

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 189
Janeiro/março – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A morte e a morte da concepção sistemática do Direito Privado

Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais

Venceslau Tavares Costa Filho

Sumário

1. À Guisa de introdução: o dilema do civilista-partido-ao-meio. 2. A “abertura” do sistema no pós-guerra: viragem retórica do direito civil. 3. Reconstrução da metódica do direito privado: abertura hermenêutica e cláusulas gerais. 4. O direito civil é assistemático? Considerações a partir de uma perspectiva tópica e de “abertura” sistêmica do direito privado.

1. À Guisa de introdução: o dilema do civilista-partido-ao-meio

O pesquisador em Direito Civil vive hoje o dilema do filósofo-partido-ao-meio. Essa é uma interessante metáfora sobre a condição dos que se dedicam ao ambiente jurídico universitário no contexto atual, aludindo à figura de um filósofo que

“quer dois mundos. Quer o canto das sereias, sem ter de abandonar a segurança do barco. Quer analisar indefinidamente, contemplar eternamente a dúvida (que é como deixar-se ficar consigo próprio, sem perturbações, na ataraxia perfeita da perplexidade que ainda não virou espanto), embora também deseje a companhia dos outros e dela precise inexoravelmente. Somente um prodígio pode atender à dúplice exigência do Filósofo. Só o prodígio pode libertá-lo das amarras invisíveis que o aprisionam” (CASTRO JÚNIOR, 2003, p. 16).

Venceslau Tavares Costa Filho é Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UFPE; é Advogado, Pesquisador do CNPq/UFPE e Professor.

Fazendo nossas as palavras do jusfilósofo e civilista pernambucano, as exigências necessárias e – algumas vezes – conflitantes do foro e da academia resultaram em um civilista-partido-ao-meio. Enquanto o foro exige do pesquisador do direito privado respostas que auxiliem no deslinde dos problemas submetidos ao crivo do judiciário, a academia, por sua vez, exige do privatista uma capacidade de criticar a dogmática, de questionar os fundamentos do direito civil positivo. O civilista, portanto, pode ser comparado àquelas mulheres das lendas Greco-romanas que ficavam sempre a tecer roupas durante o dia, que seriam desmanchadas durante a noite, na espera pelos homens amados. O mesmo civilista que “tece” belas e elaboradas teorias para o foro, recebe da academia a missão de “desmanchar” tais “peças”.

Esse dilema do civilista-partido-ao-meio deita raízes na tensão entre o pensar a partir de problemas e o pensar a partir do sistema em matéria de direito civil. A ideia de que existe uma contraposição entre pensamento problemático e pensamento sistemático foi suscitada no panorama contemporâneo por meio dos escritos de Nicolai Hartmann (ADEODATO, 2005, p. 81). A questão central neste debate é a seguinte: as respostas que constituem as decisões em matéria de direito civil já estão preestabelecidas (pensar sistemático) ou elas são construídas a partir dos elementos fornecidos pelo caso (pensar problemático)?

No esteio desse debate, o que se pretende evidenciar é a incompatibilidade da noção de sistema em matéria de direito civil com a adoção da tópica e da “abertura” sistêmica como pressupostos para a tomada de decisão. Contudo, não se deseja com isso eliminar qualquer tentativa de construção de um sistema de direito civil, mas somente questionar tais pontos de partida desta concepção sistemática.

2. A “abertura” do sistema no pós-guerra: viragem retórica do direito civil

Desde o fim do século XIX até as primeiras décadas do século XXI, observam-se

diversas críticas à noção de “sistema fechado” e ao positivismo, com desdobramentos nas diversas searas do direito, repercutindo no direito civil no que respeita às críticas quanto à influência da Pandectística e de outras escolas que privilegiavam o conceitualismo, o formalismo, a crença na subsunção, etc.

Antes de seguir com o excursus histórico, contudo, faz-se necessário esclarecer o que seja esta abertura sistemática, que guarda relação com a diferença entre as noções de sistema fechado e de sistema aberto. O ponto de partida para tal distinção é o grau de diferenciação entre o que está dentro e o que está fora do sistema. Se o sistema não for dotado de “válvulas de escape” que lhe proporcionem ligação com os elementos circundantes, considera-se este um sistema fechado. O sistema fechado é absolutamente autorreferente e, portanto, exclusivo e excludente. Mas, se o sistema é dotado de vias de comunicação com o ambiente externo, diz-se que é um sistema aberto. Mas,

“não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos, pois, entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo. Não é, portanto, excludente do que está às suas margens, possuindo mecanismos de captação do seu entorno e de ressystematização destes elementos” (MARTINS-COSTA, 1999, p 42-43).

Esse “enclausuramento” que caracteriza o sistema fechado será considerado um dos fatores que levaram a um isolamento do direito em relação à ética, fundamentando a perpetração de diversas atrocidades na Europa da primeira metade do século XX. Destarte, no período do pós-guerra, em vista da revelação das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários alemão e italiano com amparo legal, verifica-se o

aparecimento de obras com o fito de criticar o normativismo (e outras correntes positivistas que também adotavam uma concepção hermética do sistema jurídico), propondo uma retomada do estudo da retórica no direito e ressaltando a importância da hermenêutica, podendo-se citar nomes como Viehweg, Perelman, Toulmin, Peter Häberle e Robert Alexy.

À medida que tais horrores foram denunciados, constatou-se um momento de descrença na racionalidade cartesiano-iluminista. Isso porque uma série de postulados necessitaram ser repensados na medida em que possibilitaram a civilização ocidental chegar a tal estágio. A racionalidade moderna, então, é posta em dúvida, e com ela a procedência do postulado que advoga a possibilidade de o indivíduo desenvolver-se isoladamente, de que seria correto considerar apenas os próprios interesses na realização dos desígnios humanos. Em suma, fazia-se necessário e premente buscar respostas para a seguinte indagação: “Como a humanidade, que estava fundada na razão, pôde chegar a tamanha barbárie?”, a fim de evitar a repetição de tal situação dramática (DANTAS, 2005, p. 192).

Nessa esteira de revisão de postulados, as chamadas escolas argumentativas (ou da Nova Retórica) propugnavam uma abertura do sistema, a fim de conferir ao juiz uma maior liberdade em sua atividade judicante (sem que isso significasse um abalo na segurança jurídica), além de objetivar a persuasão dos indivíduos que ocorrem ao judiciário acerca do conteúdo das decisões. Consigne-se, contudo, que a ideia de sistema aberto já havia sido defendida por Ludwig Von Bertalanffy na primeira metade do século XX, antes mesmo que H. L. Hart aplicasse ao Direito a sua ideia de textura aberta (BERTALANFFY, 1995). Contudo, a despeito do não ineditismo da proposta, deve-se considerar que ela desempenhou um importante papel ao criticar os paradigmas vigentes no pensamento jurídico da

primeira metade do século XX, respaldada pelo pensamento da opinião pública e da comunidade jurídica acerca da carnificina e das violações ocorridas tanto na Alemanha como em outros países antes e no curso da Segunda Guerra Mundial.

De acordo com Ludwig Von Bertalanffy (1995, p. 11), a gênese da ideia de sistema aberto se deu:

“Em conexão com pesquisas experimentais sobre o metabolismo e o crescimento, por uma parte, e inserida em um esforço para concretizar o programa orgânico, por outra, foi desenvolvida a teoria dos sistemas abertos, fundamentada no fato bastante comum de que o organismo é um deles”.

Tal abertura do sistema sob uma perspectiva jusfilosófica diz respeito ao reconhecimento da influência do sistema social sobre o direito, assim como da influência dos demais subsistemas jurídicos sobre o subsistema de direito privado, o que se dá em uma relação de causalidade para Lourival Vilanova. Esse filósofo do direito estabeleceu uma distinção entre a causalidade no direito (interna) e a causalidade do direito (externa). A primeira ocorreria no interior do sistema de normas, verificando-se entre os fatos e as normas. No segundo caso, dá-se na relação de causalidade entre o sistema social e o sistema normativo. Sendo o sistema social um sistema totalizador, encontrando-se vários subsistemas dentro dele em intercorrência causal, verifica-se que o isolamento de um subsistema (o jurídico, o político, etc) é resultado de uma abstração simplificadora, de raiz metodológica e gnoseológica (VILANOVA, 1985, p. 18).

Essa argumentação é corroborada pela seguinte perspectiva: se se considerar o direito uma linguagem lógica, há que se considerar também que – como linguagem lógica que é – o direito é desprovido de idempotência. Em outras palavras: ao direito só é possível falar acerca de objetos que estejam adstritos a uma linguagem do

tipo inferior (Idem, 1976, p. 56). O direito, portanto, não pode ser considerado objeto de sua própria linguagem, somente se podendo falar no direito como objeto de uma linguagem quando convertido em linguagem-objeto de uma metalinguagem (Ibidem, p. 57). Assim, há que se distinguir entre o direito como simples objeto (o direito positivo), o direito como linguagem-objeto (a civilística, por exemplo), e o direito como metalinguagem (a atividade desenvolvida por aqueles que discutem a civilística).

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o direito é limitado (como simples objeto, como linguagem-objeto ou como metalinguagem), enquanto circunscrito aos elementos que o integram. Destarte, não é incomum a afirmação de que a discussão acerca de fatos que careçam de tratamento jurídico pertence ao campo da política do direito, mas não ao direito em sentido estrito, pois tal coisa fugiria ao “objeto” do direito. De modo que – dentro desta perspectiva lógico-sistemática – ao direito só importará aquilo que foi selecionado para ingressar no mundo jurídico, pois:

“A constatação de que há fatos relevantes, a que a norma jurídica imputa efeitos no plano do relacionamento inter-humano, e fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização, permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral – ou mundo fáctico –, um conjunto – o mundo jurídico – formado apenas pelos fatos jurídicos” (MELLO, 2003, p. 9).

A jurisprudência dos interesses também pode ser inserida no rol dos fatores que contribuíram para corroer a crença dos juristas germânicos em uma concepção do ordenamento jurídico como um todo – ou ao menos do direito privado – “como um sistema conceitual fechado, formado por conceitos abstraídos das normas jurídicas, e do qual se poderiam extrair por simples dedução lógica novos conceitos e novas

decisões de casos” (LARENZ, 1969, p. 178-179). Ao conceber o direito como resultado da “luta” entre interesses sociais em disputa, passou a admitir uma interpretação da norma jurídica que leve em consideração os interesses sociais predominantes, de modo que essa busca dos “fins sociais” permitisse uma hermenêutica que não se prendia somente ao texto da norma.

3. *Reconstrução da metódica do direito privado: abertura hermenêutica e cláusulas gerais*

À maneira de Friedrich Müller (2005, p. 2), fala-se em *metódica* no sentido de “hermenêutica”, “interpretação”, “métodos de interpretação” e “metodologia”. Discute-se, portanto, a substituição na atualidade de certos pressupostos para a interpretação, ou da hermenêutica do direito civil. Enquanto em virtude da codificação observou-se uma limitação do papel do intérprete (quando comparado com o desempenhado nas consolidações), o momento é de ênfase na atividade hermenêutica. Naquela época, passou-se da interpretação à exegese. Mas, com a perda da abrangência da codificação (a “descodificação” do direito civil), verifica-se uma revalorização da atividade interpretativa no direito civil (LORENZETTI, 1998, p. 43-44). Pois, com a erosão da ideologia codificadora, este papel nuclear passa a ser desempenhado pela constituição, norma impregnada de valores, princípios e conceitos jurídicos abertos. O que – sem dúvida – realça este momento de revalorização do intérprete. Isso não deve significar um momento de aceitação do intuicionismo dos juízes, bem como não pode resultar na fundamentação da interpretação unicamente no intérprete, pelo que se ressalta o papel das normas fundamentais de direito privado na reconstrução de uma matriz estratégica ordenadora da interpretação (Idem, p. 71-72).

Pode-se afirmar, inclusive, que as influências a que estão submetidos os juízes con-

ferem legitimação e evitam o livre arbítrio na interpretação judicial (HÄBERLE, 1997, p. 31-32). A interpretação da constituição não se constitui acontecimento exclusivamente estatal, posto que outros integrantes da “comunidade política” tomam parte desse processo interpretativo (partes, terceiros intervenientes, pareceristas, peritos, grupos de pressão, etc) (Idem, p. 19-23), já que a interpretação constitucional consiste em uma atividade que – potencialmente – é do interesse comum (Ibidem, p. 24).

De modo que, sob a perspectiva apresentada por Häberle, aduz-se que a interpretação – longe de se constituir um processo de submissão ou recepção de uma nova ordem – é um processo aberto, conquanto “se reconhece que a nova interpretação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Mesmo sob uma perspectiva normativista, como a propugnada por Kelsen, reconhece-se que o homem comum também pode desempenhar um papel ativo na criação de normas, ainda que este não seja considerado uma autoridade estatal. Ao provocar o Estado-Juiz para que este efetue a prestação jurisdicional, o indivíduo procede como sujeito ativo na criação de uma norma, qual seja, a norma individual consubstanciada na sentença que põe termo à lide. Isso porque a norma individual também faz parte do direito, posto que o direito – para Kelsen (2005, p. 124-125) – “não pode consistir apenas em normas ou regras gerais”.

A autonomia privada também confere aos indivíduos poder normativo com a possibilidade de inovar em relação ao Direito posto. A regra da autonomia privada possibilita a dispensa de tratamento normativo positivo às condutas não previstas

pelo ordenamento, o que manteria intacto o dogma da plenitude hermética. O que se chama de tratamento normativo positivo diz respeito à “recepção das expectativas normativas como normas integrantes do sistema jurídico em questão” (CASTRO JÚNIOR, 2000, p. 244). De modo que a regra da autonomia privada proporciona a possibilidade de se lidar com o que, se não existisse tal regra, “seria um corpo estranho ao sistema, por faltar-lhe a norma de reconhecimento correspectiva. Isto é, a norma de autonomia funciona como uma norma de reconhecimento aberta, em branco, que funciona dentro de um certo âmbito” (Idem, p. 244).

A cláusula geral da autonomia privada, assim como outras cláusulas gerais, funciona como uma regra de “calibração” do sistema, permitindo a “oxigenação” do ordenamento, ao incorporar normas criadas pela autonomia privada ao sistema, pelo que – apesar da valorização da lei – faz-se isto a fim de permitir aos particulares uma maior agilidade na vida de tráfico, para que atuem sem a necessidade de a toda hora submeter-se ou aguardar a criação de lei específica regulando o ato. Outras cláusulas gerais também permitiriam essa “abertura” do sistema, ao incorporar tipos não previstos pela lei no sistema jurídico. É o caso das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato, do melhor interesse da criança e do adolescente, etc. O aparente “vazio” das cláusulas gerais, à medida que o conteúdo destas é informado a partir de critérios pouco claros, como o contexto, a “natureza” dos institutos, normas implícitas, tipos sociais e outras questões poderão ser compreendidos como uma forma de manter o mito da legalidade, já que determinadas condutas podem ser consideradas conforme a cláusula geral ou em sentido contrário ao que informaria a cláusula geral.

A fundamentação insuficiente, a falta de critérios que informem porque considerar determinada conduta como regulada por

uma cláusula geral ou por determinado dispositivo legal específico geram descon-fiança em relação à utilização deste aparato.

A utilização das cláusulas gerais proporciona um horizonte mais amplo de elementos que vão auxiliar o jurista na busca por uma solução, porquanto permita a inclusão de fatores e valores que não eram tidos como “sistemáticos”, mas que passam a integrar o catálogo de *topoi* por meio do supracitado processo tópico (MARTINS-COSTA, 1999, p. 22). O recurso às cláusulas gerais (apesar de ser apontada como uma das grandes “inovações” do projeto Reale), contudo, não é “novidade” no direito nacional, já que:

“o Direito subsidiário, no longo espaço de tempo em que foi praticado, especialmente a partir da Lei da Boa Razão, fez com que muitos juristas observassem com interesse as idéias dos juristas e das legislações estrangeiras, porquanto a solução do caso dependa da ‘descoberta’ da opinião do autor que, em face do caso concreto, representasse a *recta ratio*. A ‘boa razão’ consistia, principalmente, segundo o § 9º da lei de 18.08.1769, ‘nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os Direitos Romano e Natural formalizaram...’. Guardadas as proporções, eram esses princípios, como se vê, uma ‘cláusula geral’, permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade” (SILVA, 1997, p. 20-21).

A técnica das cláusulas gerais, tão propalada a partir da codificação civil em vigor, é insuficiente em face da necessidade de releitura dos dispositivos de direito civil a partir de uma tutela constitucional emancipatória, que alcance não somente o legislador ordinário e os poderes públicos, mas também as relações entre particulares. Isso porque a inserção de cláusulas gerais em codificações anteriores (como a italiana

de 1942 e a alemã de 1896) gerou descon-fiança em alguns setores do judiciário, em larga medida devido ao alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete, pelo que tais cláusulas gerais ou resultavam em uma construção doutrinária voltada à atribuição de um conteúdo menos subjetivo a estas ou tornavam-se palavras ocas (TEPEDINO, 2003, p. 12).

4. O direito civil é assistemático?

Considerações a partir de uma perspectiva tópica e de “abertura” sistêmica do direito privado

Vivemos hoje a era das incertezas em vários ramos do conhecimento humano. Mesmo as ciências ditas “exatas”, parecem ter renunciado à fé inabalável no paradigma sistemático. Apesar disso, a filosofia do direito permanece como o último dos crentes em busca do graal da razão sistemática (LLOMPART, 1971, p. 85). É em razão dessa fé no sistema (tão justificável quanto a crença em duendes, elfos e outros seres mitológicos), que se procura “salvá-lo” concebendo “sistemas abertos”, “interpretações sistemáticas”, etc. Contudo, incorporar a tópica e a noção de “abertura sistêmica” não salvam a concepção sistemática. São essas as duas “mortes” da perspectiva sistêmica em direito privado.

Assim, fala-se em “a morte e a morte do sistema” porque o retorno à tópica (conforme propugnado por Theodor Viehweg) e a adoção da ideia de “sistema aberto” representariam tais “mortes” a que se submeteu a concepção de sistema em direito civil. A relação entre tópica e direito civil não é uma novidade, porquanto a influência daquela já pudesse ser sentida “no *ius civile*, no *mos italicum*, bem como na civilística atual e presumivelmente também em outros campos” (VIEHWEG, 1979, p. 17).

Adotando-se como pressuposto básico a possibilidade de discussão a partir de pontos de vista diversos, a tópica parte do

pressuposto de que um problema pode ser resolvido de várias formas diferentes. De modo que a importância do raciocínio tópico reside em sua capacidade de “situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 80).

É por esquemas operativos da tópica que a argumentação visando ao convencimento se desenvolve. A tópica seria um estilo de investigação que partiria de opiniões comumente admitidas ou com força persuasiva no meio social a fim de buscar soluções para as questões por meio delas mesmas (ADEODATO, 2002, p. 38).

Assim, a tópica é vista como *ars inveniendi* devido à importância da busca de argumentos (os quais eram denominados *loci* por Cícero). Consistindo o direito na procura de uma resposta. Assim, não dispendo os juristas medievais de um sistema de regras do qual fosse possível extrair a solução por meio da dedução, a atividade dos juristas voltava-se para a pesquisa das opiniões existentes acerca do tipo de caso sob discussão. É por isso que a construção das soluções lastreava-se na verossimilhança, já que não se admitia a imposição de “verdades evidentes” ao jurista (MARTINS-COSTA, 1999, p. 81).

Theodor Viehweg (1979, p. 80), no que toca à relação entre a tópica e o pensamento sistemático, assevera que:

“É indiscutível que no âmbito jurídico a unidade sistemática é, em linhas gerais, algo antecipado. Dificilmente é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo, por assim dizer, parcial e aproximado, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas. No estado atual da investigação dos fundamentos da Ciência do Direito não se pode dizer com suficiente certeza onde se encontram, em nosso ordenamento jurídico, os conjuntos de fundamentos de maior amplitude e que grau de perfeição alcançaram”.

É de se indagar se o manejo de determinados conceitos tidos como inovadores, como as ideias de violação positiva do contrato, deveres anexos derivados da cláusula geral de boa-fé, etc, ocorreria devido a uma inovação no sistema atribuída à jurisprudência, ou – devido a uma restrição a esta possibilidade na teoria das fontes do direito e ao princípio da separação dos poderes – poderia trabalhar-se com o pressuposto segundo o qual “aquelas figuras novas respeitam a valores que, de antemão estavam imanentes ao nosso Direito privado; a problemática em questão desemboca assim na questão do fundamento de validade dos princípios gerais do Direito” (CANARIS, 2002, p. 116).

A questão é que nem todos os princípios ditos de direito privado são deduzidos de dispositivos que pertenceriam a tal “sistema”, o que coloca em xeque o argumento pelo qual se poderia falar em princípios “imanentes” do direito privado. Assim é que se fala em uma “autoridade variável” das regras do código civil (GRUA, 2005, p. 254), pois o fato de o Código Civil tratar de matérias como o Casamento e a União Estável não significa que todas as regras e *topoi* jurídicos atinentes a esses institutos encontram-se implicitamente no Código Civil. Há que se falar, por exemplo, na recente Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que instituiu dispositivos acerca da proteção da mulher no âmbito familiar, acrescentando outros deveres aos cônjuges e companheiros em relação às esposas e companheiras, bem como entre parentes em geral.

Assim, não há que se falar no Código Civil como o diploma legal considerado como repositório do direito comum, ao qual recorrem as leis particulares – subsidiariamente – em caso de lacuna (IRTI, 1979, p. 27). É duvidoso o recurso que porventura se faça às regras do Código Civil em caso de suposta lacuna no Estatuto da Cidade, posto que, em várias passagens, mostram-se incompatíveis entre si, de

modo que – mais do que lei subsidiária – o Código Civil é norma residual (GRUA, 2005, p. 254).

Essa decisão pela aplicação subsidiária das normas do código civil ou de princípios constitucionais ou de tipos sociais incorporados ao “sistema” por meio de um raciocínio tópico, contudo, não compete ao sistema, mas àquele a quem se conferiu o poder de concretizar a norma, de modo que a regra de reconhecimento que confere unidade ao sistema não se encontra no sistema, mas fora dele, porquanto esta escolha seja feita pelo intérprete ou aplicador da norma.

De modo que a “abertura” do sistema não “salva” a sistematicidade do direito, já que a regra de reconhecimento é retirada do âmbito do sistema e transferida para as mãos dos aplicadores do direito, aos quais é dado – a depender do contexto – o poder de alterar a hierarquia normativa e flexibilizar critérios de validade com base em cláusulas gerais e em *topoi* jurídicos, à medida que a concretização destes dependeria de uma remissão ao contexto, o qual – ao “completar” o significado do texto (MORAES, 2006; SALDANHA, 2003, p. 298) – atua relativizando e modificando as regras e princípios (CANARIS, 2002, p. 121-122) e até mesmo modificando ou relativizando a hierarquização normativa (o que ocorre quando se labora com a noção de sistema móvel na concepção de Canaris (2002, p. 132-133), que corresponde à ideia de sistema aberto na concepção de outros doutrinadores) o que demonstra que a regra de reconhecimento do sistema dependerá da atuação do aplicador da norma, que, ao cotejar o texto normativo ao contexto, afastará determinada regra ou não.

Existem algumas simetrias entre a norma de reconhecimento de Hart e a norma fundamental de Kelsen, quais sejam: a) a não promulgação por qualquer autoridade jurídica; b) não são válidas ou inválidas, porquanto não se possa discutir a validade destas normas “últimas”; c) ambas têm a função de emprestar validade à primeira

constituição; d) não se pode considerá-las normas constitucionais, mas meta-constitucionais; e e) ambas dizem respeito às normas sobre as fontes do direito ou sobre a produção normativa (GUASTINI, 2006, p. 203).

Apesar dos elementos em comum, não se pode afirmar peremptoriamente que noção de norma fundamental na teoria kelseniana (a *Grundnorm*) em nada difere da ideia de regra de reconhecimento no pensamento de Hart (a *rule of recognition*). Enquanto para Hans Kelsen a norma fundamental não é uma norma positivada, ou seja, não é uma norma posta, mas pressuposta pela “ciência” do Direito, para Hart a regra de reconhecimento é uma norma positiva. Ainda que não se possa falar em promulgação para a regra de reconhecimento, Hart afirma seu caráter positivo em face da sua caracterização como “regra social convencional tacitamente aceita pelos juízes” (Idem).

A ideia de uma “sistematicidade aberta” parece que não encanta somente parte da civilística nacional, espalhando-se também na jurisprudência, como se constata em um excerto do voto do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos dos Embargos Infringentes de número 70006984348:

“Um princípio não é aplicado a uma situação de fato isoladamente, mas, sim, em conjunto com outros, através de uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto, o que ordena uma harmonização prática. Desta forma, o sentido de uma norma principiológica se completa na situação fática, oportunidade em que afloram os valores da comunidade, num ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências sociais. Essa visão autopoética, que aceita a influência indireta da sociedade sobre o Direito num sistema de fechamento auto-re-

ferencial, sinaliza que a Constituição é um sistema aberto, trazendo um roteiro para as decisões, mas não um sistema cerrado de soluções, o que possibilita maior liberdade criadora do intérprete, o que não apenas extrai o sentido da norma, mas o perfaz no caso concreto. O que corresponde a reputar o Direito, enquanto sistema aberto de normas, a uma incompletude completável, já que ele mesmo traz soluções para os casos que eventualmente deixa de regular”.¹

Se se admitir que essa sistematicidade “aberta” do direito civil se vincula à atividade do aplicador (ou intérprete) da norma, admitir-se-á também que, para cada aplicador, deverá existir um sistema diverso.

Nega-se aqui, portanto, que a sistematicidade do direito civil nacional possa-se sustentar em tais fundamentos teóricos e metodológicos. Não há que se falar na existência de sistemas “abertos”, pois a abertura se opõe à concepção de sistema porque ela atinge o que lhe é mais caro: a regra de reconhecimento, que permite manter ao menos a unidade. É inadequado defender a sistematicidade do direito civil a partir da noção de sistema aberto, porque esta seria uma transposição para o direito do que ocorre com os organismos vivos – os quais são sistemas reais – que, ao interagir com outros organismos, se modificam. Contudo, a unidade do sistema real reside em causalidades físicas, de modo que as modificações ocorridas entre as interações entre seres vivos se dão com base nessa causalidade física, preservando a unidade do sistema. Entretanto, o direito civil é um sistema conceitual, e a unidade dos sistemas conceituais não reside em uma causalidade física. No caso do direito civil, há que se falar em uma regra de reconhecimento. Ao pôr em segundo plano ou até mesmo negar a necessidade dessa regra de

reconhecimento, a noção de sistema aberto labora contra a sistematicidade do direito civil. Há que se reconhecer, contudo, que tal ideia foi propagada em uma época em que se começava a questionar uma suposta falta de limites do pensamento problemático, especialmente a Tópica, apresentando-se como a concepção que permitiria combinar o pensamento problemático (criativo) com a segurança do pensamento sistemático. Esse lastro de segurança no manejo dos *topoi*, contudo, não é conferido pelo pensamento sistemático, mas pela dogmática jurídica.

Nem tanto à terra, nem tanto ao mar! Não há que se falar de autossuficiência nem do caso, nem da práxis jurídica, da interpretação ou, ainda, da norma jurídica (MÜLLER, 2005, p. 29). Assim, como um bom pai que procura dar atenção aos seus diversos filhos, o jurista deve lançar mão dos diversos elementos postos à sua análise para a solução dos problemas postos. É bem verdade, contudo, que – assim como ocorre aos pais que têm os seus filhos preferidos – alguns dos expedientes possam ser considerados preferíveis a outros. Mas, sob pena de se cometer um grave equívoco, nenhum recurso deve ser excluído, assim como nenhum filho deve ser injustamente desprezado.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoría general de los sistemas*: fundamentos, desarrollo, aplicaciones. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. O conceito de contrato diante do instituto jurídico da autonomia privada. In:

¹ Cf. TJRS – EI N^o 70006984348. Porto Alegre – 4^a Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Maria Berenice Dias – DJU 14.11.2003.

REIS, Palhares Moreira; SALDANHA, Nelson (Coord.). *Estudos jurídicos, políticos e sociais em homenagem a Gláucio Veiga*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Pragmática das Nulidades: a teoria do ato jurídico inexistente*. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 24, out./dez. 2005.

GRUA, François. Le code civil, code résiduel? *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n. 2, avril/juin 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Bobbio sobre la norma fundamental e la regla de reconocimiento: análisis e diritto* 2005, ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. Disponível em: <www.giuri.unige.it>. Acesso em: 8 jan. 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

IRTI, Natalino. L'étà della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 3, n. 10, out./dez.1979.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LLOMPART, José. Juristisches und philosophisches denken. In: BRUYLANT, Emilie. *Le raisonnement juridique*. Actes du congrés mondial de philosophie

du droit et de philosophie sociale. Bruxelles: Hubert Hubien, août/sept. 1971.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Disponível em: <www.puc-rio.br>. Acesso em: 5 jun. 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e Direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 51, n. 309, jul. 2003).

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Causalidade e relação no direito*. Recife: OAB-PE, 1985.