segurança jurídica a lhe revestir.

5.1 Da (im)possibilidade jurídica da aplicação do *exemplary damages*

O dano punitivo é uma espécie de dano que teve seu desenvolvimento na corrente jurídica da *Common Law*, e cuja aplicação tem maior incidência no Direito Norte-Americano. Apoiado na teoria do desestímulo ou na tentativa de dissuadir o agente ofensor, mediante apuração de *quantum* indenizatório a maior, o dano punitivo não encontra respaldo na legislação brasileira. A doutrina nacional aponta em sentidos diversos ao tentar estabelecer parâmetros de mensuração e aplicação, e a jurisprudência ainda é reticente sobre o tema, sendo poucas as que consideram a possibilidade de sua aplicação e consequentes efeitos.

A ideia de danos punitivos vem sendo introduzida no Brasil com algumas reservas. De um lado, seus defensores propugnam por sua aplicação imediata e irrestrita, advogando a tese de que ao Direito Civil também incumbe a tarefa de punir e principalmente a de coibir a reincidência da conduta ilícita. De outro lado, há os que a rechaçam, ao argumento de que é ao Direito Penal que incumbe punir e que a indenização além do merecido seria enriquecimento sem causa por parte da vítima. Por fim, há os que defendem a ideia, propondo a criação de fundos públicos, para onde seria dirigido o valor a maior da indenização. Esses fundos públicos teriam o objetivo de educar as pessoas ou de promover outras políticas para evitar e reparar danos. (FIUZA, 2015, p. 104).

De fato, o dano punitivo (*exemplary damages* ou *punitive damages*) ainda é uma incógnita ao Direito Brasileiro. A falta de critérios, objetividade de aplicação e mesmo de pontuações sobre sua repercussão no plano jurídico e social terminam por deixá-lo em abstrato, e mesmo duvidoso. Também à hermenêutica resta difícil tarefa interpretativa porque, ainda que permeie zona reflexiva e aberta do pensamento, ela precisa de determinados recortes para balizar os pressupostos de um instituto jurídico, principalmente como o caso do dano punitivo, cuja análise exige maior observação jurídica do que social. Isto se explica porque o dano

provém da imputação da responsabilidade civil, que já se encontra devidamente amparada e tratada pelo Direito pátrio.

A responsabilidade civil é instituto jurídico cuja análise perpassa vários segmentos do Direito, desde as possibilidades tratadas no próprio Código Civil, bem como àquelas de ordem consumerista, ambiental e mesmo de responsabilidade do Estado. Também foi traçada sobre diversos enfoques, desde a subjetivação até sua objetivação. Teorias foram abordadas a lha lapidar e leis de várias ordens passaram a tratá-la. O Código Civil, ao seu turno, reservou extenso espaço em seu bojo para regular seu conteúdo.

Assim, não há que se falar em carência de normas a regular o instituto do dano punitivo, pois o teor jurídico de todo e qualquer dano gira em torno da apuração do raio normativo da responsabilidade que lhe acompanha. Ora, a matéria sobre responsabilidade civil é tratada em diversos componentes da legislação pátria, e nenhum deles prevê a incidência de tal dano. Também não se pode falar em lacuna no ordenamento, mas sim em possibilidade jurídica que não foi recepcionada pelo Direito Brasileiro. Em razão do impacto jurídico e social que encerra, o dano punitivo depende de legislação delineadora a especificar seu conteúdo e raio de abrangência. Não se trata de processo de integração, mas de verdadeira criação normativa desta espécie de dano.

Ademais, poder-se-ia argumentar que a analogia seria um recurso cabível, vez que há corrente doutrinária que defende se tratar de dano social e, por tal, estaria amparado na Lei de Consumo cumulada com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 8.078/90 e Lei nº 7.347/1985). Contudo, desta atividade resta excessivo exercício analógico a compor o instituto jurídico, o que, ao invés de atingir os seus efeitos, poderia recair em “invencionismo jurídico”, ou ainda em sub-rogação do Judiciário no raio funcional do Legislativo, verdadeiro protagonismo judicial.

Não sendo possível ficar na abstração – ainda que de boa intenção e cercado por valores sociais de justiça⁴⁵ –, o dano punitivo, efetivamente, exige legislação autônoma, com suas respectivas normas, hipóteses de cabimento, modo de apuração da reponsabilidade e, inclusive, mensurações dos critérios de fixação do *quantum* indenizatório.

Utilizar de forma direta o método jurídico axiológico para introduzir esta espécie de dano não é pertinente, pois a falta de liquidez de conteúdo até poderia acarretar em aplicação

⁴⁵ A justiça social permeia o senso comum, dela precisa-se extrair determinada racionalidade para se criar instituto jurídico disciplinado em norma-padrão. Disto, demanda trabalho interpretativo e ação dialógica entre os “Entes comunicantes”. Como se vê, trata-se de denso trabalho que permeia o campo social, jurídico-interpretativo e que requer, ainda, vontade estatal.

que se ajuste aos parâmetros de justiça pretendidos, todavia, haveria forte risco de se precarizar demasiadamente a segurança jurídica necessária. Ainda que valores da sociedade possam clamar por justiça em situações onde a comoção social é de revolta ou repulsa em decorrência de dano provocado, deve-se ter em mente que não se pode perder de vista a segurança jurídica. Ora, não se está aqui a defender o caos. A interpretação do Direito não corresponde a desordem, que só vai existir quando for descompromissada do fato jurídico, desapegada de enredo legal. Mesmo a interpretação que busca pelo justo, ao revés, pode alcançar o injusto, por mero desrespeito ao critério segurança.

Sem interpretações abusivas ou idealismos jurídicos, assumir a verdade é melhor do que recair num sofismo; e a verdade é que a figura do dano punitivo não fora incorporada ao arcabouço jurídico da legislação pátria. Frisa-se, não se trata de lacuna, mas de não receptividade pelo Direito Brasileiro, por entender que o dano não abraça a compreensão jurídica nacional.

Mas não há óbice jurídico, em sentido material, que impeça a edificação de norma-padrão sobre o assunto. É neste enlace que o método axiológico exerce sua função jurídico-social, na medida em que, enquanto metodologia, pode ensejar pretensões de formulações normativas a servir de conteúdo para uma potencial lei. Trata-se, verdadeiramente, de genuína funcionalidade, que se presta no engajar da idealização do arcabouço normativo.

Assim, partindo da justiça aliada à segurança, lança-se mão de alguns critérios para a composição jurídica do dano punitivo; composição, esta, que necessariamente leva em conta a figura da responsabilidade civil, porque é da sua sistemática que o dano é desencadeado.

Se ao instituto falta roupagem a lhe compor, ou desenho jurídico a lhe abraçar, faz-se aqui algumas ponderações interpretativas para fins de arranjo de seu esqueleto legal. Nada definitivo, somente sugestivo, muito menos completo, pois, apenas projetado.

Assim, a proposta de norma-padrão aqui discutida é aquela que se inclina para a tese de que o dano punitivo é uma configuração de dano social, considerado enquanto dano que afeta interesses difusos sob várias esferas, mas que termina por afrontar a dignidade num plano coletivo de mensuração. Não se adere ao posicionamento que baliza a lei de consumo e da ação civil pública como leis a propiciar o uso da técnica analógica ou da mera colmatação, porque restam insuficientes e desarrazoadas ao estudo aqui proposto.

Importante fazer análise sobre a funcionalidade do dano. Assim, sua configuração se presta à função punitiva (*punitive damages*) ou pedagógica (*exemplary damages*)? Ou ainda, apresenta-se de modo híbrido, assumindo ao mesmo tempo caráter punitivo e pedagógico? Ora, ao Direto, infelizmente, é imputado natureza punitiva, principalmente porque as sanções

acabam por assumir maior impacto na sociedade em razão de suas consequências mais enérgicas. Mas ao Direito, em verdade, deveria pairar outra reflexão, a de atuação que visa promover conteúdo a disciplinar comportamentos e estabelecer padrões de condutas pautados pela boa-fé. Sem dúvida, esta é a principal direção que assume, cuja função é pedagógica, a educar e não punir. A punição é consequência da indisciplina, daquilo que não foi respeitado de acordo com os parâmetros previstos pela norma e pelo bom convívio e, disto, surge a consequência lógica, a sanção, seja ela cível, criminal ou administrativa. Ao Direito incube a tarefa que intenta promover a harmonia social, mediante projetos jurídicos que funcionam como vasos condutores a permear as relações sociais em seus diversos extratos e significações.

Se assim se mostra, enquanto Ciência cultural que se presta a ensinar, então, o dano punitivo assume natureza funcional pedagógica na medida em que sua possível inserção no conteúdo jurídico não tem como condão imediato o efeito punitivo, mas educativo. Mostra-se como um caminho formador que promove o respeito mútuo, que serve de parâmetro à lealdade e à honestidade e, ainda, contempla o senso de compartilhamento calcado na solidariedade e na fraternidade. A punição é consequência deste enredo maior no qual o Direito está assentado. Então, quanto ao seu efeito, apoia-se para a afiguração do dano punitivo enquanto sanção, mas cuja função se presta a disciplinar e, neste sentido, passa a atuar de forma preventiva, na medida em que serve como desestímulo e também como projeto educacional a dissuadir os sujeitos rumo à standardização de comportamento social regular.

Pelo dito, a expressão *exemplary damages* é a que melhor se encaixa perante este contexto. Muitas são as indagações a respeito do dano. Mostra-se, aparentemente, como figura nova, mas ainda não jurídica. Não se nega aqui sua potencial funcionalidade que, de fato, há de ser considerada para a formulação de hipóteses em que pode se encaixar. Mas, para a possibilidade de inserção deste dano no enredo jurídico, a interpretação de efeito restritivo é a que será abordada para analisar sua incidência, sendo necessário apurar os contornos da responsabilidade civil e respectivos elementos, em seu denso e vasto campo jurídico para que se possa ajustá-la à idealização jurídica do dano punitivo.

O dano social é aquele que viola a dignidade no plano coletivo. Trata-se de dano cuja proteção vem estampada na tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos do art. 81 do CDC⁴⁶. De natureza transindividual, e sob as formas difusa, coletiva *stricto sensu*, e individual

⁴⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que

homogênea, atinge sujeitos indeterminados, ou ainda determinados, ligados por circunstâncias factuais, relação jurídica base ou de origem comum. Uma possível indenização fruto do *exemplary damages* não tem por objetivo atribuir compensação individualizada, pois o seu *quantum* deve recair em abstrato, sendo o valor indenizatório apurado em prol da sociedade. Por isto, tal dano não pode ser observado para os casos de individualização da indenização, em sede de liquidação de sentença.

A fixação da maior indenização do dano punitivo, puramente individualizada, não se encaixa nesta sistemática, sob pena de flagrante enriquecimento indevido da vítima. Para essa hipótese já existe a figura do dano material, de caráter reparatório, e do dano moral individuado, de caráter compensatório.

Esta restrição se dá justamente porque esbarra no princípio de direito civil que veda o enriquecimento sem causa. É que, na sistemática nacional, qualquer proveito advindo de indenização e que não encontre justificção para sua aplicação, ou que ainda encontre, mas seja desmedida ou desarrazoada, acarreta no locupletamento indevido. Trata-se de diretriz robusta, cuja raiz está estampada no valor justiça, qual seja a justiça distributiva. O direito pátrio, acertadamente, não aceita que outrem possa se beneficiar, indevidamente, às custas do empobrecimento alheio, e isto decorre da teoria da lesão. Ora, a lógica do justo e do razoável atravessa a segurança em matéria de responsabilidade civil.

Como se vê, a apuração do dano punitivo pode também advir de relação jurídica base, a exemplo de contratos massificados a abraçar interesse comum de classe, grupo ou categoria de pessoas envolvidas num contrato de consórcio que contenha cláusula abusiva. É que a responsabilidade civil pode trafegar tanto na esfera extracontratual, quando da indeterminabilidade dos sujeitos ligados por circunstâncias de fato, quanto na esfera contratual, quando da determinabilidade daqueles que foram afetados pelo dano decorrente de relação jurídica base.

Todavia, repisa-se, ainda que sejam sujeitos determinados, a indenização do dano punitivo não se presta à individualidade, vez que isso será possível quando os interessados pleitearem a liquidação de sentença genérica, cuja indenização não corresponde àquela do dano punitivo, que é abstrata por não beneficiar o particular.

Por se tratar de dano social nos termos acima encaixados, a lógica da apuração da responsabilidade civil deve ser de ordem objetiva, ou seja, a desprezar o elemento culpa para

seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

fins de apuração. Disto decorre verdadeiro reducionismo para caracterizar as hipóteses de incidência do dano, vez que, descartado o elemento culpa, dispensada está sua apreciação sob a forma *lato sensu* (ação ou omissão voluntária) ou *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia), nos termos do art. 186, CC/02⁴⁷. Do mesmo modo, também não se faz necessária qualquer análise sobre eventual grau ou intensidade de culpa, se grave, leve ou levíssima, até porque sobre esta parametrização há restrições ou dúvidas doutrinárias. Na mesma linha, não há o risco de se cair na subjetividade do parágrafo único do art. 944, do Código Civil, que estabelece redução da indenização em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano gerado⁴⁸.

Não é lógico estabelecer o *exemplary damages* a partir deste precedente legal que avalia o grau de intensidade da culpa. Ora, ainda que de culpa levíssima, a extensão do dano pode ser elevada, ou mesmo superficial, porém fruto de culpa grave. Como se vê, a subjetividade acaba por incidir e não se revela eficaz para a proposta ora arrolada, que pretende objetivar os critérios de responsabilidade a desencadear o dano punitivo.

Outrossim, o descarte da culpa também desatrela qualquer interpretação sobre a possibilidade de culpa presumida, prevista nas hipóteses do art. 932, CC/02⁴⁹, se é que ela realmente fora abraçada pelo campo jurídico, em virtude da divergência doutrinária que, para alguns, nada mais é do que a configuração da responsabilidade civil objetiva.

Em que pese o desentendimento, a culpa presumida se aproxima da objetiva, mas a ela não se iguala. Ora, para se abordar a questão da incidência do dano punitivo, a culpa não pode ficar incógnita ou presumida, por isto descartá-la é a melhor solução. Até se pode pensar em culpa presumida, mas a responsabilidade civil objetiva não pode ser presumida, pois nasce por força de lei; isto é, está ou não expressa na lei, não sendo passível de presunção ou relativização.

Se a objetivação a partir de critério redutor é a proposta, então, merece atenção apurar a espécie de risco a ser parametrizado para a responsabilidade que gera essa espécie de dano. Como efeito, o risco aqui empregado não pode ensejar hipóteses de excludentes de

⁴⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete *ato ilícito* (grifo nosso).

⁴⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁴⁹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

responsabilidade. Assim, o risco proveito da atividade fim e o risco criado ficam desde já descartados porque possibilitam causas pré-excludentes e pré-redutoras da responsabilidade civil, como a culpa exclusiva e essencial da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou motivo de força maior. Por risco proveito entende-se o sujeito que empreende atividade econômica com finalidade lucrativa e/ou geração de riqueza, a exemplo dos fornecedores inseridos nas relações de consumo. Responde, independentemente de culpa, pelos danos decorrentes da atividade fim que explora.

Já o risco criado [...] “importa em ampliação do conceito do risco proveito [...] é, porém, mais equitativa para a vítima que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as conseqüências de sua atividade” (PEREIRA, 1998, p. 285). Trata-se de um aprimoramento do risco proveito, sendo ainda mais abrangente, vez que aumenta as possibilidades de incidência de dano e, conseqüentemente, amplia as hipóteses de responsabilização objetiva, que pode resultar tanto de vantagem, como de benefício auferido pelo agente⁵⁰.

Tampouco pode ser o risco profissional para fins de apuração de dano punitivo nos termos aqui explicitados, porque deste advém a possibilidade de subjetivação da responsabilidade civil. Quanto ao risco administrativo, este fica fora do alcance, pois, por ser o risco balizado para responsabilizar objetivamente o Estado, também dá margem para as excludentes de responsabilização, vez que o risco administrativo assume os contornos do risco criado.

Por tal, o risco que melhor se coaduna com a proposta objetiva é o risco integral, que não abre brechas para supostas exclusões ou isenções de responsabilidade. É de sua natureza que o responsável assuma a integralidade do dano ocasionado, independentemente de qualquer fator exógeno ou circunstâncias alheias. Da sua apuração acarreta responsabilidade civil genérica, indiscriminada.

Corroborar com este argumento o fato de que, na escolha deste risco, resta em desconsideração quaisquer possibilidades interpretativas sobre o nexo causal. Ora, se o risco é integral, basta a evidência do dano causado; o liame de causalidade fica comprometido, haja vista a desnecessidade de sua avaliação. Isto quer dizer que, se houve ou não causas

⁵⁰ Sobre o risco criado e sua previsão no parágrafo único, art. 927, do CC/02, Caio Mário da Silva Pereira assim se posiciona: “Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco criado [...] ao elaborar o Projeto de Código das Obrigações de 1965, defini-me por ela, no que fui seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975. Depois de haver o art. 929 deste Projeto enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’” (1998, p. 284).

concorrentes (concausas), ou se a causa foi de tal monta a configurar uma *conditio sine qua non*, destas independe, pois, o risco integral – ao contrário do risco proveito –, onde o dano precisa estar vinculado com a atividade fim praticada, o que imputa a responsabilidade pelo todo. Prescinde da análise do liame porque a conduta, por ser desagregada de culpa, não precisa ser apreciada em suas tipicidades cíveis *lato e stricto sensu*, tampouco precisa averiguar se houve ou não circunstâncias externas a provocar o evento danoso. Pelo risco integral, constatado o dano, nasce a reponsabilidade e o conseqüente dever de ressarcir e/ou compensar.

A adoção do risco integral faz emergir outra ponderação. Ora, não é qualquer atividade que pode ser aqui enquadrada. Veja-se que o raio de abrangência desta responsabilidade deve ser limitado. A ideia de dano social aqui embutida gira em torno de situações excepcionais, de danos que, indubitavelmente, assolam interesses sociais, inegavelmente afrontam direitos essenciais e que, efetivamente, vulnerabilizam ou precarizam a sociedade como um todo, sem distinção, a exemplo de danos nucleares, químicos e ambientais, como as queimadas em florestas, devastação em massa da fauna e da flora, poluição de mares e rios por resíduos tóxicos, ou ainda da veiculação de publicidade abusiva⁵¹. Tratam-se de danos incontestes e que afrontam valores sociais éticos e morais, de ordem ecocêntrica e biocêntrica, isto é, a violar um sistema de valores centrados na natureza. São, assim, danos morais sociais irrefragáveis, pois ainda que não factualmente constatados, são moralmente presumidos (*in re ipsa*).

Noutro ponto, atenta-se para o fato de que existem determinadas atividades que comportam *risco inerente* e, por isto, não há como dissociar a atividade praticada do risco que ela inerentemente oferece. Assim, não se trata aqui da possibilidade de aplicação desta teoria, pois corresponde ao risco que intrinsecamente está atrelado à atividade desenvolvida e pode, inclusive, eximir a responsabilidade do agente. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho, ao citar como exemplo os serviços médico-hospitalares: “Desde que executados com segurança, acompanhados de informações adequadas, não acarretarão responsabilidade para seus operadores pelos eventuais danos decorrentes da periculosidade inerente” (FILHO, 2003 p. 172).

O dano social da Lei da Ação Civil Pública prevê indenização pelo seu advento no art. 13⁵². Com efeito, pertinente ponderar se tal indenização serviria para o *exemplary damage*, ou

⁵¹ Art. 37, CDC. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...]§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

⁵² Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

seria preciso outra figura indenizatória para compô-lo? E, ainda, se se tratar de indenização específica a título punitivo, restaria configurado um *bis in idem*?

Nos casos em que seja possível a ação civil pública (danos coletivos, por exemplo), é possível, por expressa previsão legal, a condenação do réu a um valor, a ser entregue a um fundo que o gerenciará para o bem da coletividade. Esse valor, porém, há de ser apenas o suficiente para reparar o dano, na dicção do referido art. 13 da Lei 7.347/1985. Assim, nem a Lei 7.347 admite os danos punitivos. O que o juiz pode fazer, se o pedido do autor permitir, é fixar a indenização no patamar mais alto possível, não com fundamento em danos punitivos, mas com fundamento na extensão do dano e na gravidade da culpa. A indenização alta acabaria por, na prática, fazer as vezes de danos punitivos. Falta, sem dúvida alguma, intervenção do legislador, a fim de regulamentar o tema em nosso Direito (FIUZA, 2015 p. 104).

Acertada a ponderação do autor, vez que, realmente, a Lei estabelece indenização a título de reparação, ou seja, dentro dos limites do que foi causado pela conduta do agente e a extensibilidade do dano suportado. Não se trata de *exemplary damages*, nem mesmo por analogia ou recurso integrativo se poderia assim interpretar, pois perpassa a teleologia da Lei e qualquer anotação neste sentido restaria desarrazoada, seja por falta de fundamento legal, seja por argumento a *contrario sensu* que foge à clareza do comando normativo. O que se depreende é que o fato gerador a desencadear a indenização a título social reside no dano efetivamente gerado, sendo devida sua reparação nos limites do que fora causado.

Pela coerência do que já fora aqui esboçado, não é necessário mensurar qualquer liame entre o grau de culpa e a extensão do dano para a fixação da indenização exemplar. Não há que se observar a regra subjetiva do parágrafo único do art. 944, CC/02, pois além da responsabilidade ser objetiva, o risco integral também fora aqui adotado, razões estas que descartam quaisquer mensurações sobre o elemento culpa, bem como sobre o próprio nexo de causalidade, que perde importância para a aferição entre o grau de culpa e o alcance do dano. Ora, afigurado o dano, resta cabível a figura indenizatória a título pedagógico. A fixação da indenização não se situa sobre o liame casual do parágrafo único do artigo, mas sim sobre o seu *caput*, que estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Ou seja, a proporção do dano é a tentativa de se estabelecer um critério objetivo para fixação do *quantum*, observando-se sua extensibilidade no que toca o impacto e a repercussão social provocados.

Muitas são as discussões, e a saída está na elaboração de norma-padrão para instituir e delinear os contornos normativos do *exemplary damages*. Ainda sobre a indenização do dano punitivo, esta estaria amparada em razão diversa da estabelecida pela regra da ação civil pública, pois, neste caso, o dano em si suportado, seja ele ambiental, histórico, ou vinculado às relações de consumo, é o fato gerador a desencadear a indenização prevista na Lei; já numa

hipótese de instituição do *exemplary damages*, seria o dano social – eminentemente moral a afrontar uma dignidade num plano difuso – o fato gerador a desencadear a indenização exemplar.

Como se nota, são fatos geradores distintos: um endógeno, que circunda a esfera do próprio dano e avalia sua extensibilidade para fixar o *quantum* indenizatório a ser pago, em que a fixação do valor está condicionada ao alcance provocado pelo dano em relação ao patrimônio afetado, seja ele de ordem material ou imaterial, disso se depreende a própria literalidade da norma, *ad finem*, que estabelece que os recursos serão “destinados à reconstituição dos bens lesados”; já no plano exógeno, tem-se o dano punitivo, enquanto fato gerador que se manifesta pela violação e solapação dos interesses de uma dignidade coletiva, de regras de bem-estar e bom convívio assentadas numa moral ou numa ética social, em que a indenização advinda deste dano não se prestaria, por sua natureza, à reparação do bem lesado, ainda que não se vislumbre óbice jurídico para tal. Trata-se de *quantum debeatur* apurado para compensar uma moral difusamente afrontada, os valores circundantes sociais corrompidos em virtude da conduta danosa. Noutros termos, a indenização a título de *exemplary damages* tendo como fato gerador o dano projetado na sociedade – no que concerne o comprometimento de seus interesses e valores – seria a violação do âmago social tocante às sensações e aos sentimentos abalados dentro de um contexto difuso de apreciação. A fixação, neste sentido, seria a maior, justamente para que o *exemplary damages* assuma sua função pedagógica e também inibidora de condutas análogas.

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido (MORAES, 2009 p. 263).

Como se nota, não há *bis in idem*, que também não se afigura em razão da apuração da responsabilidade criminal paralela à cível⁵³, nos termos do art. 935, CC/02⁵⁴. Ora, essa não se

⁵³ Em sentido contrário, Maria Celina Bodin de Moraes.

⁵⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

manifesta porque, apesar de se concentrar no mesmo fato gerador, qual seja o dano social, que é a base de viés jurídicos distintos e, notadamente, com consequências diversas. Se assim não o fosse, um dano ambiental não seria passível de apuração simultânea nas esferas cível, criminal e ainda em sede de processo administrativo. O artigo reza que “a responsabilidade civil é independente da criminal”, justamente porque os *critérios de apuração* e os *efeitos jurídicos* que surtem transitam em caminhos diferentes. É que para o mesmo fato gerador é cabível apurações que se caracterizam por suas respectivas nuances legais e peculiaridades procedimentais em cada juízo. Ademais, para encerrar esta discussão, o Direito Criminal é um direito mínimo e o seu juízo só é capaz de influenciar o cível quando reconhece o fato e sua autoria. Quanto ao primeiro, ainda que decorrente do mesmo fato gerador, a repercussão corre de forma distinta. A jurisdição criminal ocupa-se da apuração do fato delituoso, ou seja, das circunstâncias que em razão da ilicitude criminal acarretaram o dano concebido. Requer, assim, apuração acurada dos indícios de materialidade do fato. Já a jurisdição cível se ocupa da apuração do dano social (fato gerador) na esfera abstrata, moral, em face à dignidade violada dos sujeitos abstratamente considerados, sendo, inclusive, presumida, até prova em contrário. Quanto à autoria, esta exige identificação do elemento culpa, enquanto critério subjetivo de imputação de responsabilidade. Como o parâmetro aqui busca a objetivação no plano cível, resta desprezada tal análise pela desnecessidade de sua configuração.

Dúvida fica quanto aos critérios balizadores para fixação deste valor a maior. Frisa-se a premente necessidade de lei especial para cuidar do assunto em suas várias nuances, inclusive os parâmetros de fixação da indenização majorada. Mas pelo que fora dito, fica a título indicativo que a indenização a ser fixada deve levar em conta o dimensionamento do dano no que tange seu impacto histórico e/ou cultural no bem da vida lesado, a repercussão jurídica e, claro, o sentimento de perda e de rejeição social⁵⁵.

Pelo exposto, resta descaracterizado qualquer tipo de *bis in idem*. Quanto a destinação dos valores apurados tanto na responsabilidade por dano social como pelo exemplary damages, não há embaraço em dizer que ambas as receitas podem ser destinadas aos mesmos fundos públicos, de modo a compor um todo que se presta, primariamente, à reparação do bem lesado, mas que também deve ser utilizado para fins didáticos e pedagógicos, a partir de campanhas e projetos de extensão que visam a educação e a conscientização social.

⁵⁵ Incumbência difícil à doutrina e à jurisprudência fixar parâmetros objetivos para a quantificação de dano moral, principalmente num plano amplo de abstração a envolver interesses difusos. Ainda que se permeie certa objetividade, a subjetividade termina por emergir e afetar qualquer ponderação neste sentido. Prova disto é o debate e o embate jurídico vigente que se vê até hoje sobre o assunto.

Noutra banda, defende-se aqui a cadeia solidária de responsabilização, ou seja, seriam responsabilizados todos aqueles que, direta ou indiretamente, tiveram participação, independentemente de culpa, para a consecução do evento danoso. Tal se explica por duas razões: primeiro porque se trata de dano *sui generis*, excepcional por sua natureza, cujo enredo é dimensionado, o que lhe caracteriza como sendo um bem da vida de elevado impacto social. Se assim se apresenta, o processo não pode ser empecilho para a reparação deste dano, mas ferramenta, instrumento a auxiliar. Por via lógica, a solidariedade em sede de litisconsórcio passivo facultativo é a chave para facilitar a defesa e a busca pela reparação em juízo a título coletivo. Em segundo, a solidariedade se justifica porque o objeto lesado, dano social moralmente considerado, é indivisível⁵⁶. Os corresponsáveis respondem pelo todo suportado pelo dano, não havendo possibilidade de divisão em razão do objeto e sua natureza. No mais, fica resguardo o direito de regresso entre os corresponsáveis.

No gancho processual, pode-se argumentar, mas sem adentrar no mérito, sobre a plausibilidade jurídica de se encaixar nesta sistemática interpretativa a inversão do ônus da prova. É que o dano, por sua natureza, é valorado socialmente, e o processo civil, enquanto instrumento de realização do direito material, pode, em determinadas situações, facilitar a defesa da tutela coletiva do *exemplary damages* por meio da inversão probatória. Tal se daria, pegando emprestado o promissor inciso VIII, do art. 6º do CDC⁵⁷, quando – a critério do juiz – for verossímil a alegação ou quando da verificação da hipossuficiência. A hipossuficiência não é a material ou econômica; não é neste sentido que ela recai, mas sim na hipossuficiência processual, quando aos legitimados ativos for difícil ou mesmo irrealizável a produção probatória porque esta encontra-se em poder dos agentes ofensores, ou ainda por resistência processual destes em apresentar provas dos fatos, vez que ninguém é obrigado a produzir prova

⁵⁶ Por ser o objeto indivisível é que se reforça o argumento de que a indenização majorada a título de *exemplary damages* não pode ser personalizada. Se é indivisível é porque o bem da vida resguardado pertence a um corpo maior, de ordem ético-moral social distribuída num plano difuso. Na proposta apresentada, não se afigura o *exemplary damages* para os casos de individualização do *quantum debeatur*, vez que para tais casos já existe a ação pessoal reparatória por dano material e/ou moral, ou, ainda, no caso de liquidação de sentença genérica, quando da possibilidade de individualização da indenização. Portanto, para estas situações não se aplica a proposta da indenização a maior.

⁵⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. No mesmo sentido orienta a Lei nº 13.105/2015, que institui o Novo CPC, art. 373, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

contra si⁵⁸. Ainda, pode-se aduzir que, da constatação do dano, seria dispensável a prova porque presumidamente se perfaz de modo *in re ipsa*. Tal se mostra porque a sistemática processual dispensa o conteúdo probatório de fatos públicos e notórios, ou cuja consumação é inconteste⁵⁹.

A possibilidade jurídica do dano punitivo, enquanto dano social a violar uma ordem moral, encontra sustentação em sua natureza jurídica, que está assentada na sua dupla funcionalidade. Trata-se de figura indenizatória que, apesar do caráter punitivo, mediante indenização a maior, tem como objetivo principal educar; pedagogicamente serve de exemplo para dissuadir e prevenir condutas danosas aos direitos vinculados aos interesses da sociedade. E, também, porque reforça a função social do princípio da reparação civil. Ora, a moral social e os valores dispersos numa sociedade precisam ser compensados em razão de danos atentatórios a eles. Neste sentido, “poder-se-ia defender a ideia de que os danos punitivos poderiam ser aplicados como decorrência do princípio da função social da reparação civil. Sem dúvida alguma, a reparação civil desempenha uma função social, educativa, exemplar. Serve como desestímulo e como prevenção de novos danos” (FIUZA, 2015, p.105).

Muitas são as situações de violação de valores que passam despercebidas, sem que haja a devida censura jurídica. O *exemplary damages* surge neste cenário como figura ímpar, verdadeiro instrumento pedagógico que chama à consciência de seus agentes. Aspira pela reflexão de que determinadas condutas precisam ser acuteladas, na medida em que se envolvem com bens e valores de ordem difusa. É o que acontece com o meio ambiente. O empreendedor de atividade que o explora, direta ou indiretamente, precisa ater-se ao fato de que o bem da vida é singular, é *sui generis*, de que sua exploração requer senso de responsabilidade social. E, quando houver violação desta fronteira tênue entre conduta responsável e irresponsável é que se verifica a pertinência temática da fixação do *exemplary damages*. A função da reparação civil, por meio do dano punitivo, vem à lume justamente para reavivar o sentimento social de punibilidade, mas também para despertar a criticidade do agente ofensor e de terceiros de que o espaço social é plural e que a boa convivência requer agir comunicativo cooperado rumo a uma atuação solidária.

[...] a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana. (ROSENVALD, 2013, p. 165).

⁵⁸ A inversão probatória se daria em razão, ou da verossimilhança, ou da hipossuficiência, nos termos do artigo em comento, e não por conta da objetivação, onde, para alguns autores, faz-se a inversão automática decorrente da responsabilidade civil objetiva. Nestes sentido, Carlos Roberto Gonçalves.

⁵⁹ Neste sentido dispõe o Novo CPC, art. 374. Não dependem de prova os fatos: I – notórios.

Ademais, frisa-se que, ainda que da conduta do agente não se possa extrair nenhuma espécie de culpa, o simples fato de explorar o bem da vida mensurado – robusto em seu relevo social e de proteção jurídica especial – já é fator determinante para lhe imputar a reponsabilidade cabível pois, inserido, se encontra na teoria do risco integral.

Em suma, o dano punitivo requer suporte legislativo para lhe atribuir juridicidade. Deixar ao crivo da interpretação do hermeneuta é ampliar muito seu raio de extensão e autorizar interpretações desarrazoadas, porquanto sem critérios jurídicos. Ora, a fim de se buscar uma justiça, justiça social, não se pode perder de vista a segurança.

Apesar dos esforços da doutrina em estabelecer os seus contornos, o dano ainda se mostra incipiente à literatura jurídica brasileira. De outro modo, deixar a cargo da jurisprudência os critérios de parametrização também não é conveniente, seria dar muita vazão ao poder discricionário do juiz, calcado em regras de experiência que, em verdade, esse não tem sobre a celeuma. Seria, praticamente, autorizar formação de juízo a se equiparar a uma quase legislação. Isto não é ativismo, mas protagonismo, e configuraria verdadeira sub-rogação funcional diante de contexto que se apresenta vazio no universo jurídico; vazio não por conta de lacunas, mas pelo simples fato de que a legislação brasileira optou por não abraçar o *exemplary damages*.

Acontece que, nem sob a ótica pós-positivista, pode-se deduzir de um princípio uma regra que dele não seja decorrência lógica e necessária. Há regras que são decorrência lógica e necessária de um princípio, há outras que necessitam da mediação do legislador.

[...] O mesmo, ao meu ver, pode ser dito dos danos punitivos. Não há como entender possam eles ser dedução lógica e necessária de qualquer princípio de nosso ordenamento jurídico. Por mais que teoricamente sejam defensáveis, não podem ser impostos sem a intermediação do legislador, criando as regras necessárias. A interpretação pós-positivista é aberta, não anárquica e desarrazoada. (FIUZA, 2015, p. 105).

O método jurídico axiológico vem à baila não através de sua função operacional, a determinar resposta que possa abastecer o caso concreto. Para o *exemplary damages* ele não se presta a esta finalidade. Porém, enquanto método, dotado de critérios de mensuração, instrumentos de investigação e juízos a lhe guiar, pode elaborar trajetos tendentes a conduzir possíveis interpretações. Foi o que se tentou aqui – sem perder de vista a justiça e o valor que o *exemplary damages* pode assumir numa sociedade, enquanto ferramenta eficaz, capaz de inibir danos numa esfera coletiva, assim como a segurança que dele se espera, tal qual de qualquer instituto do Direito.

A análise partiu da perspectiva restritiva de interpretação casada com a figura da responsabilidade civil. A restrição aqui lastreada recaiu sobre o dano social em si, quando da interpretação restritiva dos casos passíveis de apuração do *exemplary damages*. Como se viu, são situações estanques, de comprometimento dos interesses sociais num plano difuso, de efetiva fragilização ou perda de direitos coletivos, de verdadeira afronta à dignidade da sociedade de modo a lhe provocar reações adversas, contrárias e que envolvam sentimento de repulsa. Danos sociais que flagrantemente ferem interesses éticos, morais ou culturais. Mas a restrição interpretativa também se processou sobre o modo de apuração da responsabilidade civil. Tentou-se reduzir todo e qualquer critério subjetivo, desde a culpa, até mesmo brechas sobre possíveis teorias do risco e do nexos causal a serem empregadas. Frisa-se, a interpretação é pela restrição, e não pela exclusão, pois o critério adotado fora o reducionista.

Inserções de conteúdos foram feitas ao dano, na tentativa de harmonizá-lo à esfera da responsabilidade civil, a fim de lhe atribuir adaptação jurídica, a exemplo da ideia de objetivação, adoção da teoria do risco integral, fato gerador a justificar a indenização majorada, *quantum* e corresponsabilidade. A ponderação dos valores sociais e do senso de justiça foram critérios ímpares para este desiderato, mas a análise objetiva também se fez presente, de modo a manter prudência para não se criar instituto jurídico irrealizável por não se casar com a sistemática jurídica nacional, ou que ainda pudesse afrontar fundamentos e princípios sensíveis de ordem econômica, processual e do Direito Civil.

5.2 Da (im)possibilidade jurídica de penhorabilidade do “bem de família” do solteiro

Ao bem de família fora reservada tutela jurídica especial no Ordenamento Brasileiro. Trata-se de patrimônio que foi amparado pelo texto constitucional, e cuja proteção foi recepcionada tanto pelo Código Civil como pela Lei nº 8.009/1990, que lhe estabeleceram resguardos peculiares, a exemplo da impenhorabilidade.

Tal se dá porque o bem de família é um patrimônio que recebe axiologia material e imaterial. Sua proteção se faz ímpar na medida em que se presta à moradia e também de asilo a guardar o seio familiar. Materialmente constitui-se em objeto corpóreo, bem de raiz, instituído de valor socioeconômico; imaterialmente trata-se de objeto sem corpo físico, porém, repleto de carga valorativa, a servir como base da família, local de conforto e interação, de socialização entre os pares e amigos.

É no seio do lar onde o afeto melhor se concentra e desenrola por meio das demonstrações de amor, atenção e carinho. É o ambiente onde se identifica o “eu” existencial

de cada um; indubitavelmente lugar de descanso e aconchego, de exercício da liberdade do “ser” em sua mais densa tessitura fenomenológica. Espaço da privacidade e da intimidade em seus contornos mais humanos.

Não poderia o bem de família deixar de receber tutela multifacetada. Multifacetada porque é abraçado por diversas leis e, também, porque pode ser encontrado sob outras significações jurídicas e sociais, como lar, moradia, domicílio, residência, casa, asilo. Diversos são os comandos normativos a referenciá-lo sob outros enfoques e denominações, porém todos fazem menção, direta ou indireta, em tratá-lo como espaço reservado, particular e peculiar do exercício do “ser” envolto no seu denso campo existencial.

O bem de família acomoda e protege, serve de base para alimentar as relações familiares. Sua identidade jurídica é plural e sua natureza, humana. É patrimônio resguardado para e em prol da família, a fim de sua constituição, aproximação e desenvolvimento. A carga axiológica é vasta e densa. Comporta feições semânticas refinadas e delicadas.

Importantes passagens constitucionais enriquecem este esforço hermenêutico de se interpretá-lo, que pelo seu conteúdo comporta dignidade intrínseca e imanente. Assim o fazem os artigos 5º, inciso XI, ao estabelecer que “a casa é asilo inviolável do indivíduo”; o 6º, ao prever que a moradia é um direito social; os artigos 183 e 191, ao resguardarem o direito de propriedade para fins de moradia mediante a consumação da prescrição constitutiva da usucapião de bem imóvel urbano e rural; e ainda o inciso III, § 3º, do artigo 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao dispor sobre a exclusão da casa que sirva de moradia quanto à liquidação dos débitos decorrentes de empréstimos concedidos por bancos e instituições financeiras

Noutra banda, ao bem imóvel é agregado outro valor incomensurável, a família. Base de sustentação, estrutura a formar e lapidar o “ser” em seus valores mais essenciais de existência humana. Mas a expressão jurídica é literal, trata-se de “bem de família”, e a leitura que deve ser feita precisa envolver o “bem” em si, materialmente constituído e imaterialmente valorado em suas significações semânticas, casada com a ideia do valor “família”, valor este que aqui já se sinaliza enquanto plural, porque se realiza de forma estratificada, a envolver relações interdependentes e comunicativas.

A família se envolve e dissolve num todo e, ao mesmo tempo, se faz por meio das individualidades e dos particularismos de cada um; porém, ainda sim, plural. Não se realiza por meio de ações isoladas, que não quer dizer individualizadas, pois no ambiente familiar pode e deve haver individualismos, principalmente quando se concentram no plano da intimidade. Tampouco se está falando de isolamento social. O que se quer dizer é que a família não se

perfaz na figura do sujeito imbuído em si, solitário, que sozinho convive consigo, num fechamento operacional, de sistemática circular unilateral e que se processa num ambiente espaço-tempo particularizado e de realização do seu “ser” envolvido em seu “ser”, imerso num solipsismo inseparável e atrelado à sua própria existência.

Por família, entende-se ambiente pluralizado, de convívio e contato com outros, cuja aproximação e inter-relações se processam num ambiente espaço-tempo circular aberto. O espaço-tempo familiar não se confunde com o espaço físico, necessariamente corpóreo a representar o bem imóvel, pois, até pode a este estar vinculado, quando das interações reais, num mundo sensível de coexistência concreta – mas também pode ser espaço etéreo, de ordem subjetiva de existência e convivência num mundo inteligível. Independente da maneira como se processa o movimento espaço-tempo familiar, ambas as situações se desenrolam no plano de realizações comunicativas existenciais, mediante diálogos e aproximações de interesses comuns. O que caracteriza a família, sua composição, seja ela no campo objetivo e sensorial ou na forma subjetiva e etérea, é a ação conjunta, coordenada e cooperada, que visa projetos e projeções de vida que se formam por acordos de vontades, por meio de ações intencionais e produtos colhidos do trabalho comunicativo do grupo familiar.

Por entidade familiar, entende-se todo e qualquer projeto de vida que busca enlaces e ações conjugadas variadas, seja ela mediante uniões formalizadas pelo casamento ou pelo registro de união estável ou contrato de convivência mútua, seja mediante relações de fato, coexistências plurais por meio de famílias simultâneas ou paralelas, ou ainda com ou sem identidade de gênero conjugal, porém uma estrutura que agrega a afetividade enquanto sentimento a lhe reger, pois trata-se de verdadeira válvula propulsora a fomentar os enlaces e a constituição das entidades familiares. Nota-se que é o afeto que está sendo colocado como pressuposto; não se está falando aqui nem de fidelidade, nem de lealdade, porquanto se encaixam mais como valores, que até podem nortear uma relação familiar⁶⁰.

Quanto à dignidade, esta encontra-se atrelada ao homem em seu vasto campo individual, e sua abertura termina por se estender ao conceito de família e de entidade familiar enquanto estruturas pluralizadas. A dignidade se manifesta a partir da lógica de homem racional, envolto em sua autonomia da vontade. Permeia o campo da razão no que tange a tomada de decisões e de escolhas de projetos de vida realizáveis a partir do pressuposto de

⁶⁰ Também a família foi amparada pelo texto constitucional no art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (*grifo nosso*).

homem como um valor absoluto. Nessa linha, transcende o físico e o corpóreo para atingir a essência da existência do “ser” em seu extenso raio de ações e produtos colhidos por estas ações. A dignidade humana não se perde, não é passível de mensuração e muito menos pode ser associada à ideia de homem como um meio, mas um fim em si mesmo. Ganha força na medida em que está ligada à vontade, conscientemente tomada; ideia, esta, de verdadeira autonomia que emancipa o “ser”.

Supondo, porém, que haveria algo cuja existência tenha em si um valor absoluto – o que, enquanto fim em si mesmo, poderia ser um fundamento de leis determinadas –, então encontrar-se-ia nele e tão-somente nele o fundamento de um possível imperativo categórico, isto é, de uma lei prática. Ora, eu digo: o homem – e de modo geral todo ser racional – existe com um fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros sempre ao mesmo tempo como fim. (KANT, 2009, p. 428).

A dignidade é princípio, e enquanto princípio mantém-se imutável. Não suporta variações no espaço-tempo. Espalha-se para atingir sua irradiação em várias esferas sociais e instituições do Direito. Se ao homem fora-lhe reservada como fundamento que o emancipa, que enaltece seu existencialismo e a ordem ontológica do “ser”, conseqüentemente, em todas as ações por este praticadas, a dignidade restará entrelaçada. Nas ações humanas, quanto maior for o espectro de carga existencial e de exercício de vontades biopsíquicas, maior será a incidência irradiadora da dignidade. Não há dúvidas de que ela acompanha a atividade existencial humana a abastecer as ações e produtos de suas ações. É nesta linha que as relações familiares realçam e reafirmam o denso enredo por ela envolvido.

Se assim se processa, a dignidade humana, por consequência lógico-dedutiva, também se estende ao bem de família. E, por ser um princípio tão valioso e extremamente dimensionado, pode alastrar-se para todos os sentidos em que apontar a ação do homem. Acompanha todos os rumos que tomar, no que toca suas decisões, projetos de vida e busca de realizações em sentido *lato*. Porém, justamente por apresentar esta força irradiadora é que vem sendo utilizada equivocadamente, como um escudo a proporcionar uma espécie de “superblindagem” ao homem.

Advogam em prol da dignidade sob vários sentidos, atribuem-lhe significações jurídicas e reportam-se a ela muitas vezes de forma descompromissada. A dignidade, assim, passou a resguardar tudo. Ainda que envolta de elevado grau de abstração, seu traçado jurídico caminha num sentido tecnológico cada vez maior de interpretação e aplicação, ou tentativa de aplicação. Neste sentido, tende a abandonar a natureza abstrata para ganhar contornos específicos. A regra,

cuja função é tecnológica, perde cada vez mais espaço jurídico para a aplicação de uma dignidade, que de princípio passa a assumir contornos de regra.

Atenta-se para o fato de que não se está afirmando que as regras têm prevalência sobre os princípios. Não se trata disto, mesmo porque aos princípios é atribuída natureza normogenética. São deles e a partir deles que as regras são elaboradas, a fim de dar tom e sentido à sistemática jurídica. Mas às regras resta a natureza de funcionalidade operacional, a especificar resposta para determinado enredo jurídico que lhes é apresentado. Tampouco está se fazendo discurso minimalista da dignidade, ou ainda negando o pressuposto de que eleva o homem ao *status* de valor absoluto. Porém o homem, visto como valor absoluto, não se confunde com a aplicação da dignidade de forma totalitária. São leituras distintas, mas que trazem confusão no momento da interpretação.

O que vem acontecendo é que o uso desarrazoado da dignidade está causando inconsistências interpretativas que se mostram tão latentes de modo a produzir respostas jurídicas indelévels. Sob a capa de fundamento e de argumento, transformou-se em escudo, ferramenta que, tomada como verdadeira avalanche jurídica presente nas ponderações, representa a base, quase que exclusiva, das interpretações no Direito. Da abstração à especificidade, simuladamente tecnológica, passou a ser dotada de elevada densidade normativa. Ao inebriar-se pela dignidade e toda carga semântica que carrega, o hermenauta esqueceu-se da regra. Verdadeira confusão jurídica.

Disto resulta o desarrazoado contexto interpretativo que vem sendo balizado sobre o bem de família. Previsto nos artigos 1.711 ao 1.722 do Código Civil, onde recebe o nome de convencional ou voluntário⁶¹ e na Lei nº 8.009/1990, onde foi chamado de legal ou involuntário⁶², ao bem de família fora estendida interpretação que abraça o imóvel da pessoa solteira. Ora, de plano, da mera análise da Lei, parece lógica a sua intenção. Da sua simples leitura é possível extrair a teleologia pretendida, qual seja: proteger o bem de(a) família, assim entendida, num contexto plural, de interações, intenções e agir comunicativo existencial que circundam o ambiente familiar

⁶¹ Art. 1.711, CC/02. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

⁶² Lei nº 8.009/1990, Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Contudo, calcado na dignidade da pessoa humana, ganhou espaço no universo jurídico entendimento de que o bem de família estende-se à pessoa solteira sob o argumento de que

[...] o objetivo do legislador teria sido o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um teto onde morar, mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém teria o direito de “jogar quem quer que seja na rua” para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor “personalidade” tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido, pouco importando seja o devedor casado ou solteiro. Essa tese ganhou tanta força, que acabou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, Súmula 364, segundo a qual “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. (FIUZA, 2015, p. 108).

Como afirmado, a dignidade tem sim sua extensão, mas em verdade a Lei nº 8.009/1990, ao estabelecer a impenhorabilidade do bem de família, objetivou alcançar a dignidade familiar, e não a dignidade individualizada a atingir o imóvel residencial do solteiro. O conteúdo teleológico da norma-padrão é claro, não abre espaço para dúvidas, que de fato não existem sobre o texto legal. Ocorre que, de modo descompromissado, atribuíram interpretação extensiva à Lei. Não se trata de mera interpretação extensiva, mas verdadeira expansão exegética que encerrou em novo conteúdo, ou seja, em nova formatação de impenhorabilidade do bem de família, agora também imputada ao imóvel residencial do solteiro. Isto é, de fato e com efeito, legislar; É legislação camuflada sob a forma de interpretação, porém, desvirtuada.

Do caso, deve-se atentar para a segurança jurídica. Assim, é preciso que os limites de todo e qualquer ato interpretativo devam esbarrar em conteúdo normativo (norma-padrão), fato que não se averiguou nesta situação, na qual o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 364/2008, “interpretou” que: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas” (BRASIL, 2008).

Não se refuta da possibilidade de impenhorabilidade do imóvel residencial das pessoas separadas, divorciadas ou viúvas, porque o embasamento pode encontrar sustentação na lei⁶³, no direito adquirido, ato jurídico perfeito, ou ainda, desde que razoável e jurídico, mediante interpretação construtivista dos valores. Em qualquer um desses, há uma lógica interpretativa cadenciada que autoriza, dentro de uma axiologia coerente, a extensão da impenhorabilidade do bem da família. Mas expandir esta garantia ao solteiro restou em ato interpretativo demasiado aberto. Verdadeira exegese que encontra no vazio sua (i)lógica jurídica. Tal possibilidade resta incoerente à teleologia da Lei nº 8.009/1990, cuja intenção é resguardar o bem de(a) família.

⁶³ Art. 1.721, CC/02. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

Ao solteiro não pode ser imputada a condição de *status* familiar, porque assim não é; ninguém é família de si. Garantir a impenhorabilidade alicerçada na tese de família unipessoal⁶⁴ é inconsistente, porque por família entende-se um enredo de espaço-tempo distribuído num cenário plural, onde as relações são de interdependência, em constante comutação de experiências, numa reciprocidade de atos-fatos que se multiplicam e se comunicam por meio de ensaios existenciais, que se processam em determinado seio familiar.

Não importa se é casal ou entidade familiar com filhos, o que importa é que se constitua na pluralidade de interesses⁶⁵, seja do casal, seja da entidade⁶⁶, ou ainda dos pais com os filhos ou destes entre si, quando, nesta hipótese, há a possibilidade jurídica de conservação do instituto do bem de família, haja vista a restrição do art. 1.722, CC/02, que o extingue em razão da “morte de ambos os cônjuges e a *maioridade dos filhos*, desde que não sujeitos a curatela” (*grifo nosso*).

Mais razoável seria a interpretação de impenhorabilidade do bem imóvel do devedor solteiro calcada em sua dignidade, mas lastreá-la à esfera da Lei e o equiparando ao bem de família não se enquadra dentro de uma lógica jurídica prudente e, mesmo, realizável. Neste sentido, Fiuza:

Há também quem defenda a ideia de família unipessoal, a fim de legitimar a proteção ao imóvel residencial da pessoa solteira. Trata-se de verdadeira ficção jurídica, que não se sustenta nem seria necessária, uma vez que a questão se resolveria a favor do devedor solteiro, com o amparo do art. 1.º, III da Constituição, que eleva a dignidade humana ao patamar de fundamento da República. Com fulcro nesta norma, poder-se-ia defender a ideia de um patrimônio mínimo, que garantisse a sobrevivência condigna do ser humano, por mais inadimplente que fosse. (2015, p. 108)

Nesta mesma linha de raciocínio, Anderson Schreiber aponta que:

A proteção jurídica à dignidade da pessoa humana, valor fundamental do ordenamento brasileiro, abrange, como se sabe, a tutela dos múltiplos aspectos existenciais da pessoa: nome, imagem, privacidade etc. Inclui também a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários – e não apenas mínimos – para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Tal garantia decorre logicamente da própria tutela da dignidade humana, que se converteria em fórmula vazia não fosse dever do Estado, das instituições e da sociedade civil assegurar os meios necessários ao pleno exercício dessa dignidade.

⁶⁴ Álvaro Villaça Azevedo sustenta a tese de família unipessoal, sendo o solteiro assim considerado em sentido estrito. Com efeito, para o autor, há plausibilidade jurídica de extensão do bem de família ao imóvel da pessoa solteira (2002, pp. 174-175). No mesmo sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 290).

⁶⁵ No que toca os interesses familiares relacionados ao bem imóvel, importante ressaltar que, para que se configure o bem de família e sua respectiva impenhorabilidade, deve haver *relação de dependência* para com o bem. Esta relação, que não precisa ser cumulativa, pode ser física, quando a família o utiliza para fins de moradia, ou então econômico-financeira, quando o bem se presta a servir de fonte de renda familiar (*grifo nosso*).

⁶⁶ Da análise do art. 1º da Lei nº 8.009/1990, nota-se a intenção legislativa que diferencia casal de entidade familiar. Para a Lei, a entidade familiar comporta filhos.

Entre estes meios, avulta em importância a habitação, que, repita-se, é requisito inerente à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana. [...] a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, veio inserir expressamente no rol dos direitos sociais (art. 6.º) o direito à moradia, com aplicabilidade direta e imediata. (2002, pp. 83-84)

O que se está defendendo é que a intenção da Lei foi abraçar o bem de família tendo em vista a dignidade familiar, protegendo-o do crédito de terceiros em face da dívida contraída em prol e pela família, e que pode incidir sobre o imóvel que sirva de moradia. A dignidade aqui envolta não é aquela individualizada, a suportar a dívida contraída pela pessoa solteira.

Ao solteiro não há que se atribuir a mesma proteção, não só porque não foi amparado, mas também porque o crédito tem também dignidade⁶⁷. Ora, o crédito importa em relação negocial estabelecida entre as partes, nasce dele o dever obrigacional de cumprimento alicerçado numa ética comportamental entabulada pelo acordo de vontades. Trata-se do dever de boa-fé presente nas tratativas, ou seja, ato personalíssimo que sustenta o empenho da palavra dada. Sobre o dever gerado pela obrigação, anota Judith Martins-Costa:

[...] se pretende tutelar o comportamento correto, a confiança depositada pelas partes na seriedade do negócio proposto sob a tutela da boa-fé, vale dizer, o respeito pela palavra dada, pela expectativa do correto cumprimento gerado na contraparte, pela confiabilidade da conduta, pela justa esperança em um comportamento leal. (1992, p. 155).

Sobre o crédito e a dignidade do qual se reveste, também pondera César Fiuza:

O problema ganha um novo matiz, porém, se introduzirmos uma nova indagação: não teria o legislador ordinário feito uma opção pela dignidade da família e não pela dignidade da pessoa solteira, isto é, daquela que reside só? Digo isso porque não podemos nos esquecer de que *o crédito também gera dignidade*, isto é, a livre circulação de produtos e serviços gera riquezas, empregos, tributos etc. Em outras palavras, o crédito deve ser protegido, dada a dignidade que gera. Contrapondo a dignidade do crédito à da família, optou o legislador pela última, inclusive pelo fato de que, muitas vezes, a dívida inadimplida é contraída em benefício apenas de um de seus membros, aquele formalmente dono do imóvel. Por outro lado, a pessoa solteira que more sozinha não tem, em princípio, maiores problemas para se arranjar. Por isso, confrontada a sua dignidade à dignidade do crédito, optou o legislador por este último. (2015, p. 108, *grifo nosso*).

⁶⁷ Trata-se esta questão de antinomia jurídica a envolver conflito aparente entre dignidades (dignidades conflitantes), que se processa num plano metafísico. De um lado a dignidade da família em relação à proteção de seu bem imóvel residencial, do outro lado, o crédito, também revestido de dignidade, por importar no empenho da palavra dada, visto como uma ética comportamental a guiar os sujeitos. Como se vê, diante deste conflito, a Lei nº 8.009/1990 optou, valorativamente, pela dignidade da família. O mesmo raciocínio não se processa quanto ao imóvel residencial da pessoa solteira, pois, de fato, se algum conflito existe, este se dá no plano da dignidade pessoal deste, e não com suporte na teleologia da Lei. Sobre antinomias jurídicas, vide Norberto Bobbio, “Teoria do ordenamento jurídico”, Ronald Dworkin, “Uma questão de princípio” e Robert Alexy, “Colisão de direitos fundamentais”.

Destarte, a própria Lei estabelece que o instituto do bem de família não é absoluto, fazendo ressalvas que possibilitam sua penhorabilidade nas hipóteses taxativas do art. 3^o⁶⁸. Como se vê, nem o bem imóvel residencial fica a salvo diante de situações onde o crédito faz-se valer e se sobrepõe ao interesse privado da entidade familiar. Tratam-se de situações estanques, pelas quais vigorou o bom senso legislativo em garantir o direito ao crédito, também imbuído de dignidade, ante o direito de resguardo do bem familiar, que nestas situações pode ser penhorado.

Assim, em que pese opiniões contrárias – entende-se, pelas razões acima expostas –, que o imóvel da pessoa solteira não merece a proteção da Lei 8.009/1990, tampouco dos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil. Frisa-se que a hermenêutica ora aplicada não é fruto de trabalhoso ato interpretativo de efeito extensivo, mas pura e simples ampliação legislativa, que terminou por descaracterizar a teleologia da Lei. A segurança, nesta exegese, restou corrompida.

Neste gancho é que também se argumenta que a relação negocial crédito/débito está envolta pelo risco social. A teoria das obrigações estabelece que os contratos devam ser cumpridos por meio do adimplemento, forma natural ou espontânea de extinção dos acordos firmados. O risco da inadimplência é imanente às relações negociais, pois uma parcela considerável dos contratantes não conseguirão, efetivamente, cumprir seus termos. E isto é fato. Este risco é social porque termina por afetar toda a sociedade. É esta que arcará com o ônus da inadimplência de créditos não solvidos, o que importa em aumento das taxas, juros e alíquotas em geral a repercutir em todas as relações obrigacionais entabuladas.

Ora, quanto maior o endividamento causado por créditos não executados, maiores serão as taxas cobradas; mero liame de causalidade. É uma questão de segurança de mercado que tem reflexos nas relações pactuadas. O risco da inadimplência social é o fato gerador a sopesar a onerosidade dos contratos.

No que tange o bem de família, acertada é a proteção ofertada pela Lei n^o 8.009/1990, pois considerou que a dignidade familiar também está assentada no imóvel residencial. Seria

⁶⁸ Art. 3^o A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, *salvo se movido*: II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

descomunal possibilitar a penhora deste bem em razão de créditos não cumpridos. Verdadeiro desajuste e caos social. Disso decorre uma lógica não somente no plano sociológico, tantas as injustiças que seriam cometidas, mas também no plano jurídico, vez que atribuir-se-ia maior importância ao crédito do que ao mínimo vital que assegura o direito social à moradia. Como se vê, é uma questão axiológica.

O mesmo raciocínio não pode ser feito ao solteiro em razão de créditos não solvidos. Em sua defesa poder-se-ia argumentar sua dignidade, numa esfera individual, para impedir a penhora do bem imóvel, mas não utilizar a Lei como escudo para tal, porque para este fim ela não se presta. Atenta-se que a defesa aqui não é contrária aos interesses do solteiro, muito menos intenta-se minimizá-lo enquanto “ser” envolto em sua humanidade mas, em verdade, da teleologia da Lei de impenhorabilidade só o que se pode dela extrair é a proteção do bem de(a) família, seara, esta, alheia ao solteiro.

Aspecto importante reside na análise temporal e espacial da Lei nº 8.009/1990. É que referido diploma foi elaborado tendo em vista pensamento jurídico bem distinto do cenário social que se vive hoje. Ao tempo em que teve por pertinência temática a proteção do imóvel residencial “bem de família”, o entendimento consolidado, então à época de sua aprovação, estava assentado em construtos sociais calcados em projetos e projeções de entidades familiares sólidas, de permanência de enlace matrimonial e de constância sustentada em arquétipos monogâmicos.

A Lei veio à lume por acreditar que atenderia situações incidentes de realizações familiares num espaço-tempo circular invariável, ou quase invariável. Contudo, tais projeções, antes mesmo de sua vigência, já passavam por inconstâncias e por mutações perceptíveis na sociedade. Em tempos de liquidez, as novas projeções sociais de família, definitivamente, não estão abraçadas pela teleologia legal.

Assim, modelos de famílias plurais, uniões estáveis, relações de fato e de identidade de gênero⁶⁹ não encontram guarita na norma-padrão, mas que não podem ficar à margem da atividade hermenêutica, que precisa ser exercida a partir de metodologias, a exemplo da técnica indutiva. A aplicação da indução, casada com o método jurídico axiológico, se faz salutar e pertinente, pois, conjuntamente, vão incidir sobre o problema que lhes é exposto. Disto decorre o enfrentamento da situação estanque envolvida em suas peculiares e especificidades. Os valores sociais circundantes, a realidade e a forma como se apresenta a adequação normativa, são pontos de interpretação a abraçar ambas metodologias.

⁶⁹ Quanto aos novos formatos de entidades familiares, vide próximo tópico sobre “da (im)possibilidade jurídica dos efeitos patrimoniais do ‘concubinato’”.

5.3 Da (im)possibilidade jurídica dos efeitos patrimoniais do “concubinato”

Qualquer análise metodológica sobre as novas propostas de entidades familiares deve levar em conta a fluidez e a velocidade das relações interpessoais na pós-modernidade. São transformações sociais das quais o Direito não pode virar as costas, ainda que não consiga acompanhar o acelerado ritmo delas; e nem precisa, pois, essa tarefa subsiste, indubitavelmente, ao trabalho interpretativo de adequação e flexibilização, de modo a desdobrar os efeitos normativos afinados com o novo paradigma de família que vem sendo disseminado na sociedade brasileira.

Frisa-se que a norma-padrão é apenas uma fonte do Direito, restando ao normativismo (junção da norma-padrão mais a atividade interpretativa axiológica) a análise e a integração dos casos em suas peculiaridades.

Tal se explica porque as entidades familiares e suas novas formatações são questões muito mais ligadas a aspectos antropológicos e sociológicos do que jurídicos. Porém, o que se verifica é uma atuação do Estado a ditar enredos e projetos de formatação familiar. Definitivamente, desta atividade não deve se ocupar, pelo menos não precipuamente. Mas a ingerência estatal termina por produzir regras limitadoras da autonomia da vontade naquilo que ela tem de mais singular, o exercício das liberalidades de escolhas de vida; anseios humanos tão atrelados à ordem puramente existencial.

Não se está dizendo que o Estado não deva disciplinar. Disto resulta um equívoco, porque por disciplinar pode-se entender o estabelecimento de regras que se apresentam como diretrizes a nortear as relações humanas; já a ingerência é efetivamente uma interferência estatal que, através de regras, dita comportamentos, parametriza condutas e engessa as relações sociais, provocando verdadeiro cerceamento da autonomia da vontade ante enredos tão humanos e existenciais, a exemplo das formações familiares.

O que se observa é quase uma espécie de autoritarismo estatal a dominar (manipular) a autonomia da vontade em frontal colisão às liberdades e às escolhas de projetos de vida dos indivíduos. O Estado tem o dever de disciplinar, mas não de exercer intervenção. Todavia, a disciplina não significa criar norma-padrão para cada configuração familiar que possa eventualmente se apresentar. Isto seria algo irrealizável e despiciente. Para os enlaces humanos que envolvem a afetividade, o Estado precisa deixá-los correr naturalmente, respeitando o fluxo da dinâmica social e existencial do homem; a disciplina, neste sentido, é restrita e ao mesmo tempo abstrata – logo, sua presença deveria ser mínima.

Neste passo, a ideia que se apoia em relação às novas formatações familiares é em prol de uma disciplina pautada por regras que resguardam os valores sociais de ordem pública, bom convívio e de natureza humana e digna, proporcionando às pessoas o livre exercício de suas escolhas (o “ser-aí” no mundo).

O próprio Código Civil peca pelo excesso de conteúdo ao regradar os direitos de família e sucessório. A Lei, ao invés de exercer tamanho intervencionismo na autonomia da vontade dos sujeitos, poderia balizar-se, como já o faz em outras passagens, por meio de conteúdos amplos, a exemplo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesta perspectiva é que entra em cena o método jurídico axiológico, a sopesar valores circundantes, analisar as peculiaridades de cada caso, refletir em torno dos juízos de adequação (de valor e de realidade) a fim de apontar resposta jurídica afinada com a regra e ajustada com a mutabilidade intrínseca dos fatos sociais; principalmente estes, de ordem tão existencial e que permeiam as relações pessoais em sua mais pura privacidade e densa intimidade.

Ora, as relações familiares se apresentam de forma *sui generis*, por serem manifestações fisiopsíquicas imbuídas de maior subjetivismo, numa carga muito mais sensível do que as outras relações privadas previstas no Código Civil. Toma-se o direito obrigacional e o direito real, que representam ligações das pessoas com objetos (contratos e bens). Ainda que haja a feição subjetiva da autonomia da vontade aí envolvida, certa tonalidade objetiva deve pairar para regular estas situações. O poder de escolha dos sujeitos para estes direitos precisa convergir com regras de disciplina jurídica mais concretas para se chegar a resultado determinado. Já o direito de família se apresente num fluxo mais contínuo, etéreo. São relações que necessariamente se passam entre os interesses dos sujeitos envolvidos. Não se trata de uma objetivação que encerra numa coisificação, no sentido de enrijecer as relações familiares, como se a elas isso fosse possível imputar. A parametrização destas relações acarreta num círculo hermenêutico hermético a estatuir verdadeiro fechamento operacional redutor das opções de escolha e dos projetos de enredos familiares que podem ser frutificados.

Não se está querendo dizer que as relações familiares devam caminhar rumo à liberdade absoluta, descambando numa libertinagem e descompromisso, ou mesmo num desrespeito, entre as pessoas e seus sentimentos. Não se trata de anarquia familiar. Tampouco pretende-se descartar a norma-padrão e sua pertinente contribuição jurídica. Mas parte-se da defesa de norma mais abstrata para as relações familiares. Norma que discipline, mas não determine; que intencione, mas não manipule; que direcione, mas não condicione os projetos de vida das pessoas. Enfim, que não pretenda parametrizar, ditando o que é certo e o que é errado, mas que

estabeleça cláusulas gerais sobre dignidade, solidariedade, respeito e bom convívio no âmbito familiar.

Mas o modo como o Estado vem intervindo no direito de família – e quando se fala em Estado quer se incluir não só as leis, mas a postura interpretativa do judiciário – não converge com a proposta de sociedade aberta. Se democracia e liberdade mantêm liame sintagmático, qualquer cerceamento aos projetos de escolha de vida importarão em afronta à própria democracia. A democracia não resulta somente de processo de participação e inserção dos cidadãos no cenário político-governamental, mas também de processo de inclusão, de efetivo exercício no plano social, que encontra caloroso amparo no direito de família. A esfera privada de realização também é *locus* onde as pessoas se destacam enquanto agentes transformadores, sujeitos de direito a reivindicar maior exercício das liberdades pessoais.

Assim, ao contrário da criação de norma para cada situação estanque que se apresenta, a melhor opção é a figura do Estado mínimo, mediante disciplina restrita. Esta, com certeza, é a axiologia mais apropriada que o Estado poderia adotar diante de enredo volátil e tão eminentemente pertencente a ordem do “ser”. À hermenêutica, restará a atividade interpretativa necessária a apurar caso a caso, vez que “A conformação da família contemporânea em muito difere do modelo oitocentista: patrimonial, hierarquizada, patriarcal. O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos” (FIUZA e COSTA POLI, 2015, p. 153).

Muitas são as interpretações sobre os novos modelos de família, descambando em sentidos diversos e que terminam por remeter para outras projeções que, por vezes, descaracterizam a essência das entidades familiares em si. Exemplo disto são algumas propostas de famílias sociológicas ou parafamiliares. Estender o conceito de entidade familiar é o objetivo aqui, mas sem recair em rumos incertos e inseguros de interpretação. Nesta senda, acertada a ponderação de César Fiuza e Luciana Costa Poli, que apontam para conceito de família inserto na pós-modernidade:

O conceito de família hoje decorre do seguinte: família para a promoção do indivíduo, sua autonomia e pleno desenvolvimento da personalidade; família sem necessário casamento, pautada na igualdade entre os filhos e entre os genitores. Em todos os lares onde houver pessoas ligadas, seja por laços de sangue ou não, unidas pelo afeto, pelo plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família. (2015, p. 155).

Sem perder de vista a justiça pretendida e a segurança necessária, a proposta que aqui se apresenta, a partir do método jurídico axiológico – que se vale tanto da análise dos valores

sociais circundantes como do juízo de realidade que se faz das situações concretas –, é que se aponta para três liames, *cumulativos*, nesta ocasião estabelecidos para se apurar a existência ou não de entidade familiar; quais sejam: a) afetividade; b) agrupamento por laços de casamento, união estável, sociedades de fato (famílias plurais), por descendência e/ou ascendência e, mesmo, por afinidade social; e, por fim, c) dependência, que se desdobra em sentimental⁷⁰, que se perfaz pelo envolvimento recíproco assentado em razões subjetivas, a exemplo das demonstrações de amor, carinho, atenção, conflitos interpessoais, preocupação, bem-estar e cuidado; e dependência material, que pode ser absoluta, relativa ou mútua. É absoluta quando um familiar mantém, de maneira exclusiva, dependência de um ou mais familiares. É relativa quando um familiar, que apesar de produzir certa riqueza ou auferir determinada renda, ainda se mantém parcialmente dependente de um ou mais familiares. E é mútua quando não há dependência material de forma absoluta e nem relativa, mas sim união de esforços econômicos e financeiros, independente de quem contribua mais ou perceba maior renda.

Quanto ao critério agrupamento, necessário outros esclarecimentos. Primeiro, a comprovação deste liame pode ser feita por meio de instrumento solene ou não, a exemplo do casamento civil, da declaração pública (certidão lavrada em Cartório de Registro de Notas) ou particular de união estável, ou ainda contrato de sociedade de fato, levado ou não a registro. Na ausência destes documentos, a prova pode ser testemunhal aliada a outras de conteúdo material que possam comprovar o agrupamento familiar, a exemplo de despesas, contas, transferências, mensagens telefônicas, troca de e-mails, etc. Enfim, diferentes meios probatórios admitidos em processo. Segundo, o agrupamento requer estabilidade e ostensividade, que pode se processar num plano físico, quando os grupos dividem o mesmo espaço para fins de moradia, ou mesmo no plano abstrato – porém, neste caso, a ideia de agrupamento ganha outra tonalidade, vez que, no mínimo, deve haver a concorrência de interesses afins, ou seja, de construção de planos e projetos de vida em comum. Esta situação pode acontecer no caso de um casal que se conheceu virtualmente e passa a se envolver à distância, utilizando a internet como ferramenta de comunicação e aproximação. A estabilidade é a permanência, a duração da relação familiar que necessariamente deve se processar num enredo espaço-tempo. Já a ostensividade é a notoriedade que deve ser levada ao conhecimento de terceiros para fins de publicização da facticidade, seja ela social ou jurídica, da relação familiar.

⁷⁰ A dependência sentimental aqui ressaltada nada tem a ver com as afetações psicossomáticas ou de ordem psicótica que possam trazer prejuízos ao bem-estar físico e/ou mental das pessoas. Não se trata deste tipo de dependência patológica, mas das sensações e reações da natureza do homem, que o estimulam enquanto sujeito interativo, por meio de processos de identificação, a aproximar-se de seus pares por afinidades e congruência de interesses num ritmo cadenciado de envoltimentos sentimentais.

Sobre a possibilidade de formação de laços por afinidade social através de relação parafamiliar, tal hipótese é viável, mas calcada em interpretação cuidadosa. É que para a configuração destas propostas de famílias, faz-se necessário o preenchimento dos liames acima citados, mas por não haver o *affectio maritalis*, porque este liame não é de sua natureza, a demonstração da afetividade – a fraternal, por exemplo – vai exigir apuração mais rigorosa e que dependerá da análise de cada caso⁷¹. Uma saída, calcada na autonomia privada, seria o registro de contrato de sociedade de fato enquanto possibilidade jurídica para dar maior segurança à existência das relações parafamiliares. Via de regra, estas relações não se equiparam à entidade familiar, dependendo de provas sobre os liames acima traçados para tal. Se assim não o for, qualquer um pode vir a ser ente familiar de outrem, razão pela qual se justifica a apuração mais ostensiva. De todo modo, seja qual for a hipótese de formatação familiar, elas precisam conter os elementos do negócio jurídico: existência, validade e eficácia, ainda que num plano verbal e abstrato.

Quanto à validade, o inciso III do art. 104, CC/02⁷² estabelece que o negócio jurídico também deva ter “forma prescrita ou não de defesa em lei”. No que toca às novas propostas de famílias, se este inciso for levado ao pé da letra, muitas serão tidas por inválidas. Para estes casos, resta, então, o trabalho hermenêutico, a flexibilizar e adequar o rigor do inciso em comento.

Apesar da dificuldade de se apurar o conteúdo do afeto, ele é uma diretriz informadora a preencher toda e qualquer espécie de entidade familiar. O afeto, seja qual for sua essência (marital, fraternal), é sentimento inserto nas relações familiares, em maior ou menor intensidade. Isto se dá porque as relações familiares não são sempre “um mar de rosas”, vez que da própria afetividade, por ser marcada pela proximidade e mesmo pela intimidade, pode advir dissabores, angústias e problemas familiares em geral. O ambiente familiar é espaço de comunicação que, ao mesmo tempo, pode gerar amor – e pode também gerar desconforto emocional. Sobre o afeto, Fiuza anota que

⁷¹ De forma muito tímida, o Projeto de Lei nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), em seu art. 69, prevê possibilidades de famílias destituídas do *affectio maritalis*. O rol estabelecido não corresponde, necessariamente, às relações parafamiliares. Também, entende-se tratar de rol meramente exemplificativo, dependendo da análise de cada caso para fins de apuração da existência ou não de entidade familiar, levando em conta os critérios (liames) aqui propostos. Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar. § 1º Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco. § 2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais.

⁷² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A afetividade, embora mereça atenção jurídica, não é norma, mas fato que pode estar presente nas relações familiares, digo “pode”, porque o afeto num sentido positivo (amor, carinho) nem sempre será presença constante no seio familiar. Lá podem imiscuir-se sentimentos de ódio, inveja e desamor, tão graves quanto os de amor. Uma família normal é um conglomerado de seres humanos, na melhor das hipóteses neuróticos, que podem se amar e se odiar com a mesma intensidade. Podem fazer-se bem, mas podem fazer-se muito mal. [...] Transformar um sentimento em norma é algo, senão inviável, indesejável. É exigir que todo ser humano seja perfeito ao conduzir seus sentimentos. O legislador não deve entrar nessa esfera íntima, a não ser para coibir a violência e abusos. (2015, p. 1190).

De fato, a estrutura familiar não é um tudo harmonioso, mas também desarmonioso, e isto não desqualifica o afeto, que pode se transformar ou mesmo acabar. Ainda que o afeto não exista mais, a formação familiar dele partiu, encontrou em seu alento a premissa incentivadora. De tudo que foi dito, é importante considerar que é no seio familiar, com ou sem afeto, onde “melhor se desenvolve a personalidade” (FIUZA, 2015 p. 1184). É na família que se encontra a base para a formação do “ser”, a lapidar as primeiras linhas para a gênese do caráter das pessoas.

Salienta-se que tal justificção sobre o afeto não quer dizer que as relações familiares não se perfaçam por laços sanguíneos ou consanguíneos, porque, de fato e de direito, assim elas se produzem e a própria Lei desta forma estabelece. Mas o fato é que, quando se amarra o afeto às relações familiares, quebra-se aquela ideia enrijecida de patrimonialidade para atribuir maior humanidade aos enlaces familiares. O afeto assume esta coloração, repersonaliza o que, por natureza, é personalíssimo, ainda que dele desperte sentimento que possa se estender do amor ao ódio, mas ainda assim afetividade (FIUZA e COSTA POLI, 2015, p. 153).

Já fora afirmado que a lealdade e a fidelidade não são princípios a nortear as relações familiares. Entende-se que sejam valores. O valor é mutável, suscetível de variabilidade de conteúdo a depender do espaço-tempo em que se processa. Desta ideia decorre a lealdade e a fidelidade. Ora, o fato de o esposo ter uma amante não importa em deslealdade, se dessa infidelidade a esposa toma conhecimento e assim aquiesce. Tampouco é infidelidade se da relação resulta comum acordo que autoriza relações sexuais com outras pessoas. São particularidades da relação, situações tratadas em sede de autonomia da vontade dos sujeitos, onde só os envolvidos é que poderão julgar a carga valorativa violada no que tocam a lealdade e a fidelidade. Em ambos os casos, é a boa-fé a reger tais hipóteses. Ademais, a não observância da fidelidade, que acarreta no não cumprimento do respeito e da lealdade, não é fator suficiente para descaracterizar a formação de famílias paralelas no que tange aos seus efeitos sociais e

jurídicos, vez que “tanto a Lei nº 9.278 de 1996⁷³, como o Código Civil não mencionam expressamente a observância do dever de fidelidade recíproca para que possa ser caracterizada a união estável” (FIUZA e COSTA POLI, 2015, p. 161)⁷⁴.

O mesmo raciocínio direciona-se para a monogamia. Vista por muitos como um princípio a reger a entidade familiar, esta resta cambaleante, não no sentido pejorativo, mas no sentido de que cada vez mais se torna flexível e ajustável à vontade dos sujeitos. E se é flexível, como pode ser, então, princípio?

O princípio, por sua natureza, não comporta variação espaço-tempo; princípio é princípio. Sua aferição é como uma régua e suas extremidades, ou ele está num ou noutro extremo, não suporta meio termo, relativismos. Ora, toma-se como exemplo o princípio da igualdade. Igualdade é igualdade seja aqui, em outro lugar do mundo, ou em outro momento histórico. Materialmente considerado, todos são iguais. Mas o valor que se atribuiu à igualdade há duzentos anos não reflete o valor hoje designado no Brasil. O valor que se destaca à igualdade das mulheres é diferente entre os países do oriente e do ocidente. Como se vê, é o valor impresso que dá a tonalidade ao princípio, porque este, por sua natureza, não suporta oscilações. Neste sentido, Rizzato Nunes:

É preciso deixar clara uma distinção entre princípio e valor, para buscar eliminar a confusão que se faz entre os conceitos na linguagem jurídica corrente. Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que vale, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, social, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídicas ou não [...]. O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação. (2002, p. 05).

Por esta “lógica do razoável” é que a monogamia não pode ser princípio. Se assim é recepcionada pelo universo do Direito, é muito mais por conta de uma moral religiosa do que por critérios hermenêuticos. Justamente por esta capacidade de adequação, a depender do crivo de apreciação acordado pelo ajuste de vontades dos sujeitos envolvidos, está mais próxima de um valor do que de um princípio. “Elevar a monogamia à categoria de princípio é perpetuar o

⁷³ Lei que regulamenta a união estável entre homem e mulher. Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

⁷⁴ Também os autores anotam ponderação pertinente sobre a hostilização jurídica que se faz sobre a infidelidade, vista enquanto fato gerador causador de um pânico moral a abalar a estrutura social e a ordem moral (2015, p. 162).

que o texto constitucional não disse; é vendar os olhos para inúmeras realidades familiares; é perseguir resultados desastrosos; é negar o reconhecimento e proteção a diversos núcleos familiares” (FIUZA e COSTA POLI, 2015, p. 166).

Diante das novas formulações de famílias é que surgem indagações sobre as uniões paralelas que se perfazem sob a estampa do repúdio social e do olhar transversal da interpretação jurídica dos Tribunais. É que, calcada muitas vezes em conservadorismos, muitas relações familiares que se ajustam a ideia de união estável, mas que, por se processarem paralelamente às uniões consideradas moralmente aceitas, deixam de ser reconhecidas, perdendo, assim, o resguardo jurídico merecido. O Superior Tribunal de Justiça assim vem se mantendo, praticamente vedando os olhos e ignorando estes modelos estruturais de família que se organizam simultaneamente às relações ditas solenes, formalizadas ou aceitas por uma moral social comum.

A insistente posição do Superior Tribunal de Justiça, em evocar a fidelidade como requisito à configuração ou caracterização da união estável e repudiar o reconhecimento de eventuais relações estáveis paralelas, fundamentando seus julgados em valores morais que não correspondem ao pulsar dos anseios do homem contemporâneo, parece revelar sua crença de que a família e, conseqüentemente, toda a sociedade, estaria sob premente ameaça. (FIUZA e COSTA POLI, 2015, p. 163).

Encampadas sobre a denominação de concubinato⁷⁵, muitas são as uniões evidentemente estáveis, mas que por restrição legal, são impedidas de se ajustar aos contornos normativos do Direito. Têm repercussão no plano fático, mas inibidas quando da conversão para a esfera jurídica, seja porque não contemplam a exigência legal⁷⁶, seja por conta de interpretação ainda amarrada aos construtos morais sociais de família sólida, que já não mais se perfazem.

Indubitavelmente, às uniões estáveis paralelas restam direitos patrimônios advindos, seja pela sucessão por morte, seja pela dissolução do vínculo. O olhar impuro que reina na interpretação não pode ser óbice para o resguardo dos direitos ali adquiridos. O Direito não pode marginalizar tais relações a ponto de descartá-las enquanto fato social efetivamente realizável e estanque na sociedade pós-moderna. Isto acontece porque, muitas vezes, são associados às uniões paralelas os casos de impedimento para o casamento, previstos no art.

⁷⁵ Esta denominação por si só já é pejorativa, razão pela qual passará a ser chamada a partir de agora de união paralela, ainda que a Lei Civil faça uso da nomenclatura “concubinato”.

⁷⁶ Art. 1.727, CC/02. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

1.521, do CC/02⁷⁷, o que gera desconforto jurídico decorrente do prévio juízo de valor tendencioso que se lança sobre essas uniões.

De fato, não se cogita discussões aqui sobre as uniões incestuosas deste artigo, cuja linha tênue margeia entre o imoral e o amoral. A relação incestuosa, evidentemente, assusta e causa repulsa social. O Direito pátrio não abraça, e nem poderia, a possibilidade destes tipos de “uniões paralelas”. E quando se diz que não abraça é porque mesmo o Direito Brasileiro é restrito ao mensurar qualquer antijuridicidade para tais hipóteses. Assim, nem o Direito Civil, nem o Direito Penal as especificam expressamente enquanto tipicidades, em razão da total aversão social e moral que despertam. Por se tratar de cenário tão hediondo, as hipóteses incestuosas (e também o inciso VII) não são o objeto deste trabalho.

Contudo, há de se falar da possibilidade de uniões advindas da vedação do inciso VI, que ao proibirem de se casar as pessoas casadas, estende tal vedação às hipóteses de uniões paralelas que podem se formar. Com efeito, o que se analisa são estas entidades familiares plurais, que encontram esbarro legal e jurídico-interpretativo. Uniões que podem se formatar em diversos enredos, seja porque o companheiro já é casado, seja porque, ainda que não seja casado, já está em união estável com outrem.

Em sede de julgamento do (RE) 397762/2008, o STF pacificou entendimento de que a “concubina” não tem direito à divisão de pensão por morte. No caso, o falecido era casado e vivia maritalmente com a esposa, com quem teve filhos, mas manteve relação paralela, por mais de trinta anos, tendo tido outros filhos desta relação. A Corte foi taxativa ao inibir os efeitos patrimoniais à união paralela com base no rigor do parágrafo 3º, art. 226, da CF/88⁷⁸.

Para o relator, Ministro Marco Aurélio, em razão da vedação legal do Código Civil aliada ao tratamento constitucional da matéria, não poderia ser considerada união estável a relação ente o falecido e a convivente, que nos seguintes termos se manifestou:

[...] para ter-se como configurada a união estável, não há imposição da monogamia, muito embora ela seja aconselhável, objetivando a paz entre o casal. Todavia, a união estável protegida pela ordem jurídica constitucional pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da Carta da República, tem-se como objetivo maior da proteção o casamento. [...] O reconhecimento da união estável pressupõe possibilidade de conversão em casamento.

⁷⁷Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁷⁸Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. A manutenção da relação com a autora se fez à margem e diria mesmo mediante discrepância do casamento existente e da ordem jurídica constitucional. (BRASIL, 2008).

A possibilidade de se reconhecer a união como entidade familiar e seus respectivos efeitos patrimoniais, pressupõe, para o Ministro, a possibilidade de conversão em casamento. Verdadeira interpretação a acarretar engessamento social das relações privadas.

Ainda que evidente o forte envolvimento entres os companheiros, o Ministro ponderou que o falecido era o chefe da família oficial e vivia com sua esposa, razão pela qual “[...] não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro haver mantido o casamento com quem contraíra núpcias e com quem tivera onze filhos. [...] No caso, vislumbrou-se união estável quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil” (RE, 2008, p. 617, 618).

Em voto divergente e vencido, o Ministro Carlos Ayres Britto acertadamente ponderou que o amparo constitucional tem previsão num todo maior em capítulo próprio da Constituição (Capítulo VII – Da ordem Social) e sua amplitude abraça a família, criança, adolescente e o idoso. “Capítulo que tem um denominador comum, ou um mesmo fio condutor, *que é tratar dos quatro temas por modo protetivo. Tutelar*” (RE, 2008, p. 621, *grifo no original*).

Nesta linha, o Ministro justifica que cada um destes temas se conectam, de modo a referenciar-se sob a forma de vasos comunicantes, e prossegue ao dizer que “*o hermeneuta não tem como fugir do imperativo de que ao capítulo constitucional em causa é de ser conferido o máximo de congruente unidade*” (RE, 2008, p. 622, *grifo no original*). E conclui, “Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de ‘filhos concubinários’” (RE, 2008, p. 628-629).

Com interpretação diversa, em recurso de Apelação Cível nº 70022775605 tramitado no TJ/RS, fora determinado a partilha de bens e pensionamento em processo de reconhecimento de união estável paralela ao casamento e, posteriormente, paralela à outra união estável.

A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. *Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões.* O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão

sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. (BRASIL, 2008, *grifo nosso*).

Sob outra conotação jurídica, o STJ aponta para interpretações amparadas no dever obrigacional de reparar a “concubina” pelos serviços domésticos prestados durante a vigência da relação extraconjugal. É neste sentido que a Corte vem se posicionando em alguns julgados (RE nº 303.604 – SP, 2003, p. 01), retirando a matéria da alçada do direito de família e tangenciando-a para a esfera do direito das obrigações.

Em que pese o malgrado hermenêutico, ao atribuir indenização a título compensatório à “concubina”, o STJ pode até imprimir valoração à celeuma, mas, em verdade, de forma minimalista e com certo olhar de rejeição, exerce ato interpretativo desarrazoado ao promover absurda sub-rogação de direitos, isentando o caso da aplicação do direito de família. Verdadeira peripécia exegética que, em palavras comuns denotam traduzir: “não podemos reconhecer o que você quer, mas se serve de consolo, resta uma indenização para lhe compensar os serviços domésticos prestados durante esses anos”⁷⁹. Da ementa se extrai que:

Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato, até o óbito do concubino. (BRASIL, 2003).

A defesa que se traz à baila é a do exercício das liberdades de escolha dos sujeitos envolvidos no enredo familiar. Ao Direito resta o importante papel de disciplinar – por meio de normas abstratas – o conteúdo jurídico, sem que dessa regulação nasça projetos moldadores de conduta ou de comportamento. Como dito, não se está a apoiar anarquismos, mas postura jurídica que permita o livre fluxo das relações familiares; claro que disto resulta a funcionalidade da norma-padrão, a promover leitura geral mediante normas programáticas, isto é, a nortear comportamentos que abraçam a dignidade da entidade familiar num sentido amplo. É neste sentido de realização material que o Código Civil pode se encaixar na proposta de democracia e de comunicação de interesses que pairam sobre uma sociedade aberta.

Nesta vazão interpretativa é que o método jurídico axiológico passa a atuar, por meio da valoração alçada e da realidade apreendida, fornecendo critérios (liames) para apuração da

⁷⁹ Pede-se vênica, nesta passagem, pelo senso comum da abordagem, mas é que a violência simbólica praticada pelo Poder Judiciário, em alguns decisões, vai na contramão do clamor social, que reivindica posicionamentos mais ajustados à realidade dos fatos.

configuração ou não de entidade familiar. Disto não resulta parametrização, frisa-se, porque os critérios propostos estão sustentados em metodologia axiológica, por tal, não são passíveis de enraizamento, vez que suscetíveis às variações do contexto espaço-tempo.

A abordagem dos liames teve como idealização o cenário atual, marcado pela liquidez e pela velocidade. De outra banda, apesar de não serem fixos, são importantes para fins de direcionamento dos pressupostos apuradores de um arranjo mínimo, e também necessário, de uma entidade familiar (que hoje, se mostra tão multifacetada). Assim, fazem-se funcionais em razão das intensas mudanças sociais que podem apontar para produtos familiares inconsistentes, e disto resulta anarquismo.

Como se nota, a finalidade dos critérios não é fomentar qualquer tipo de fechamento operacional. Por sua natureza não engessam ou, se o fazem, é o mínimo possível, vez que estão calcados em valores circundantes e na realidade fenomênica social na forma como se apresenta e como se inclina para os novos modelos familiares.

5.4 Da (im)possibilidade jurídica da usucapião de bens públicos dominicais

Qualquer abordagem sobre a propriedade remete à exegese que busca acompanhar o embalo da mutação⁸⁰ constitucional e das leis em consonância com os valores sociais que abraçam o instituto. Tal se processa porque o direito de propriedade encontra íntima ligação com a democracia e com o Estado Democrático de Direito.

É a partir das constantes interpretações lançadas sobre a propriedade que se viabiliza sua evolução construtiva. Amparada nos valores sociais de determinado espaço-tempo, sua leitura passou a ser promovida a fim de lhe atribuir a tonalidade jurídica a permeá-la no cenário circundante. Disto resulta que, hoje, afigura-se densa carga valorativa atribuída à funcionalidade da tutela material da propriedade. Valoração, esta, que despertou tanto no Direito como na sociedade um outro olhar interpretativo que, inserto num Estado Democrático de Direito, passa a levar em consideração a justiça distributiva, o equilíbrio e o bem comum.

Importante anotar que em relação ao direito de propriedade, o método jurídico axiológico consegue se realizar de maneira mais perceptível, vez que alcança interpretação a lhe atribuir constante vigor ajustado ao cenário fenomênico social em que se processa. Esta (re)potencialização propicia compatibilidade entre o conteúdo jurídico a ser aplicado e as necessidades das demandas sociais, principalmente sob os aspectos patrimoniais de ordem

⁸⁰ O termo mutação não significa reforma legislativa, mas nova interpretação lançada sobre determinado instituto do Direito, sem que haja necessidade de modificação do texto constitucional ou legal.

coletiva, a exemplo dos econômicos, culturais e ambientais; mas sem perder de vista a natureza privada que lhe é inerente.

Assim é que, a depender do contexto histórico, teorias sobre a posse e a propriedade foram formuladas, a exemplo do pensamento – ainda um tanto quanto restrito – desenvolvido por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), para quem a relação constituída em uma posse asseguraria tão-somente ao detentor o direito aos interditos possessórios e à usucapião, pois o fato de possuir puramente a coisa não poderia ser interpretado como propriedade.

Para teoria subjetiva, o *corpus* e o *animus domini* eram os elementos constitutivos da posse, de modo que esta subsistiria quando o possuidor sustentasse a intenção de ter a coisa para si. Daí compreender sua identificação apenas arrimada na intenção do indivíduo em ter a coisa, mesmo sabendo que não é seu dono.

A posse, para essa teoria, possui dois elementos: *a)* o *corpus* – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; *b)* *animus domini*, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. (TARTUCE, 2011, p. 759)

A contribuição construtivista da interpretação da posse em Savigny assenta-se na ideia da simples existência de uma relação de vontade em se tornar proprietário, o que pode ser vislumbrado no plano da realização jurídica do instituto da usucapião.

Já sob outra perspectiva possessória, e contrapondo-se ao pensamento subjetivista, Rudolf Von Ihering (1818-1892) apresentou a teoria objetiva, fazendo distinção entre a situação fática e a situação jurídica. Ao analisar, verificou que a posse está no exercício do poder de fato sobre a coisa a fim de exteriorizar os atos de proprietário sobre a mesma. Isto significa que o possuidor deve imprimir destinação econômica à coisa como se proprietário fosse.

[...] para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. (TARTUCE, 2011, pp. 759-760).

A teoria sobre a posse de Ihering encerra em hermenêutica axiológica fundamentada na necessidade de se atribuir determinada finalidade à coisa, de modo a atender sua função social, que se manifesta, sobretudo, a partir do exercício da exploração econômica. Indubitavelmente, esta é a principal contribuição da teoria objetiva de Ihering, destinando funcionalidade social à propriedade, vez que o possuidor, ainda que diante de um poder de fato, possui também o direito

de exteriorizar todas as ações visando a proteção da coisa e, conseqüentemente, sendo-lhe exigido que a explore economicamente.

O Direito Brasileiro abraçou esta teoria, que se verifica por meio da própria hermenêutica axiológica incidente sobre a função da propriedade ao lhe destinar atendimento aos fins sociais.

Mas a própria evolução construtivista da hermenêutica axiológica da posse supera àquelas outrora sedimentadas pelos autores clássicos. Na contemporaneidade, o Direito passa a imprimir outros princípios fundamentais, sobretudo o da utilização da posse para o trabalho e para a preservação ambiental e do patrimônio cultural. E, assim, outras construções axiológicas surgiram acerca da posse, na tentativa de desvincilhá-la da propriedade, contrapondo-se claramente à noção defendida pela teoria objetiva.

Ao fenômeno possessório fora dado outro prisma interpretativo a partir das teorias de Raymond Saleilles e Antonio Hernandez Gil. Teorias que ganharam volume ao enfatizar o caráter econômico e a função social da posse, aliados à nova concepção do direito de propriedade, que também deveria exprimir natureza funcional em seu bojo teleológico.

Saleilles trouxe nova concepção em relação à teoria de Ihering, pois ao emaranhá-la por intenso valor econômico o autor promoveu sua reformulação, atribuindo-lhe natureza de apropriação econômica. O *corpus* se manifesta como “uma relação durável de apropriação econômica, uma relação de exploração da coisa a serviço do indivíduo” (ALVES, 1997, p. 236).

O autor distingue sua teoria das anteriores, assentando-a num grau intermediário. A posse traduz relação de apropriação econômica, restando a figura do possuidor como aquele que, sob o ponto de vista dos fatos, aparece como tendo o gozo independente e, ainda, como aquele que de todos tem uma relação de fato com a coisa, considerado, assim, a justo título, como senhor de fato da coisa (ALVES, 1997, p. 237).

A teoria econômica não se confunde com a apresentada por Ihering, pois, para este, a posse era condição à destinação econômica da propriedade que, por sua vez, consistia no usar, fruir e consumir (IHERING, 2005, *passim*). Para Saleilles, a relação econômica não representa somente um meio de incorporar o *corpus* à vontade interna, exteriorizada legalmente pela forma jurídica da propriedade, mas exige uma consciência social que se projeta externamente. A reflexão aponta para a legitimidade de proteção da posse, e não no sentido de arrimar ou robustecer o direito de propriedade, mas como um direito decorrente apenas da posse em si mesma (ALBUQUERQUE, 2002).

A leitura que o autor promove é de substituição do elemento anímico individual pela consciência social, reforçando, assim, os aspectos externos da posse, que passam a ganhar maior

relevância para a identificação do possuidor. Portanto, não se deduz a posse a partir da propriedade, pois a posse [...] “refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda um ideal coletivo, segundo os costumes e opinião pública” (ALBUQUERQUE, 2002, pp. 128-129).

O autor desvincula a posse da propriedade, tentando atribuir caráter autônomo à questão possessória. Para tal, desmistifica a compreensão geral que atrela a posse à propriedade, como se sua proteção estivesse limitada a correspondente salvaguarda do direito de propriedade, como outrora solidificado pela doutrina objetiva. Ao contrário, justifica na própria posse a razão em si mesma, “porque ela representa os fins do ‘organismo social’, constituindo um vínculo econômico e social, decorrente de um estado normal do indivíduo na sua relação com a vida coletiva” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 130).

Concernente à diferenciação entre possuidor e detentor, Saleilles também não se filiou ao posicionamento de Ihering, que deixava a cargo da lei esta distinção. Para o autor, em interpretação singular, “o critério para distinguir a posse da detenção é o de observação dos fatos sociais; há posse onde há relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica do possuidor” (ALVES, 1997, p. 237). Já deter a coisa “é exercer, sem dúvida, um senhorio de fato, mas não uma destinação econômica. Possuir é realizar uma destinação econômica das coisas de acordo com sua destinação individual” (ALVES, 1997, p. 239).

O mérito alcançado por esta teoria, de matiz sociológica, foi o de libertar a posse do direito de propriedade, “restituindo a sua finalidade econômica e social imanente e dependente apenas dos costumes sociais e das diferentes relações jurídicas que unem o homem à coisa que explora” (ALBUQUERQUE, 2002, pp. 126-127). Neste passo, o autor enfatiza o traço distintivo e peculiar da posse, qual seja: sua autonomia social e econômica.

Em linha de raciocínio semelhante, e buscando visão contemporânea do fenômeno possessório, Antonio Hernandez Gil (1969), ao apresentar sua proposta de estudo, analisou a posse como elemento imanente à sociedade.

Afirma ser a posse situação factual evidente no meio social, circunstância esta que corrobora para o estreito liame entre o instituto e os interesses da coletividade. A regulação possessória está intrinsecamente vinculada à realidade social. Tal vinculação se torna tão premente que o autor sustenta ser a posse um direito superior, e cuja ligação ao seio social aufere tamanha densidade que termina por sobressair em relação aos demais direitos existentes (GIL, 1980, *passim*).

A proposta de Gil, que reconhece singularidade do direito à posse, almeja, em verdade, atingir pensamento destinado à emancipação possessória do instituto da propriedade. Por esta razão, seu estudo se distancia e se opõe aos estudos possessórios enfrentados nas teorias de Savigny e Ihering.

Se em Ihering a posse é a aparência da propriedade, e, para Savigny, a posse está atrelada à propriedade, em Gil, para configuração da existência de uma relação possessória – ressalta-se que não se trata de mera detenção – é indispensável o *animus* de querer ser proprietário, pois a propriedade materializa-se no *plano psicológico* do agente, de inclinação individual em ser proprietário da coisa.

Noutros termos, enquanto Savigny atrela a relação possessória ao direito de propriedade e Ihering despreza a intenção do querer ser proprietário, em Gil o elemento volitivo passa a ser exaltado e representa o marco característico da posse (1980, p. 72).

Sobre as teorias objetiva e subjetiva, o autor aduz que a propriedade configura o ponto de contato entre ambas. Embora se apresentem antagônicas, entre elas há ponto de conexão, qual seja: a necessidade da figura da propriedade para entender o instituto da posse. E, em relação a este liame, aponta crítica no sentido de se atrelar a posse, e mesmo minimizá-la enquanto garantia à propriedade, vez que se trata de direito singular, primário e que precede à propriedade; atinge, assim, *status* de necessidade básica de apropriação (GIL, 1980, p. 72).

Esta ideia se sustenta no fato de que o fenômeno humano e social do uso e da utilização das coisas é anterior ao processo de institucionalização da propriedade privada. A posse assume densidade social primária presente em qualquer sistema de convivência.

Nota-se o salutar traçado hermenêutico valorativo que o autor imprime em sua teoria, e que será aqui utilizado como base para esboçar o compasso jurídico que a propriedade carrega, socialmente analisada e funcionalmente interpretada. É para este sentido que o Texto Constitucional aponta, dispondo em várias passagens sobre a propriedade e sua vinculação social. Isto é o que se observa quando a Constituição estabelece não apenas a função da propriedade em si, mas também a função social da cidade e a função ecológica⁸¹.

⁸¹ Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas

Fruto da segunda dimensão dos direitos fundamentais, a propriedade ganha corpo e passa a entrelaçar-se com o rol dos direitos coletivos. Ao diligenciá-la por meio de normas, o Estado busca dar destinação aos bens, observando o respeito ao exercício da liberdade de propriedade assegurada a terceiros.

Desta forma, a limitação na propriedade, tanto negativa quanto impositiva, com seus respectivos deveres e ônus, consolida a concepção de propriedade funcional a atender interesses não apenas particulares mas, sobretudo, sociais. A função da propriedade e o conseqüente exercício da posse passam a ser alinhavados a outros princípios, como os de ordem econômica, ambiental e de segurança.

Também é para este sentido que o Código Civil aponta⁸². Disciplina proteção à propriedade, resguarda os direitos privados do proprietário, mas sem desvencilhá-los de ordem axiológica maior, a permear um mundo circundante aberto e robusto de valores e princípios outros a lhe compor e atribuir funcionalidade num plano cooperado, jurídico e, mesmo, pedagógico. Ter a propriedade é saber usá-la, não apenas em benefício próprio, mas também numa atmosfera abstrata de realização.

Nota-se que a evolução construtivista impressa ao princípio da função social da propriedade exige novo paradigma de valores, que buscam adequá-los aos novos contornos de sociedade pós-moderna, assim analisada sob a perspectiva solidária e fraterna, cuja atuação se perfaz num espaço-tempo comunicativo cooperado.

É envolvido nesta dinâmica de enredo que a função social se (re)potencializa e passa a ser interpretada como elemento otimizador e intrínseco da propriedade, vez que não pode haver propriedade sem destinação social.

para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua *função ecológica*, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (*grifo nosso*).

⁸² Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Também corrobora com este entendimento a ordem jurídico-urbanística, assentada no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001⁸³, que passou a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, do equilíbrio, segurança e do bem-estar dos cidadãos. Externou interesse legítimo do Estado em adotar política urbana responsável pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

[...] a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade propõem é uma mudança de “olhar”, substituindo o princípio individualista do Código Civil pelo princípio das funções sociais da propriedade e da cidade. Com isso estabelecem-se as bases de um novo paradigma jurídico-político que controle o uso do solo e o desenvolvimento urbano pelo poder público e pela sociedade organizada. (FERNANDES, 2010, p. 61).

A Lei aponta para novo sentido, o de que os interesses do proprietário devam coexistir com um conjunto de interesses sociais, históricos, ambientais e culturais. Para Francisco Cardozo Oliveira (2006, *passim*), o conceito de propriedade não se perfaz sem o conteúdo meritório que a função social abraça. O conceito de propriedade funcionalizada não depende apenas de uma formulação teórica abstrata, sem relação com os valores da realidade social e histórica em que é inserido o exercício dos poderes proprietários.

A utilidade social do uso da coisa que a funcionalização tutela é valor integrado à concretude do mundo que, obviamente, transcende os limites do conceito. O princípio da função social, portanto, direciona o conceito de propriedade para a recepção de valores ligados à realidade social e histórica em que inseridos a situação proprietária concreta e o conflito entre proprietários e não-proprietários. É através do princípio que se supera a concepção individualista de propriedade que evolui para a ideia de propriedade que considera a dinâmica da vida em sociedade.

Para a consecução desta abordagem sobre a propriedade é preciso estabelecer diálogo entre teoria e prática. Assim, faz-se necessário aproximar o saber teórico, que ilustra, conceitua e apresenta o instituto, mas em consonância com sua efetiva aplicação, isto é, sua real operacionalização. Ora, não é no plano teórico que a propriedade produz seus efeitos, mas sim no plano prático de realização, fato este que justifica uma maior densidade do método jurídico axiológico que aqui se subjaz para pleitear esta aproximação cogente, a fim de ensejar verdadeira funcionalidade à propriedade em seus variados desdobramentos, seja numa

⁸³ Art. 1º [...]. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

funcionalidade socioambiental, socioeconômica ou sociocultural. Em outras linhas, é no plano concreto de materialização que se pode perceber os efeitos funcionais da propriedade, e não na teoria meramente esboçada, carente de demonstração factual.

Ora, a função social é princípio basilar do Estado e da democracia. É princípio que fomenta a ação solidária e cooperada, que possibilita maior distribuição de renda e incita o equilíbrio econômico e social a partir do senso de justiça distributiva. É princípio ímpar que, ao mesmo tempo, consegue carregar densa carga de justiça sem perder a segurança necessária. Como dizer que algo está errado, se se mostra funcional, se gera renda e riqueza, se distribui e faz-se operar em enredo cooperado a repartir e solidarizar as coisas em si? Este é o frutífero resultado da junção entre o “que é fazer a coisa certa”, do justo, sem perder o resguardo do que se mostra seguro.

É da aliança entre o saber teórico e o saber prático que se atinge este resultado. Na adequação, encontra os valores sociais circundantes, a reclamar pela e em prol da funcionalidade, e na realidade, encontra experiência jurídica engessada, que de certa forma atravanca a realização material da função da propriedade. Esta crítica não se assenta apenas para a propriedade privada, improdutiva e disfuncional, onde o proprietário não enxerga na posse a concretude que se espera para produzir reflexos de justiça distributiva, mas também para a propriedade pública, para os bens públicos sem destinação alguma, inservíveis e que se apresentam apenas como mero patrimônio estatal acumulado, mas não gerenciável.

O Estado, “Ente comunicante” que deveria dar o exemplo, encerra postura omissa – para não dizer irresponsável – quanto à administração de seus bens. Muitos sem destinação nenhuma, a exemplo dos bens dominicais⁸⁴. Ainda que sem qualquer propósito social, são bens públicos que encontram expressa vedação constitucional para serem usucapidos. Assim dispõem o § 3º, art. 183 e o parágrafo único do art. 191, CF/88, quando da política urbana e fundiária, que trazem restrição à usucapião dos imóveis públicos. O Código Civil reforça ao estabelecer no art. 102 a mesma teleologia.

⁸⁴ Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Art. 101. *Os bens públicos dominicais podem ser alienados*, observadas as exigências da lei. Art. 102. *Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião (grifo nosso)*.

Não se está a fazer mensuração sobre os bens de uso comum do povo ou reservados ao uso especial da Administração Pública, mas quanto aos bens dominicais que não se destinam à atividade alguma. Ora, o que justifica essa proteção patrimonial absoluta a incidir, inclusive, sobre bens que não se prestam, direta ou indiretamente, a nenhuma funcionalidade? O óbice, que encontra forte respaldo constitucional, nada mais é do que uma visão imperialista de gestão e de governo, calcada numa ideia irrestrita de propriedade pública intocável.

Esta restrição do Estado, calcada em sua autoridade, mais se aproxima do abuso de poder do que de proteção e resguardo dos bens públicos. Sem qualquer cerimônia, abusa do gozo do direito de ser proprietário, alegando norma constitucional impeditiva.

Ora, o Estado pode alienar os bens públicos dominicais. Trata-se da inalienabilidade relativa dos bens públicos em si, cuja previsão está assentada no art. 101 do CC/02. Por meio de leis, no âmbito das competências municipais, estaduais, distritais ou federais, pode realizar alienações sob a forma de doações de lotes e terrenos para atender seus interesses. Pode fazer concessão de uso especial para fins de moradia, nos termos da Medida Provisória nº 2.220 (são os casos das conglomerados familiares que se formam nas favelas).

Mas autorizar a prescrição constitutiva de seus bens dominicais – que não se prestam a qualquer fim –, disto não cuida. Lança seu olhar atravessado ao instituto da usucapião, como se fosse uma ofensa ou agressão moral qualquer ação judicial que vise a declaração deste direito. Aos particulares entre si imputa esta possibilidade, mas não volve o mesmo enredo jurídico para si. Quando do não atendimento das funções sociais da propriedade privada urbana ou rural, desapropria, mas é incapaz de prever a possibilidade jurídica de uma auto-desapropriação⁸⁵, por não querer enxergar desvios funcionais em muitos de seus bens.

Realmente, os valores que o Estado imprime ao princípio da função social da propriedade vão na contramão dos valores almejados pela sociedade, principalmente no que tange a satisfação de seus interesses – por sinal, públicos. Se o princípio da eficiência rege a Administração Pública, resta muito ineficiente a atuação estatal quanto à funcionalidade de seus bens.

Se à propriedade tem que ser dada alguma destinação, esta só se faz por meio da posse, pois é a posse que operacionaliza a função social de uma propriedade. A propriedade existe no plano jurídico, a identificar o direito do portador de exercer o domínio sobre um bem. Já a posse é factual, situacional. Enquanto a propriedade é adquirida (transferência do domínio), a posse

⁸⁵ Claro que a auto-desapropriação não é instituto jurídico, e nem poderia, pois o Estado não pode praticar atos contrários ao seu patrimônio, pelo menos não no plano da legalidade. É que a passagem acima serve como um reforço à crítica aos atos de gestão estatal.

é constituída, justamente por se tratar de uma relação de fato⁸⁶. Ora, o Estado se faz proprietário, senhor, mas – em muitas ocasiões – não se mostra possuidor, porque incapaz de atribuir funcionalidade ao que não se presta a nada, ou que, ainda que se preste, não é dada qualquer destinação. Isto é o que ocorre com muitos dos bens dominicais, que sob o domínio do acervo patrimonial do Estado não encontram funcionalidade a lhes ser atribuída.

O bens dominicais são bens que pertencem ao patrimônio disponível do Estado, ou seja, estão à sua livre disposição, seja porque não se destinam ao público em geral, seja porque não “são utilizados para o desempenho normal das atividades administrativas” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1133). Enquadram-se aqui os bens imóveis, a exemplo de terras⁸⁷ e terrenos sem destinação pública específica e os prédios públicos desativados, bem como os bens móveis que não se prestam a nenhum fim ou restam inservíveis às atividades administrativas.

Noutro ponto, para que os bens públicos sejam enquadrados enquanto dominicais, há que se levar em conta sua afetação ou desafetação. Assim, no que toca os fins para os quais estão sendo utilizados, “se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está *afetado* a determinado fim público. [...] o bem se diz *desafetado* quando não está sendo usado para qualquer fim público” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1133, *grifo do autor*). O bem desafetado, portanto, não é utilizado para nenhum tipo de atividade administrativa normal. “*Afetação e desafetação* são os fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1133, *grifo do autor*). Um bem público pode deixar de ser afetado para ser desafetado, destituindo-o de sua natureza funcional, como também pode deixar a condição de desafetação para afetação, ganhando, assim, alguma destinação ou utilização pública.

Como se nota, os bens públicos dominicais são bens que estão à livre disposição do Estado, não sendo-lhes reservado qualquer finalidade ou utilização, seja direta ou indireta. Assim, os bens dominicais correspondem ao acervo patrimonial dos bens desafetados, vez que estão suscetíveis aos atos de mera disposição da vontade estatal, não lhes restando qualquer destinação ou função específica.

⁸⁶ Neste sentido, Fiuza.

⁸⁷ As terras devolutas são parte do acervo patrimonial dos bens dominicais. Todavia, tais terras não se ajustam à proposta aqui lançada de possibilidade de usucapião desse bens, desde que não se enquadrem nos termos do art. 20, II, CF/88 (bens da União), ou seja, desde que “indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”. Pelo princípio da simetria ou do paralelismo, o mesmo entendimento se estende às terras devolutas dos Estados-Membros e dos Municípios.

Ponto importante reside sobre o ato de afetação ou de desafetação. Celeuma existe quanto à sua formalidade ou informalidade. Para José dos Santos Carvalho Filho, acompanhando a doutrina administrativista majoritária,

[...] deve-se destacar que a afetação e a desafetação constituem *atos administrativos*, ou seja, acontecimentos ocorridos na atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentem. Embora alguns autores entendam a necessidade de haver ato administrativo para consumir-se a afetação ou a desafetação, não é essa a melhor doutrina em nosso entender. O fato administrativo tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza. Significa que, até mesmo tacitamente, é possível que determinada conduta administrativa produza a afetação ou a desafetação, bastando, para tanto, verificar-se no caso o real intento da Administração. (2012, p. 1134)

Para o autor, não importa o modo como se processou a afetação ou a desafetação, o que realmente importa é o fato gerador ou a ocorrência em si que gerou a alteração da finalidade do bem público (2012, 1134). Razão assiste neste ponto, até porque o Poder Público, amparado no mérito administrativo, pode praticar, formalmente, atos de afetação ou desafetação, quando assim o interesse discricionário se manifestar. Mas justamente pela ideia de conveniência e de oportunidade é que não se pode deixar somente ao crivo da Administração esta questão, pois, ainda que materialmente desafetado, em razão de fato administrativo, resta inócuo por conta de omissão do Poder Público, que não mostra interesse na formalização da desafetação do bem.

No que tange a possibilidade de usucapião de bens públicos dominicais, independente de ato que formaliza a desafetação, restam passíveis de sofrer a prescrição constitutiva, vez que para estas hipóteses encontra-se relativizada a imprescritibilidade. Resumidamente, o fundamento jurídico está amparado na valoração da posse, que, devidamente estimulada, atribui funcionalidade à propriedade.

A partir do método jurídico axiológico, lançam-se agora argumentos de ordem principiológica e valorativa para se arrimar esta possibilidade jurídica.

O direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade vêm estampados, respectivamente, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da CF/88 – erigidos assim à categoria de direitos e garantias fundamentais. Quanto à função social, trata-se de norma de eficácia plena⁸⁸, cuja aplicação é direta e imediata, não dependendo de lei posterior a especificar os seus efeitos, assim como também não pode ter seu alcance restringido por norma infraconstitucional. Já o direito de propriedade é norma constitucional, mas de eficácia contida. Ainda que de aplicação direta e imediata, tem seu alcance limitado, seja por norma infraconstitucional, seja por norma constitucional. É o que acontece com a propriedade, que encontra limitação não apenas em leis,

⁸⁸ Quanto às normas constitucionais, neste trabalho fora utilizada a classificação de José Afonso da Silva.

mas, sobretudo, na função social, vez que seu gozo está adstrito à funcionalidade que lhe é destinada. A função social, sob este aspecto, atua enquanto princípio a exercer operacionalidade sobre o direito de propriedade.

Ora, a função social da propriedade é norma de eficácia plena, independe de lei ou ato normativo da Administração Pública que venha a desafetar determinado bem. Se é dominical, por sua natureza, não se presta a finalidade alguma, resta disfuncional. Se assim o é, seja por ato ou por fato administrativo, não abraça qualquer destinação, razão pela qual, em preenchendo os requisitos, poderá ser usucapido⁸⁹.

Ainda que se possa argumentar sobre a ausência de norma, isto é, do ato administrativo formal para efetivar a desafetação do bem, o contra-argumento também recai sobre a função social, vista agora não como princípio, mas como cláusula geral a nortear a propriedade. E, enquanto cláusula geral, sua eficácia se perfaz a dar sentido funcional à propriedade, sendo dispensável qualquer ato normativo para tal. As cláusulas gerais no Direito assumem esse papel,

⁸⁹ Via de regra, os requisitos da usucapião são: posse pacífica, contínua, ininterrupta, pública e revestida com *animus domini*. O Código Civil estabelece as espécies e os requisitos específicos nos seguintes artigos: *Art. 1.238 (usucapião extraordinária)*. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. *Parágrafo único (primeira parte - usucapião extraordinária habitacional)*. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (*segunda parte - usucapião extraordinária pro labore*). *Art. 1.239 c/c art. 191, CF/88 (usucapião constitucional pro labore)*. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. *Art. 1.240 c/c art. 183, CF/88 (usucapião constitucional habitacional pro morare ou pro misero)*. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. *Art. 1.240-A (usucapião familiar)*. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. *Art. 1.242 (Usucapião ordinária ou comum)*. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. *Parágrafo único (primeira parte - Usucapião ordinária habitacional)*. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (*Segunda parte - Usucapião ordinária pro labore*). Também, a Lei nº 10.257/200, estabelece a *usucapião especial de imóvel urbano no art. 9º*. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. E, por fim, a Lei nº 6.969/81, estabelece a *usucapião especial de imóvel rural no art. 1º*. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis (*grifo nosso*). Procurou-se anotar tão-somente os casos de usucapião de bens imóveis em razão do impacto e do interesse axiológico que provocam no Direito e na sociedade.

porque ainda que abrangentes, quando manejadas, mostram-se pontuais a servir de norma-padrão para atingir a operacionalidade que se espera quando da resolução do caso concreto. O enquadramento normativo em que estão contextualizadas já aponta para a significação que a cláusula pode abraçar.

Noutra banda, a imprescritibilidade do bem público pela usucapião está expressamente vedada no texto constitucional, nos arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único. O rigor constitucional foi estanque, não se importando em relativizar quanto aos bens públicos dominicais. Mas em que pese a barreira constitucional, advoga-se para a possibilidade da usucapião destes bens especificamente e principalmente quanto aos imóveis, cuja carga axiológica ganha outra amplitude no cenário social.

O argumento ora sustentado parte do método axiológico em si, que visa apurar os valores circundantes e a forma como a realidade fenomênica se apresenta. Assim, para o enfrentamento do problema, faz-se necessário confrontar o inciso XXIII do art. 5º, norma de eficácia plena, com os dispositivos constitucionais acima (arts. 183 e 191).

Trata-se de conflito de normas constitucionais, conflito aparente, cuja solução, adianta-se, não pode ser processada pela teoria do diálogo das fontes. Como se nota, apesar de serem fontes constitucionais, apontam para ângulos opostos, não conseguem convergir em nenhum ponto porque não apresentam conexão de conteúdo para tal. Ora, o inciso aponta para a função social da propriedade e os artigos para a vedação da usucapião de bem público, pouco importando se cumpre ou não alguma função; são fechados e ao mesmo tempo rasos, não permitem densidade interpretativa e tampouco abertura para inserção de outra matéria constitucional.

Também o uso da hermenêutica heterorreflexiva resta prejudicado por não conseguir açambarcar a dimensão deste conflito. É que sua proposta se adapta melhor em situações mais pontuais; porém, quando da aplicação no plano abstrato, como neste caso, não consegue abraçar o volume jurídico e social da celeuma. A heterorreflexão, que importa em autorreflexão anterior, poderia ser viável mediante juízo de alteridade numa situação estanque, na qual a sub-rogação poderia promover interpretação a envolver o denso corpo valorativo do caso. Mas, como dito, o resultado desta hermenêutica não atinge efeito plural, porque é de sua epistemologia analisar os fatos em suas peculiaridades.

Ora, a discussão aqui é difusa – onde se debate a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais, principalmente os imóveis que se destinam à moradia de seus interessados. A hermenêutica heterorreflexiva tem por objeto a análise do problema envolto em suas particulares. E, em razão da dimensão do problema que se está tratando aqui, a envolver conflito

entre normas constitucionais, da sua aplicação resultaria no risco de se ponderar respostas em sentidos diversos. A segurança até poderia ser preservada, por conta da apuração acurada do problema, mas o mesmo não se pode dizer da justiça, em razão da pluralidade de respostas divergentes e distintas que poderiam ser lançadas. A pretensão aqui é promover resposta num plano abstrato, a permear a possibilidade de usucapir bens públicos dominicais que não se destinam a coisa alguma, e que, por tal, não se prestam a nenhuma atividade administrativa, mas tão-somente a preencher o acervo patrimonial do Estado, enquanto senhorio absoluto do domínio do bem.

Ademais, poder-se-ia argumentar em prol da concordância prática ou da conciliação de normas. Mas, desde já, afirma-se que elas não representam método, mas técnicas de solução. O mesmo se diz para a proporcionalidade e para a razoabilidade, que também são técnicas. Ainda que potencialmente operacionais, não podem ser equiparadas ao método, que, em verdade, é um conjunto de técnicas dissolvidas num *in procedendo* que visam apurar resposta; no caso do método jurídico axiológico, resultado operacional. O método remete a ideia de conjunto, ou seja, ações ligadas de forma coordenada e cooperada que buscam atingir um fim. Como se vê, método é o modo de proceder, a maneira de agir que comporta um todo racionalmente sistematizado, não se confunde, e nem poderia, com critérios que, em verdade, são as ferramentas balizadas pelo método em si. Tampouco pode-se confundir método com metodologia, vez que esta representa o estudo dos métodos, isto é, a ciência integrada dos métodos (FACHIN, 2005, *passim*).

O enfrentamento do problema requer seu devido posicionamento, ou seja, encontrar a localização nevrálgica da celeuma, que reside, justamente, no conflito aparente entre o princípio da função social da propriedade (inciso XXIII, art. 5º) e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (artigos. 183 e 191).

A partir do método jurídico axiológico faz-se, então, análise destes princípios; Para análise de um princípio, imprescindível é a busca de sua teleologia a fim de se encontrar resposta jurídica fundamentada a pôr fim ao conflito. E, como se extrai do caso, os princípios apresentam teleologias distintas, que apontam para nortes diferentes.

A função da propriedade assume postura eminentemente social, cadenciada num espaço solidário e de arranjo democrático. Fomenta a erradicação da pobreza e uma sociedade livre, justa e equilibrada, de distribuição equânime de bens e riquezas. Esta é sua essência. Este é seu aporte epistemológico, que destaca a função social enquanto princípio tão perene no universo jurídico. Seu principal reflexo resulta numa justiça econômica distributiva inserta num espaço cooperado entre seus atores e entre sociedade e Estado (“Entes comunicantes”). Ora, o Estado

prega tanto por uma sociedade solidária, mas quando lhe é oportunizado prestá-la, é reticente, quando não, avesso.

Já a supremacia do interesse público sobre o particular encontra sua vazão na própria estrutura estatal. É princípio do Estado e para o Estado. Tal qual a reserva do possível, é princípio de proteção, quando não, de blindagem estatal. A abstração de seu conteúdo é menor do que a da função social e, além disto, por ser princípio a abastecer os interesses do Estado, seu círculo hermenêutico é singular, a formar quase que um fechamento operacional interpretativo que se direciona, na maioria das vezes, num único sentido, qual seja, atender o Estado.

Ora, do juízo de valor acima articulado, depreende-se que a função social, em muito, se sobressai. Do que fora dito, também se extrai o juízo de realidade. E por realidade, deve-se lançar o olhar no social, no que toca as desigualdades em sentido *lato*, no que se refere ao desequilíbrio econômico pujante. Se a função social da propriedade busca amenizar este cenário, pela realidade que se apresenta, sua axiologia também assume maior relevo e contexto.

Aos positivistas ortodoxos, que possam por ventura reagir ao enfrentamento acima esboçado, por meio de alegações e críticas dos mais diversos tons e estilos, a exemplo da completude do Direito, de sua harmonia e unidade normativa – claro que utópicas – volve-se a afirmação de que na Constituição há sim antinomias entre suas próprias normas, e o contra-argumento reside na ideia de existência no plano constitucional de normas constitucionais inconstitucionais⁹⁰ – contra-argumento, este, calado na própria desarmonia sistêmica da Constituição.

Ora, do resultado do confronto acima exposto, resta interpretação axiológica que imprime à função social da propriedade escala hierárquica superior à do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. E não poderia ser diferente, ainda que do desenho acima arranjado enseje a falsa ideia de que a função social se presta a abastecer interesse privado; ao revés, no caso confrontado, o interesse por ela perscrutado longe está do raio da esfera particular, encontrando no interesse público maior efetividade e eficácia, o que eleva ainda mais sua envergadura num plano ideológico hierárquico.

Importante ressaltar que há entendimento, calcado em outra proposta, que apoia a possibilidade jurídica de usucapião dos bens públicos dominicais. De modo incipiente, passe a apresentá-la. Trata-se do posicionamento que divide os bens estatais em materialmente e formalmente públicos:

⁹⁰ Teoria jurídica apresentada pelo jurista alemão Otto Bachof, precursor da defesa da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais.

Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, posto dotados de alguma função social. (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 279)

Os defensores sustentam ser equivocada a ideia absoluta de impossibilidade de usucapião sobre bens públicos. Contestam esta interpretação invocando a própria função da propriedade como argumento contrário. Também invocam o princípio da proporcionalidade como balizador de hipóteses de flexibilização da vedação constitucional, aplicando-se aos bens formalmente públicos, tidos por abandonados e sem qualquer destinação administrativa, a possibilidade da usucapião pela consumação da prescrição constitutiva.

Em que pese a análise acima, acredita-se que precisa ser melhor trabalhada. Por carecer de elementos mais consistentes, termina por não acarretar em resultado seguro de interpretação. Ademais, a apuração doutrinária ainda carece de contornos jurídicos mais sólidos, vez que a divisão de bens públicos em materiais e formais ainda precisa ascender; e o conselho aqui registrado é que deva se arrimar em doutrina do Direito Administrativo, especialista no assunto, para se averiguar a possibilidade de tal divisão e o porquê de sua viabilidade, situação esta não observada pela corrente. Ora, de toda classificação jurídica deduz-se uma razão lógica que lhe alicerça.

Por fim, registra-se aqui decisão do TJ/MG (Apelação Cível n. 1.0194.10.011238-3/001), julgando pela procedência da possibilidade jurídica da usucapião de bem público. Em seu voto, no qual foi seguido pelos demais, assim se posicionou o Relator:

[...] O que acontece neste caso, é que os moradores (ex-funcionários do DER/MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento. Com o tempo, as famílias foram crescendo, criando-se vínculo com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Hoje, uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja. Esta área ocupada pelos moradores, corresponde aproximadamente a 26% do imóvel. O restante encontra-se livre.” Assim, aquele que por mais de trinta anos, como no presente caso, tem como seu o imóvel, tratando-o ou cultivando-o, tornando-o útil, não pode ser compelido a desocupá-lo à instância de quem o abandonou. Na espécie, os réus demonstraram a aquisição da posse do imóvel há mais de trinta anos, sem qualquer oposição do DER. Destarte, demonstrado está que os réus, ora apelados, não detinham apenas a mera detenção do bem, mas verdadeiramente sua posse, como se donos fossem. [...] Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, § 3º, da CF; art. 102, do Código Civil) o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público, tanto que, conforme corretamente decidiu o d. Magistrado “a quo”: “Importa salientar que, no caso concreto dos autos, a *viabilidade de se declarar a prescrição aquisitiva se encontra ainda mais evidente*, porque já existe uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis em comento ao Município de Antônio Dias, justamente para que este lhes dê uma destinação social, promovendo o assentamento das famílias que estão no local, conforme se verifica às fls. 264/266”. (BRASIL, 2015, *grifo nosso*).

Nesta acertada decisão, o julgado casa com a ideia aqui exposta de bem público imóvel, sem qualquer destinação ou finalidade, mas que não sofrera desafetação mediante ato administrativo, devidamente formalizado. Entendeu a Corte que a desafetação fora pelo decurso de tempo e sem que qualquer funcionalidade fosse atribuída ao bem; disto, resultou a desafetação por fato administrativo, que lhe converteu naturalmente em bem público dominical. Em assim sendo, manteve o tribunal mineiro a sentença do juízo “a quo” que julgou pelo reconhecimento da usucapião em razão da presença dos elementos da prescrição constitutiva, que se consolidaram mediante o decurso temporal, sem que houvesse interrupções ou intermitências, posse adquirida sem violência, pública e revestida com *anumis dominis*.

A decisão, ao analisar o direito à habitação e à moradia em contraposição à norma constitucional que veda de forma estanque a usucapião de bens públicos, posicionou-se para resposta que atendessem à função social da propriedade. Verdadeiro juízo de adequação, que ao avaliar os valores sociais circundantes (juízo de valor) em consonância com a realidade justaposta (juízo de realidade) atribuiu resultado concreto a solver o problema. Ademais, do teor do julgado, nota-se crítica jurídica que também imputa à Administração Pública não só o dever de eficiência administrativa mas de fiel cumprimento à função social quando da destinação de seus bens. Decisão justa, sem perder de vista o critério segurança que se faz necessário.

6 CONCLUSÃO

A compreensão do método jurídico axiológico assenta-se, basicamente, em racionalidade hermenêutica que encontra amparo no entrelaçamento entre o saber prático e saber teórico. Tal se explica na medida em que o Direito, enquanto produto, é fenômeno social e de construção histórica, haja vista que a configuração dos direitos se processa a partir da realidade de determinada sociedade. O produto do universo (conhecimento) jurídico, nesta perspectiva existencial, subjaz-se na procura do acontecimento fático a fim de apresentar resultado efetivo e concretista.

Para a consecução do fim acima pretendido, faz-se necessário analisar os valores da situação factual, considerando que o que está em causa é a correlação necessária, no Direito, entre teoria e prática.

Assim, no plano teórico tem-se a interpretação reportada a determinada realidade, que num primeiro momento realiza a observação para depois compreender os valores circundantes do cenário social. Após, por meio de ensaios, o saber teórico apura tais valores, mediante exercício de refinamento, a fim de afiná-los com as efetivas exigências da sociedade, assimilada enquanto plural, mas sobretudo democrática. Já no plano do saber prático tem-se a aplicação que, ao apurar os valores anteriormente lapidados, realiza o exercício de adequação destes ao contexto do caso concreto.

O saber teórico e o saber prático ganham dimensão na medida em que conseguem apaziguar a tensão aparente que se estabelece entre a lei positiva e os valores sociais, e a realidade fenomênica da situação factual.

Como se nota, trata-se de hermenêutica que se apresenta sob perspectiva teórica, a qual procura descrever como o processo interpretativo-compreensivo se realiza, e outra prática, ou prescritiva, na qual se busca estabelecer a aplicabilidade do que foi colhido deste processo. Pretende-se, assim, aproximação entre o conteúdo da norma-padrão e a facticidade da realidade fenomênica.

O método jurídico axiológico, ao contrário do juízo de equidade⁹¹, não visa apenas reunir um conjunto de conhecimentos teóricos e abstratos. Não se trata de interpretação pura e estática, mas sim de interpretação que visa aplicação concreta e dinamismo. É que o envolvimento provocado pelo método realmente se conecta com o “problema”, acerca de suas nuances e peculiaridades. Ao ensejar círculo hermenêutico interpretativo-compreensivo, lança-

⁹¹ Como já fora abordado, o juízo de equidade é um juízo abstrato, sua teleologia, em tese, não se presta à operacionalidade.

se efetivamente no “jogo” para ofertar resposta com respaldo real, mas sem abandonar a tonalidade jurídica da norma-padrão.

Ora, do exposto, é latente que o método jurídico axiológico se aproxima do pós-positivismo, pois rejeita a aplicação pura da ideologia formal-positivista. Sua teleologia está assentada numa nova racionalidade afinada com a ideia de tutela material e, conseqüentemente, com a tarefa concretizadora de direitos.

Ao utilizar-se de ensaios, o método realiza o seu *modus operandi*. Apoiado no modelo de percepção das ciências culturais é que revela sua sistemática que se agarra à estrutura jurídica, mas sem abdicar da reflexão teórica necessária. O cenário social é seu espaço de tráfego e também de alimento.

Possibilita ao intérprete que se lance no “jogo”, que dele faça parte. Ora, o intérprete precisa estar envolvido, ele é um agente participativo, necessariamente inserido na realidade social e histórica que se apresenta. Se assim não for, distancia-se do problema e recai na imparcialidade do pensamento formal.

O círculo hermenêutico do método axiológico encontra no intérprete o agente realizador da atividade exegetica que se perfaz entre o texto legal e a situação de fato a ser tutelada. É por ele que o ensaio se revela, isto é, quando da interpretação que busca compreensão, e quando da aplicação que visa operacionalização. O juízo de adequação está sob seu crivo de apreciação, dele não podendo fugir ou se esquivar. A figura do intérprete neutro ou imparcial não é suportada por esta proposta metodológica.

Ademais, é a partir do ensaio que se revelam os elementos valorativos e o contexto da realidade fenomênica para formação da convicção do intérprete que, por meio do juízo de adequação, irá buscar interpretação concretista do Direito.

Noutro ponto, o método jurídico axiológico requer abertura e complementação, o que não significa dizer que o sistema não apresenta uma unidade que lhe é peculiar; do contrário, estar-se-ia negando o caráter sistemático do Direito. O que se quer dizer é que a incompletude é própria da ordem jurídica e que o sistema reconhece a lacuna, o vazio provocado pela inconsistência da norma, mas que pode ser colmatado pelo trabalho interpretativo que confronta a lei com os valores da realidade fática.

Portanto, não se nega a unidade sistêmica, que sob ponto de vista formal está presente entre os vários institutos jurídicos, de modo a conferir organicidade ao ordenamento. Mas é preciso admitir, agora sob ponto de vista material, que a unidade apresenta instabilidade, e disso não há nada de errado, pois é inerente ao fenômeno jurídico.

O método jurídico axiológico reconhece esta imprecisão jurídica justamente porque atua no cerne do Direito, ou seja, trabalha com a matéria-prima que lhe dá vida e sentido, que são os valores sociais, por esta razão é chamado de axiológico.

Ora, trabalhar com a matéria-prima quer dizer se envolver no “jogo” (e não com o “jogo”), e assim o faz porque pretende alcançar efetividade jurídica realizável no plano dos interesses da sociedade.

Em que pese a perspectiva positivista e seu contributo, analisar o Direito somente sob o seu enfoque já não abraça mais as necessidades da demanda social. A forma hermética precisa abrir-se para a alopoiética, que sob um olhar um tanto quanto intuitivo e de percepção existencialista possa compreender as relações privadas tendo como objeto a experiência dos casos concretos.

O método jurídico axiológico é uma das formas de se fomentar esta ideia, claro que preservando a justiça pretendida e a segurança necessária, binômio que precisa ser necessariamente conservado. Com ênfase no fator axiológico, o método faz sua passagem entre os valores circundantes e o mundo fenomênico social. A par disto é que sua hermenêutica de cunho operacional procura constantemente lançar olhar interpretativo construtivista sobre os princípios, mas levando-se em conta, também, os valores que os alimentam.

Dos juízos de valor e de realidade (juízo de adequação) é que o método, ao analisar os princípios, percebe que eles atuam como sendo forças centrípetas, a sustentar o caráter sistematizante do ordenamento jurídico. Já os valores, que são inerentes aos princípios, constituem a força centrífuga que permite assimilar a dinamicidade daqueles com os elementos da realidade fática, de maneira a integrá-los à ordem normativa.

Ainda que possa parecer paradoxal, porque apesar desta abertura ser a constatação da incompletude do ordenamento jurídico, é a partir dela que se propicia ao sistema a mobilidade necessária para atingir a completude, ao menos para abraçar a situação concreta. Deste fluxo que envolve valores sociais e realidade fática ligados ao Direito é que se tem como resultado uma ordenação sistêmica consubstanciada por valores, princípios e fins.

É no momento da aplicação que se observa os efeitos do método jurídico axiológico, na medida em que procura solução justa para o caso concreto; pondera os valores circundantes alinhavados com a realidade fática, porém, sem perder de vista a positividade da lei representada pela norma-padrão. A interpretação que leva a aplicação não visa a desordem, o caos, ou ainda a rejeição da lei. Não se trata disso, mas sim a adequação que se realiza no círculo hermenêutico fomentado pelo método entre valores, realidade e conteúdo normativo. Por isto

se aduz sobre o normativismo, que só tem existência por conta do tráfego jurídico propiciado pelo método.

Noutro termos, o Direito passa a ser abraçado pelo conteúdo valorativo, vez que é desta constelação de valores que se dá o tom do justo para solução do caso; pela lei, que contém o “programa da norma” (norma-padrão); e pela realidade como se apresenta factualmente. O intérprete, diante deste cenário, otimiza o normativismo ao eleger os valores que se amoldam à lei positiva e em consonância com a realidade fática.

Esta racionalidade hermenêutica do método axiológico leva em consideração alguns elementos para sua aplicação. Antes, faz-se necessário ressaltar que o parâmetro de justiça aqui almejado é aquele alinhado ao juízo de adequação (juízos de valor e de realidade). Assim, encontrar o “justo” no Direito não está em sua explanação teórica, porque o que se mostra “justo” somente assim o é percebido quando de sua operacionalidade no caso concreto. A relação que se procura estreitar reside, então, entre sujeito e objeto e também entre o conteúdo do saber teórico e o do saber prático. Estes são os elementos que sustentam a racionalidade da metodologia axiológica esboçada, que parte de uma interpretação que visa o “justo”, quando da aplicação do conteúdo jurídico ao caso *in concreto*, mas sem perder de vista o juízo operacional, cuja ponderação encontra na segurança seu fio condutor. Trata-se de verdadeiro trabalho que visa alcançar os efeitos do entrelaçar entre o saber teórico e o saber prático.

A elaboração (confeção) do resultado justo parte do entrelaçamento explanado acima, sem perder de vista que a dinâmica e a mutabilidade do conhecimento está marcada pela experiência e pelos valores do “mundo-da-vida”. Como se vê, trata-se de *in procedendo* que caminha na contramão da metodologia empregada pelo positivismo formalista, que buscou equiparar o Direito à “matematização” das ciências exatas, ao mesmo tempo em que racionalizou o homem a um objeto passível de ser “exatificado” ou “mecanizado”.

Para a utilização do método axiológico é imprescindível a compreensão da condição de existência do homem de “ser-no-mundo” (experiência) conjugada com o “mundo-da-vida” (realidade histórica): a questão do “ser-aí”. O círculo hermenêutico entabulado pela dialética presente entre os elementos sujeito/objeto e saber teórico/prático dá tônica à interpretação do hermeneuta e robustece o caráter valorativo aplicado e operacionalizado ao caso *in concreto*.

Neste compasso interpretativo é que se pode aproximar o método jurídico axiológico da hermenêutica heterorreflexiva, na medida em que cabe ao intérprete a ação que induz à pré-compreensão, resultado do processo de aprendizagem e da experiência do “ser”, e também a ação externa da sub-rogação, isto é, da possibilidade de abrir-se para o outro e de percebê-lo existencialmente. Trata-se, evidentemente, de juízo de alteridade.

A análise dos valores não pode perder de vista o fato de que o intérprete, ao ponderar sobre o caso concreto, também não pode se afastar de suas convicções, devendo, assim, fazer juízo de valor e de realidade a fim de confrontar sua verdade com as circunstâncias que envolvem a situação factual.

Para a efetividade do Direito no que toca às relações privadas, onde o exercício da autonomia da vontade se faz mais premente, deve haver a conjugação entre pré-compreensão e compreensão, cujo extrato recai em análise problematizada do caso.

Lado outro, o método jurídico axiológico apresenta-se versátil quando da produção de resultado operacional. Aqui reside sua principal distinção da hermenêutica heterorreflexiva, quanto aos efeitos, pois, nesta, nota-se precisão de resultado quando da análise *in concreto*, da situação fática em si envolta por suas peculiaridades. Já o método consegue fazer tráfego a produzir resposta operacional tanto na situação estanque, quando da análise abstrata de situações fáticas que se processam no espaço-tempo de uma forma geral.

REFERÊNCIAS

ABEL, Theodore. **Os fundamentos da teoria sociológica**. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14: 20-27, abr./jun. 1995.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **A Biopolítica nos Estados Democráticos de Direito: a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica**. Belo Horizonte: Material aula Doutorado, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. In: Os Pensadores. São Paulo: Editora Victor Civita, 1973.

ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e a teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Tradução de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

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

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOLWERK, Aloísio A.; LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **O direito civil sob a ótica pós-positivista**: uma nova interpretação a partir da redefinição do conceito de liberdade. In: Roberto Senise Lisboa; Joyceane Bezerra de Menezes (Org.). *Relações privadas e democracia*. 1ª ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 125-142.

BOLWERK, Aloísio A.; VIEIRA, Murilo Braz. **Considerações Hermenêuticas sobre a tutela da posse e da propriedade à luz da função social**. *Hermenêutica Jurídica*. In: Enoque Feitosa Sobreira Filho; Rubens Beçak; Rodolfo Viana Pereira (Org.). 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 55-76.

BOLWERK, Aloísio A. **Celebridades e publicidade**: efeitos legais da responsabilidade civil. São Paulo: SRS, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Organizado por Angher, Anne Joyce. 20ª ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6969.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASI. **Projeto de Lei nº 2.285, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 de nov. 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=364&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO#DOC1>>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 303.604 – SP. Relator: Aldir Passarinho – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mar., 2003. Disponível em: tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7159232/recurso-especial-resp-440118-rs-2002-0066901-7/relatorio-e-voto-12880477. Acesso em: 18 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 397762-2008/BA. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 set. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=397762&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *In: Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 83-129, jul/set 2004.

CALDEIRA, Mirella D’Angelo. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.acasadodireito.com.br/web2/conteudo>> Acesso em: 31-08-2007.

CARNEIRO, Walber A. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: limites e possibilidades de uma filosofia no direito**. 2009. 309 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tese/WalberCarneiroDireito.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CESAR, Constança Marcondes (org.). **Hermenêutica francesa: Paul Ricoeur**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J. M, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPADA, J. C. **A Tradição Anglo-Americana da Liberdade - Um Olhar Europeu**. Estoril, Portugal: Principia Editora, 2008.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Edesio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídica-urbanística. In: **O Estatuto da Cidade comentado**. CARVALHO, Celso Santos. ROSSBACH, Anacláudia (Org.). São Paulo: Ministério das Cidades, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, C. A. C.; BOLWERK, Aloísio A. **A interpretação do direito civil sob a ótica pós-positivista**. In: Elcio Nacur Rezende; Otavio Luiz Rodrigues Junior; José Sebastião de Oliveira (Org.). **Direito civil contemporâneo**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 100-120.

FIUZA, César. Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 11, n. 22, p. 65-75, 2º sem. 2008.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FIUZA, César. **Crise e interpretação no Direito civil da escola da exegese à teoria da argumentação**. Direito Civil: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César (Org.). **Autonomia privada: direitos da personalidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIUZA, César; COSTA POLI, Luciana. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 6, p. 151-180, jul./dez. 2015.

FOUCAULT, M. **A hermenêutica do sujeito: curso dado no Collège de France (1981-1982)**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Heidegger em retrospectiva. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/.../338466_A%20epistemologia%20j>. Acesso em: 20 abr. 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Metodologia da pesquisa**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O Direito Civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema**. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?isbn=8573086025>>. Acesso em 13 de maio de 2013.

GIL, Antonio Hernández. **La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológicojurídica**. Madrid: Alianza, 1969.

GIL, Antonio Hernández. **La posesion**. Madrid: Civitas, 1980.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito, literatura e cinema: inventário de possibilidades**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDIM, Elnôra; RODRIGUES, Osvaldino Marra. **John Rawls e a justiça como equidade: algumas considerações**. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd2ano1_artigo08_Elnora_Gondim.PDF>. Acesso em: 10 jul. 2014.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Cultura de Violência Urbana: teoria do reconhecimento e expansão criativa dos direitos versus práticas biopolíticas dos dispositivos de segurança**. Belo Horizonte, 2013.

GOLDSTEIN, Rebecca. **Incompletude: A prova e o paradoxo de Kurt Gödel**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Col. Biblioteca Tempo Universitário, 101. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Col. Biblioteca Tempo Universitário, 102. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2005.

JAYME, Erick. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KROHLING, A. A busca pela transdisciplinaridade nas ciências humanas. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória, ES, n 2, p. 193-212, 2007.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, IARA MENEZES. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, jan. a jun. de 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

LIPOVETSKY, Gilles. & ROUX, Elyette. **O luxo eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidade Iberoamericana – Universidade de Guadalajara, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. Tradução de Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ClaudiaLM.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4: 140-172, edição especial 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 08 fev. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo – AC 1.0194.10.011238-3/001**. Relator: Barros Levenhagen. Belo Horizonte, 08 jan., 2015. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10194100112383001. Acesso em: 21 out. 2015.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. **A Função Social da Posse**. In Estudos Avançados da Posse e dos Direito Reais. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações jurídicas privadas. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**. Salvador: Faculdades Jorge Amado, n. 1, 2002.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em: 20/jul/ 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22: 135-149, abr./jun. 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; ROSA Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIETZSCHE, F. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

OLIVEIRA, Rita de Cássia. A hermenêutica do si: a compreensão do si como sujeito capaz em suas determinações ética e política. *Pensando – Revista de Filosofia*, v. 3, n. 6, 2012.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PARSONS, Talcott. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparativas. São Paulo, Livraria Pioneira, 1984.

PEREIRA, Mozart Soares. **O Positivismo no Brasil**: 200 anos de Augusto Comte. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 14 de abril de 2016.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo *et al* (Orgs.). **Diálogos sobre o Direito Civil** – Construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo – AC 70022775605. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 19 ago., 2008. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112538623/apelacao-civel-ac-70051386100-rs/inteiro-teor-112538633>>. Acesso em: 17 set. 2016.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. *In*: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito & o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão Dos Filtros Da Reparação À Diluição Dos Danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. *In*: RAMOS; TEPEDINO *et al* (Org.). **Diálogos sobre o direito civil** – construindo à racionalidade contemporânea, 2002.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós modernidade. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **O pós-positivismo jurídico e a normatividade dos princípios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Irineu. **Lógica Jurídica**. São Paulo: LTr, 1999.

SUGIZAKI, Eduardo; MÁRIO, F. F. Rosa. A Espiritualidade Ontem e Hoje. Foucault e a Hermenêutica de Si. **Revista da Abordagem Gestáltica** – XIV(2): 205-212, jul-dez, 2008.

TARTURCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Vol. único. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. Disponível em <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 18 de jun. 2014.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org). **Direito e literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodrigues e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 19ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução de Kelly Susane Alfen da Silva. 5ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de história do direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.