

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

ALLYSON CLAYTON EUGÊNIO DA SILVA

**DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: O PENSAMENTO TÓPICO COMO
PROPOSTA METODOLÓGICA**

RIO DE JANEIRO

2022

Allyson Clayton Eugênio da Silva

**DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: O PENSAMENTO TÓPICO COMO
PROPOSTA METODOLÓGICA**

Trabalho de Conclusão de Especialização
apresentado como requisito para obtenção
do grau em Especialista em Direito do
Estado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal
Molin Flores

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Neste momento, em que se percebe que a beleza da vida não se encontra no espírito de uma sociedade marcada pelo individualismo, mas, certamente naquele espírito que nos une à tantas relações, dentro as quais destaco a de familiares, amigos, e principalmente, aquela em sintonia maior, a relação que nos une a Deus.

Assim, agradeço aos meus familiares, amigos e, sem prejuízo, àqueles que tornam momento como este possível, os nossos professores, que com dedicação imensurável, conduzem seus alunos ao aprimoramento da vida, por meio de suas aulas, que cedo ou tarde, refletem em nossa formação como um todo.

Por fim, não menos importante, relembro aqui todo o corpo administrativo do curso de Especialização em Direito do Estado, que, mesmo diante das adversidades, comuns e inerentes à vida humana, sempre nos auxiliou com presteza e carinho, o que tornou momentos cansativos e estressantes superáveis.

RESUMO

O processo de subsunção está ligado à aplicação do direito. Exige-se, conforme a tese firmada por Tércio Ferraz, a constatação de que o sentido da norma coaduna-se com a interpretação, que em último caso não se confunde com a aplicação. O presente trabalho prima evidenciar o “Giro Hermenêutico Interpretativo” no âmbito da codificação civil, o qual reconhece a efetiva ascensão dos direitos fundamentais, o reconhecimento do culturalismo jurídico e a tridimensionalidade do direito. Pela conjugação das novas construções jurídicas, o trabalho demonstrará o processo de subsunção envolvido na ontognoseologia jurídica, teoria construída por Miguel Reale, na aplicação do direito, marcadas por valores dos juízes e da sociedade (aproximação entre moral e direito), ultrapassando o mero automatismo da razão jurídica positiva, que impõe a lógica da dedução e desconsidera os fatos que tangenciam a situação fática. Será demonstrado o caráter epistemológico das decisões no âmbito privado, posto haver a supremacia da tese da diferença intrínseca ao aplicar métodos de interpretação próprios para enfrentar alguns conflitos jurídicos, distanciando-se do automatismo lógico da dedução, ainda vigente na aplicação do direito brasileiro, igualmente, revela-se novos topoi ao fundamentar a discussão jurídica num compromisso democrático, deslocando a fundamentação das decisões judiciais para a construção criadora do direito.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional civil; hermenêutica; interpretação; ontognoseologia; subsunção.

ABSTRACT

The subsumption process is linked to the application of law. It is required, according to the thesis signed by Tércio Ferraz, the verification that the meaning of the norm is consistent with the interpretation, which in the last case is not confused with the application. The present work emphasizes the "Interpretive Hermeneutic Turn" in the scope of civil codification, which recognizes the effective rise of fundamental rights. Through the combination of new legal constructions, the work will demonstrate the process of subsumption involved in legal ontognoseology, a theory built by Miguel Reale, in the application of law, marked by values of judges and society (approximation between morality and law), surpassing mere automatism. of positive legal reason, which imposes the logic of deduction and disregards the facts that touch the factual situation. The epistemological character of decisions in the private sphere will be demonstrated, since there is the supremacy of the thesis of intrinsic difference when applying its own interpretation methods to face some legal conflicts, distancing itself from the logical automatism of deduction, still in force in the application of Brazilian law, equally , reveals itself as a new topoi by basing the legal discussion on a democratic commitment, shifting the reasoning of judicial decisions to the creative construction of law.

KEYWORDS: civil constitutional law; hermeneutics; interpretation; ontognoseology; subsumption.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 SISTEMAS JURÍDICOS | 7 |
| 1.1 SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA DINÂMICO..... | 9 |
| 2 REGRAS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS | 10 |
| 2.1.A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS | 10 |
| 2.2 PROPORCIONALIDADE | 12 |
| 3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL | 14 |
| 3.1 TÓPICOS E DE INTERPRETATIONE, ANÁLISE DA “TEORIA DO SILOGISMO” DE ARISTÓTELES..... | 14 |
| 3.2 ELEMENTOS FILOSÓFICOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA | 21 |
| 3.3 RACIOCÍNIO JURÍDICO NO DIREITO PRIVADO: ÂNGULO JURÍDICO-DOG MÁTICO X CRITÉRIO ZETÉTICO | 28 |
| 3.4 A ONTOGNOSEOLOGIA JURÍDICA APLICADA AO NOVO GIRO EPISTEMOLÓGICO NO ÂMBITO DA CODIFICAÇÃO CIVIL..... | 32 |
| 3.5 O PENSAMENTO PROBLEMÁTICO DE THEODOR VIEHWEG COMO RESPOSTA AO POSITIVISMO LEGALISTA | 35 |
| 3.6 TEORIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL..... | 42 |
| 3.6.1 Pensamento Tópico uma alternativa | 46 |
| CONCLUSÃO | 58 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

O Direito Civil Constitucional, e aqui sem nenhuma pretensão, a priori, de caracterizá-lo, baseia-se no discurso teórico de que as relações jurídico-privadas devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, aqueles de base constitucional. Nessa perspectiva, a doutrina civil constitucional impõe mudanças fundamentais na interpretação do Código privado, que, por sua vez, sempre lembrado como Constituição da vida privada, cede então lugar a um giro hermenêutico que, sobretudo, visa uma releitura de seus institutos.

Este fenômeno de constitucionalização do Direito Privado possui a fama de ser um movimento sólido no país, embora, ele tenha sido alvo de diversas objeções, entre as principais destacam-se as de ordem teórica, metodológica e pragmática. Para os opositores ao movimento, o fenômeno em questão carece de metodologia, pois, segundo eles, os métodos decisórios aplicados pelos magistrados são vagos e ambíguos, e isso decorre, justamente, do elevado grau de abstração e subjetividade envolvidos nas decisões judiciais.

Além do mais, uma vez que se pretende uma releitura dos institutos de Direito Privado sob a ótica de direitos fundamentais, observa-se que o tratamento hermenêutico exigido pelo movimento se reveste de critérios inovadores, como, por exemplo, ponderação dos interesses, dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação e da subsidiariedade, logo se pretende uma interpretação sistêmica e axiológica.

Quanto ao período em que a doutrina da constitucionalização do Direito Privado tomou espaço no ordenamento jurídico brasileiro há divergência, pois há doutrinadores que atribuem o seu início ao advento da Assembleia Constituinte de 1987, e, portanto, o fenômeno de constitucionalização do direito privado estaria intimamente ligado aos ideais políticos da época em que a Lei Fundamental da República Brasileira fora elaborada. Para outros, o direito civil constitucional seria fruto da doutrina do neoconstitucionalismo.

A justificativa do presente trabalho baseia-se na necessidade de compreender as repercussões teóricas bem como os seus efeitos práticos da teoria do direito civil constitucional, em especial atenção à necessidade de se apresentar uma metodologia que seja capaz de promover e garantir o ônus da argumentação nos processos decisórios dos juízes.

Os meios eleitos para a abordagem metodológica se baseiam em um enfoque zetético, pelo qual a explicitação do tema qualitativo, com forte pesquisa bibliográfica, apontando, sobretudo, para os diálogos entre textos, para enfim, firmar um entendimento da teoria em pesquisa jurídica no campo da argumentação jurídica.

Por fim, há uma aproximação da realidade com objeto temático do trabalho, e, na tentativa de explicação parcial, busca-se, a partir dela, desvelar as compreensões envolvidas, as atitudes e valores emergidos de tal relação. Sendo possível, todavia considerar até a utilização do método crítico do direito, que deposta na necessidade de se alçar outros paradigmas teóricos, além da lei.

1 SISTEMAS JURÍDICOS

Canaris defende que qualquer intensão de compreensão sobre o conceito de sistema jurídico requer, ainda que em caráter preliminar, conhecer do conceito ele atribuído, e aqui não se dará ênfase às divergências defendidas pelos diversos doutrinadores, mas esclarecerá qual o conceito aceito como geral ou de base filosófica e qual seria o seu papel na Ciência do Direito¹.

Para ele, deve haver uma situação clássica quanto à definição geral, e Canaris prefere a visão de kantiana de sistema, por meio da qual o sistema se firma na ideia de um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios dotados de unidade de sentido. Ressalta-se, no entanto, haver divergência entre os juristas².

Além do mais, Canaris endossa a definição de sistema que revele essas duas características, pois a ordenação, nesse sentido, é vista como a existência de um conjunto de normas que segue determinada organização e a unidade seria a característica desse conjunto organizado, ou seja, reuni a ideia de um todo com determinado sentido³.

Não menos importante, interessante, em similar semelhança, é o pensamento do jurista Eros Grau que, por sua vez, considera a ordenação como a existência de adequação valorativa, teleológica e axiológica das normas que integram um sistema, já a unidade estaria diretamente relacionada com a consonância dessas normas e o seu direcionamento a um fim comum, com isso definindo consistência ao sistema⁴.

Em que pese Norberto Bobbio não manifestar, de plano, sua concordância de que o ordenamento jurídico seja um sistema, o doutrinador, ao considerar se, de algum modo, os ordenamentos jurídicos seriam um sistema, Bobbio dar sinais de que um sistema depende também da ordenação de seus elementos e de certa unidade de sentido⁵.

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2012, p.9.

² KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 1781. p. 832. apud CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 9-10.

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op Cit.*, p.12.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 147.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 48-78.

Bobbio afirma, ainda, que, ao fazer assim, os sistemas evitam que o Direito se revele como mero acervo normativo, ou seja, um emaranhado de normas esparsas, o que tornaria uma interpretação coerente algo inalcançável⁶.

Tão logo, no presente trabalho, adota-se a noção de sistema jurídico como aquele em que, no que diz respeito aos seus elementos essenciais, articula-se por meio da organização e da unidade, onde ambas características são elementares para dar coerência e possibilidade de existência ao próprio sistema jurídico, e só assim, como assevera Eros Grau, atingir o seu fim comum⁷.

1.1 SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA DINÂMICO

A obra do professor Canotilho fornece as características elementares de um sistema jurídico que se revele dinâmico. Para o jurista, o sistema deve ser visto como aberto e de regras e princípios, ele é aberto porque tem uma estrutura dialógica {Caliess} traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'⁸.

Ainda em suas palavras, ele é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; – é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras⁹.

Bobbio, por sua vez, retoma a ideia de um sistema jurídico dinâmico, cuja autoria o autor atribuiu a Kelsen, que distingue os sistemas estáticos dos dinâmicos. Para ele, nos sistemas estáticos, as normas são deduzidas umas das outras, se deslocando das mais gerais em virtude de seu conteúdo, enquanto nos sistemas dinâmicos as normas originam-se das que regulamentam o procedimento formal para sua inclusão no sistema. Dessa dicotomia, percebe-se que o sistema jurídico positivo é dinâmico¹⁰.

⁶ BOBBIO, Norberto. Op Cit., p. 61.

⁷ GRAU, Eros Roberto. Op Cit., p. 147.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Op Cit., p. 80-81.

Para Bobbio, ao aceitar a concepção do sistema jurídico com um sistema dinâmico, deve ser olhar a questão acerca da antinomias das normas. Segundo o autor, um sistema que se fundamenta exclusivamente em um critério formal, em tese, poderia permitir normas incoerentes, o que, de fato, dificultaria reconhecer o ordenamento jurídico como um sistema, justamente por falta de um de seus elementos essenciais, a ordenação¹¹.

2 REGRAS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

2.1.A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Preliminarmente, requer que sejam estabelecidas algumas premissas iniciais quanto à norma, e definir a visão de regras e princípios como espécies normativas. Pois como visto até aqui, os ordenamentos jurídicos são construídos por meio de normas. Logo, é importante que se apresente uma compreensão dessas espécies normativas.

Hart ensina que, na busca sobre a natureza do Direito, há certas questões principais recorrentes: uma delas refere-se a que o sistema jurídico consiste, pelo menos em geral, em regras. O autor constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias, que é, assim, "a chave para a ciência do direito"¹².

No entanto, como afirma o professor Sampaio Ferraz Jr, não é fácil conceituar normas jurídicas, a elas se refere, dizendo:

Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por questão um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim¹³.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Op Cit., p. 82-87

¹² HART, Herbert. O conceito de direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 141.

Contudo, essa perspectiva distinga-se, como fez Canotilho, a norma do seu enunciado, formulação ou disposição, pois, enquanto a norma é sentido ou significado adstrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições), a disposição é a parte de um texto ainda a interpretar. Ou, para mais esclarecer, diz o mesmo e ilustre professor : "o texto da norma é o 'sinal linguístico'; a norma é o que se 'revela' ou 'designa'".¹⁴

Nessa perspectiva, tomando o signo norma em latu sensu, perfeitamente sustentável a classificação, utilizada por Canotilho, de princípios e regras como espécies do gênero norma. Assim, esses os componentes do sistema jurídico, compreendido como fenômeno dinâmico, em constante evolução, por isso mesmo atualmente dito sistema normativo aberto¹⁵.

Ademais, há de se ponderar a distinção entre regra e princípios, pois há autores que preferem diferenciar ambos em razão da própria estrutura de aplicação de cada um, já outros separam as regras dos princípios levando em conta o grau de abstração de cada uma das espécies normativas, ou seja, as regras possuem menor grau de abstração e generalidade, enquanto os princípios são reconhecidos por seu nível alto de abstração e generalidade¹⁶.

Virgílio Afonso da Silva¹⁷, em sua teoria dos direitos fundamentais, a partir da proposta de Robert Alexy¹⁸, não vislumbra a distinção entre regras e princípios em função do conteúdo material que expressam, mas sim da estrutura de aplicação dos direitos que tais normas garantem¹⁹.

Para Alexy, por sua vez, regras e princípios comportam-se de modo distinto e, assim, merecem uma definição particular: "são normas que são sempre satisfeitas ou

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op Cit., p.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.

¹⁹ Por isso, não seria possível identificar quais normas seriam regras e quais seriam princípios apenas pela leitura do texto legal ou pelo direito material que visam resguardar. Assim, a despeito da ausência de determinação, tanto para Virgílio, quanto para Alexy, a identificação de regras e de princípios somente seria possível mediante a análise concreta, testando a aplicabilidade coerente da regra da proporcionalidade. Ressaltamos, contudo que deve ser tomado muito cuidado para que o teste de aplicação não resulte de uma conceituação tautológica, pela qual a identificação dependeria de como os tribunais aplicam a norma em questão.

não satisfeitas”²⁰; ou seja, trata-se de uma determinação para que se realize exatamente o que a regra exige, sem gradações, no modo “tudo ou nada”.²¹

Princípios, de outro modo, são normas que determinam o dever de realizar determinada conduta na maior medida possível, ou seja, são deveres apenas prima facie, mandamentos de otimização. Por essa razão, os princípios podem se revelar em diversas medidas, até porque a realização total de um princípio pode implicar em conflito com outro princípio.²²

A título de exemplo, relembre-se o tratamento que leva a liberdade de expressão em sentido mais amplo em conflito com o direito à intimidade, precisamente nos casos jornalísticos. Na existência de conflito entre os direitos, ali tutelados, não se pode afirmar haver regra que determine quando deverá prevalecer um ou outro direito envolvido. Apesar de tal conflito, não se pode afirmar que uma solução que opte por um dentre esses dois direitos irá excluir o outro permanentemente do ordenamento²³.

O professor Canotilho²⁴ assegurou que os princípios são qualitativamente distintos das regras, pois, de acordo com o jurista, há diversos aspectos a ser considerados para qualificar essa distinção, dos quais se destacam:

1. Uma regra é ou não é cumprida, um princípio possui vários graus de concretização, variando em razão de condicionalismos fáticos e jurídicos;
2. Os princípios podem coexistir, apesar de serem antinômicos, as regras em conflito excluem-se. Aqueles permitem "balanceamento de valores e interesses", as regras exigem o tudo ou nada;
3. Os princípios podem envolver problemas de validade e de peso, as regras só enfrentam questão de validade

2.2 PROPORCIONALIDADE

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575.

²¹ “All or nothing fashion”. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978, p.

²² ALEXY, Robert. Op Cit. p.

²³ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44 e ss.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op Cit., p.

Feitas as considerações acerca da norma e do princípio, e estabelecida a distinção entre ambos, é importante que se compreendo o significado desses princípios, uma vez que eles fazem parte do ordenamento jurídico, e cabe aos magistrados, nos seus processos decisórios, interpretá-los para otimizar os valores deles oriundos.

O princípio da proporcionalidade teve sua primeira expressão no âmbito do Direito Administrativo, e tinha como finalidade inicial a limitação da discricionariedade administrativa, funcionando como verdadeiro vetor das ações do Poder Público que, porventura, extrapolassem os limites daquilo que se entendia como proporcional, e sua origem está no Direito Alemão²⁵.

Este princípio revela a medida a ser adotada, ao “estabelecer um *iter* procedimental lógico seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto”²⁶. Além do mais, ele é tido como um instrumento justificador das decisões do Poder Público, uma vez ele ajuda a balancear o meio ao fim pretendido pela lei, como defendido por Wilson Antônio Steinmetz:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar eo meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não- arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional²⁷.

Esse caminho principiológico que se deve guiar-se revela a necessidade de as decisões do Poder Público se manifestarem em uma relação de adequação entre o racional e o proporcional, pois haverá um relação entre o meio que se almeja e fim que se deseja chegar, sem que incorra em atitudes desproporcionais, conforme exposto acima.

Ademais, o doutrinador Carvalho Filho, em observação ao princípio da proporcionalidade, propõem a tríplice fundamentação na prática do princípio, divisão esta oriunda da doutrina alemã, veja-se:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 256.

²⁶ DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2016., p. 36.

²⁷ STEINMETZ, Wilson Antonio, 2001, p. 149.

prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens²⁸.

Dessa forma, há um caminho a ser seguido no uso da proporcionalidade, que passa pelo crivo da adequação, para que o meio escolhido seja adequado, ou seja, compatível com o fim desejado, assim, surge a observação à necessidade, justamente por não haver outro meio menos gravoso disponível.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

3.1 TÓPICOS E DE INTERPRETATIONE, ANÁLISE DA “TEORIA DO SILOGISMO” DE ARISTÓTELES

O presente tópico tem como caminho filosófico a compreensão dos principais argumentos de Aristóteles nos texto Tópicos (livro I, capítulos 1 a 9), e utilizará como fonte de apoio as bibliografias referenciais, “*Ciência e Dialética em Aristóteles*”, de Oswaldo Porchat, bem como “*As razões em Aristóteles*”, de Enrico Berti. A razão da escolha filosófica decorre que, como é sabido, Aristóteles é concebido como o primeiro autor que teorizou de modo explícito e sistemático a argumentação²⁹.

A análise pormenorizada do filósofo se justifica por ser ele o reponsável o fio condutor de inspiração de diversos autores, a partir da segundo pos-guerra, contribuindo, indubitavelmente, à elaboração da nova retórica por meio do “pensamento problemático” de Theodor Viehweg e a teoria proposta de Chain Peralman, sem falar da escola de lógica jurídica de Bruxelas. Os assim chamados, “Os novos retóricos” criticavam, como já foi explorado no título antecedente, a redução da Semiótica aos níveis da sintaxe e semântica, é o que afirma, Rocha:

Os Novos Retóricos, por seu lado, como Perelman (1970) e Viehweg (1986), também criticam a redução da Semiótica aos níveis da sintaxe e da semântica a partir de um retorno à Aristóteles para recuperar-se a noção de “tópica”. Na

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

²⁹ BERTI, Enrico. **As razões em Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 348.

tópica, Aristóteles explica que existem raciocínios demonstrativos, baseados na ideia de verdade; e raciocínios persuasivos, baseados na verossimilhança. Os raciocínios persuasivos se articulariam desde uma cadeia de argumentação tópica, constituída por pontos de vista geralmente aceitos, os *topoi*. Os *topoi* seriam uma espécie de elementos calibradores dos processos argumentativos³⁰.

Logo, a compreensão básicas dos pressupostos da teoria silogística de Aristóteles, nos dará substratos filosóficos suficientes para compreender o uso da linguagem no âmbito jurídico, e também um modo de pensar, como caminho interpretativo do direito civil à luz dos direitos fundamentais, elencados no Texto constitucional, tendo em vista a necessidade de se pensar a aquisição da proposição como um dos procedimentos argumentativos, o dialético³¹.

O método de investigação proposto por Aristóteles em “Tópicos” fundamenta-se, inicialmente, em proceder a utilidade da dialética, conforme o modo metódico, em segundo momento, define e classifica proposições e problemas dialéticos, depois passa a distinguir as formas de raciocínio d.9 e apresentar os instrumentos da argumentação, o que ele classifica como materiais da argumentação³². A capacidade de poder utilizar o raciocínio d., partindo de opiniões geralmente aceitas, em qualquer problema que seja proposto, e que evite, no ato do discurso, qualquer tipo de embaraço sobre os posicionamentos defendidos, compete ao homem cultivado. Por conseguinte, há uma separação clara entre o homem aberto a totalidade, em contraste do homem especializado.

A universalidade da dialética se justifica justamente por haver uma comunicação com os diversos campos dos saberes, portanto, não há nenhuma limitação de gênero tal como se faz na retórica, ela acaba “exercendo sua competência sobre todo silogismo”³³. Essa versatilidade da dialética, afirma Berti, é possível porque ela “parte não de princípios necessariamente verdadeiros, mas de premissas simplesmente compartilhadas”³⁴. Nesse sentido, assevera Porchat:

Diremos, então, que a dialética, ocupando o mesmo domínio universal e comum que é o da filosofia primeira, é a prova e exame no que respeita àquelas mesmas coisas que a filosofia conhece e que a sofística, sabedoria

³⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese**. Sequência, [s.l.], n. 62, p. 193-222, jul. 2011.

³¹ O pensamento dialético diferencia-se do retórico, pois esse se opõe à demonstração científica e apodídica baseada em axiomas e postulados, levando à dedução silogística. Já o procedimento dialético busca a formação de proposição, o que pode ser entendido como lugares comuns.

³² PORCHAT, Oswaldo. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. UNESP: São Paulo, 2004, p. 362.

³³ *Ibidem*.

³⁴ BERTI, Enrico. *Op. Cit.*, p. 270.

meramente aparente, tão-somente aparenta conhecer, mas de fato desconhece³⁵.

Dito isso, ainda que a dialética parta da éndoxa para alcançar a totalidade, não quer dizer que ela esteja, em tese, renunciando a verdade, ou esteja a nível inferior ao da própria ciência; contudo, a dialética está preocupada com a discussão, que envolva tanto refutação quanto o consenso³⁶.

Em Tópicos, Aristóteles faz uma exposição das diversas formas em que a dialética se apresenta, ao passo que, ao compreendê-la como um processo de crítica, “onde se encontra o caminho que conduz aos princípios de todas as investigações”, abre-se uma possibilidade de separá-la a partir dos seus usos, como: i) adestramento do intelecto, em que o uso privado assume o caráter técnico, no sentido de método, disciplina; ii) disputas causais, as quais estão atreladas ao uso público da dialética; iii) e às ciências filosóficas, onde seja possível distinguir o verdadeiro do falso.

Ademais, há outro importante argumento incluído na oposição entre uso público e uso científico do raciocínio d.. A distinção, inicialmente enfatizada, por Berti, demonstra-nos a possibilidade de entender a dialética “pura” e outra “forte”, no momento em que esta nos faz discutir a partir de nós mesmos, a fim de alcançar determinada verdade, enquanto aquela nos torna, por sua vez, capazes de refutar outras pessoas em embates “casuais”.

Por isso o uso às ciências filosóficas é de uma dialética “cognitiva”, que “permite conhecer o verdadeiro e o falso, e, portanto, faz da dialética um “instrumento” (órganon). Contudo, não se afigura oposição entre dialética e verdade, uma vez que para permitir discussão com outros não requer, necessariamente, premissas verdadeiras, mas devem ser antes partilhadas³⁷. A d., nesse entender, funciona quando se admite a validade do princípio de não-contradição, bem como a validade do princípio do terceiro excluído.

Assim, ao conhecer a forma do que é o raciocínio d., e suas oposições frente ao uso, o texto de Aristóteles, Tópicos, nos reconduz à reflexão acerca da natureza dos argumentos. Logo, a questão que se impõe é: quais são os materiais de que

³⁵ PORCHAT, Oswaldo. Op Cit., p. 360.

³⁶ BERTI, Enrico. Op Cit., p. 26.

³⁷ BERTI, Enrico. Op Cit., p. 27.

partem argumentos? A resposta do Estagirita é a seguinte, “os materiais de que partem os argumentos são iguais em números e idênticos aos temas sobre os quais versam os raciocínios.” Desse modo, os argumentos partem de proposições, enquanto os temas sobre os quais versam os raciocínios são problemas. A partir dessa realidade, Aristóteles elenca os elementos que constituem os raciocínios e os problemas, concebendo a argumentação d. como um tratado sobre a metodologia da definição.

Diante de tais considerações acerca dos *Tópicos*, nos parágrafos anteriores, faz-se necessário abordarmos o assunto do *De Interpretatione*. A obra, inicialmente, estabelece conexões entre a linguagem, o pensamento e a realidade. Para compreendê-la por completo, para além dos usos ou mesmo das utilidades da dialética, é necessário que se verifique a importância da linguagem, ou ainda, da análise semântica. Pois, ela é útil para revelar as falsas refutações equivocadas, no mesmo sentido entende Berti, em que “o topos, o esquema de argumentação mais eficaz que se pode usar contra os sofistas, é, com efeito, observa Aristóteles, aquele por meio dos nomes.”³⁸

O discurso ocorre de forma articulada e significativa, e se expressa por meio de convenção estabelecida entre indivíduos, conforme aponta Aristóteles “nem todo discurso é declaratório, mas apenas aquele em que subsiste o ser verdadeiro ou o ser falso.”³⁹ (ARISTÓTELES, 2016, p. 5). A visão aristotélica do discurso, é precisa sobre qual unidade será investigada, no caso de discursos declaratórios, visto que as características de todo discurso declaratório são a aposição do verbo “ou de um caso dele”. Dessa forma deve ser aposto o “é”, o “será” ou o “foi”, devendo expressar uma única coisa.

A técnica do discurso utiliza-se da linguagem, articulada, para possibilitar o afastamento dos embaraços sofísticos. E, assim, “toda afirmação (ou toda negação) ou é verdadeira ou é falsa, é necessário que toda coisa subsista ou não subsista”⁴⁰ (ARISTÓTELES, 2016, p. 15). Nesse sentido, há, certamente, claro intuito de construir uma comunicação desembaraçada de qualquer contradição, afastando-se dela argumentos débeis, em que a identidade do discurso estaria adstrito a um núcleo sob o qual é possível partilhar, para se chegar em um resultado que define o caráter da afirmação. Portanto, “se

³⁸ BERTI, Enrico. Op Cit., p. 41.

³⁹ ARISTÓTELES. Órganon. Obras Completas. São Paulo: Editora Edipro, 2016, p. 15

⁴⁰

não existir esse núcleo idêntico comum, mesmo que seja fluido ou instável, não há comunicação”⁴¹

Por essa razão, para pensar a aquisição da proposição, requer alguns enunciados fundamentais na sua construção, por exemplo: o nome, o verbo, a negação, a afirmação, a declaração e o discurso são veículos fundantes, visto que para pensar o verdadeiro e falso deve-se, antes de tudo, vincular composição ou a separação dos termos da declaração. Caso haja apenas nome, não possuirá sentido em se falar em verdade ou falsidade, mas meramente significação, conforme aponta Da Mata

Afim de elucidar a compreensão da última parte do parágrafo anterior, opondo –se à clássica distinção entre símbolo (que é convencional) e signo (que é natural), Berti afirma: “O nome – diz Aristóteles – é palavra significante por convenção, vale dizer, é símbolo, sem determinações de tempo, enquanto o verbo é aquilo que significa acrescentando uma determinação do tempo, sendo signo do que é dito de outro.”⁴²

Por fim, afastando-se entre signo e símbolo para compreender o valor do verbo na teoria aristotélica, Aristóteles arremata em *De Interpretatione* que o verbo não é nada, significando por acréscimo alguma união que só podem ser pensadas a partir de uma interligação, agregando aquilo que ele próprio significa. Logo, levar-nos a pensar que ele não significa algo por si mesmo, mas se sabe que o verbo exerce a função de predicado de um sujeito no interior de uma oração, conforme aponta Berti⁴³.

Como tratado até então, as palavras são pontos de convenção no ato do discurso, e o seu significado expressa um juízo de convencionalidade da linguagem estabelecido entre aqueles que participam, de algum modo, do discurso. Portanto, é válida a afirmação de que o discurso é significativo, não como ferramenta, mas como convenção, desse modo, é possível pressupor que o discurso está envolvido em certa realidade concebida pela língua, e de certa forma deve atender às exigências mínimas do padrão semântico aceitável, a fim de manter um diálogo razoável, compreensível, assimilável. Com isso, evitando incorrências nocivas à construção lógico-semântica, que tem o único fim de convencer, ou em outras palavras, enganar.

⁴¹DA MATA, José Veríssimo T. "**Comentários**". in: ARISTÓTELES, "De Interpretatione". São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 87.

⁴²BERTI, Enrico. Op Cit., 2010, p. 55.

⁴³ *Ibidem*, p. 256.

Por isso, Aristóteles declara que a expressão “conforme convenção”, localizada no texto *Intrepretation 16b*, quer dizer que nada por natureza pertence aos nomes, ou seja, passa a pertencer apenas quando se torna símbolo, “uma vez que mesmo os sons inarticulados, como os das feras, revelam algum significado, ainda que nenhum deles seja um nome.”⁴⁴.

Nessa mesma perspectiva, o comentador Da Mata, acredita que a presença do nome como “convenção” é a explicação aristotélica para o fenômeno da linguagem e de suas diferenças⁴⁵. Nesse, sentido, Da Mata, ao citar Aristóteles em sua Carta a Heródoto faz um apontamento no texto em que as próprias forças da natureza dos homens vivenciam afecções, captação de imagens peculiares, sendo que a representação do mundo, ou melhor a sua exteriorização é formada pela sua realidade externa, por essa razão, o Estagirita conclui que cada povo, conforme as regiões, possui diferenças.

Como se sabe, os processos cognitivos de cada um segue processo individual, características comum a todos os seres humanos, contudo, como dito acima, as palavras são emitidas de formas diversas, uma vez que há diferentes códigos linguísticos. No entanto, há um curso lógico das convenções, na utilização desses códigos linguísticos, supostamente presente na teoria aristotélica que sempre acontece no próprio conjunto de convenções, em que tudo o que significa é discurso.

Ademais julga-se necessário ressaltar a indispensabilidade dos verbos, como elemento fundamental, na enunciação do pensamento exteriorizado em linguagem, pois “o verbo sempre exige o sujeito, exige a unidade proposicional, pela qual o pensamento se realiza”.⁴⁶. É indiscutível que no discurso declaratório, posto estar vinculado ao “ser verdadeiro e ao ser falso”, não pode se formar sem a existência de um verbo, pois é o agregador daquilo que ele próprio significa, nos mesmos termos Aristóteles afirma, “o nome [com overbo] é sempre [discurso] verdadeiro ou falso.” Em verdade, são aos discursos, ou seja, às proposições, que adequa-se o atributo de serem verdadeiras ou falsas, são os considerados por Aristóteles de “apofânticos”, em outras palavras os declarativos ou enunciativos⁴⁷.

Além do mais, nos Tópicos, Aristóteles defende ser possível conhecer os

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Organon*. Op Cit., p. 15.

⁴⁵ DA MATA, José Veríssimo T. Op Cit., p. 82

⁴⁶ DA MATA, José Veríssimo T. Op Cit., p. 87;

⁴⁷ DONINI, Pierluigi. FERRARI, Franco. **O exercício da Razão no mundo clássico**: perfil de filosofia antiga. São Paulo: Editora Annablume Clássica, 2012, p. 205.

princípios – e, a partir deles, estabelecer as definições – à dialética. Assim, é possível cogitar que o filósofo considera a indução uma forma específica da dialética, concebida, numa visão aristotélica, como um método capaz de argumentar acerca de qualquer problema posto, não sendo, no entanto, ciência porque não está vinculada a um gênero particular do ser, e que também os argumentos não partem de premissas necessariamente verdadeiras, todavia, possui o caráter de endoxa⁴⁸.

Essa teoria aristotélica do discurso é em grande medida, notada pelo seu esforço teórico do filósofo em garantir a autonomia, a autossuficiência do discurso, que agora com a dialética propõe revelar as ambiguidades linguísticas, com a atenção precisa da linguagem despendida sobremaneira em seus escritos e análises semânticas. Contra elementos tendentes a subornar uma forma de saber e os desvios de significado no discurso⁴⁹.

Por tudo exposto, pode-se afirmar que a filosofia aristotélica alinha-se ao conceito de saber amplo, e a dialética é o método daqueles que investigam qualquer forma de saber, desde os básicos, que estão disponíveis ao alcance das mãos, até aqueles que concernem à origem do todo⁵⁰.

Por fim, é importante que se realce que não estando a dialética associada à uma ciência em especial, ela torna-se capaz de intervir nas outras ciências como um excelente método de descoberta de princípios, e, se necessário, da sua defesa⁵¹. Logo, a dialética na perspectiva aristotélica é “apenas a arte do diálogo ordenado, o que a distingue da demonstração filosófica e científica é raciocinar a partir do provável, ou o que a distingue da erística sofística é raciociná-la de modo rigoroso, respeitando as regras da lógica.”⁵²

Outro importante aspecto é que o pensamento aristotélico, como tratado até aqui, contribuirá de forma importante para a compreensão da tópica como será trabalhada por Viehweg. No silogismo dialético, as premissas são tidas como prováveis, o que o juiz faz, ao utilizar-se do pensamento tópico, é intuir, com auxílio de noções jurídicas, chegar a um diagnóstico, abandonando as noções do pensamento lógico-silogístico, dominado pelo cartesianismo, e considerando a intuição, não como forma de obscurecer a fundamentação, mas, conduzir a atividade

⁴⁸ DONINI, Pierluigi. Op Cit., p. 216.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ BERTI, Enrico. Op Cit., p. 224.

⁵¹ DONINI, Pierluigi. Op. Cit., p. 217.

⁵² REBOUL, Olivier. 1998, p. 28

jurídica nos planos da descoberta e o da demonstração⁵³.

Ao aproximar o direito da verdadeira prudência (GRAU, 2000), e afastando-o do paradoxon (visto como aquilo que pode ser verdadeiro, ainda que contradizendo a opinião aceita). Assim, em síntese, a retórica é uma aplicação da dialética, “no sentido de que a utiliza como instrumento intelectual de persuasão.”⁵⁴ embora, a persuasão retórica parte de uma seriedade, uma vez que ela está ligada à ação social. Em consonância com esse entendimento, Reboul, “na retórica, em que não se sustenta uma tese, mas, se defende uma causa, em que não se joga com ideias, mas o que está em jogo no discurso é o destino do judiciário, político ou ético dos homens.”⁵⁵

3.2 ELEMENTOS FILOSÓFICOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA

Para o presente trabalho, é importante destacar que a incursão histórica da codificação civil brasileira não é necessária, pois a análise em questão limitar-se-á a demonstrar de que modo a experiência jurídica privado é conhecida, no plano subjetivo, e como o fenômeno do Direito Civil se revela.

Contudo, em assento moderno, e em sintonia com o pensamento ora apresentado, o código [...] “representa muito mais do que um conjunto de regras, mas um conjunto sistemático e unitário de normas jurídicas que enfeixam a disciplina fundamental de um determinado ramo do direito.”⁵⁶

A codificação, no entanto, e em que pese se tratar de um conjunto de normas, tem a sua formação a partir de outros fenômenos presentes em qualquer sociedade. Nesse aspecto, relembra-se as palavras do ilustre professor Amaral, que o distingue de outras ciências do direito, por ser ele um direito de características históricas e sempre contínuo:

No sentido de que resulta de longo processo iniciado pelos magistrados romanos, os pretores, e desenvolvido ao longo dos séculos sob influência política, econômicos e sociais.⁵⁷

⁵³DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 493.

⁵⁴REBOUL, Olivier. REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Ed. Martins Fonte, 1998, p. 37.

⁵⁵REBOUL, Olivier. *Op Cit.*, p. 40.

⁵⁶DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

⁵⁷AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Ed. Renovar, São Paulo, 2000, p. 13.

O professor Orlando Gomes, em seu trabalho de introdução ao Código Civil, reflete acerca do sentido histórico do código, enquanto nova modelagem de um conjunto de normas jurídicas em ambiente moderno:

Um Código é, em sua noção histórica, um sistema de regras formuladas para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito. O Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas de vida de relação dos particulares. (...) O mundo dos Códigos foi o mundo da segurança, feliz observação de Natalino Irti, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa sequência ordenada de artigos, para 'proteção das liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político'.⁵⁸

Por essa razão, percebe-se que a Legislação civil ultrapassa aquela ideia de um emaranhado de dispositivos normativos, sem qualquer revelação de mutação, pois, como exposto, o Código Civil traduz os valores do liberalismo, o que naturalmente implica na alteração do código, conforme os fenômenos que contribuíram para a sua elaboração são alterados.

A codificação de 1916, obra idealizada por Clóvis Bevilácqua, por exemplo, refletia os ideais do século XIX, em que os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* refletiam os valores da época, logo o referido diploma possuía, como elemento axiológico fundante, caráter extremamente individualista e conservador, pois o sujeito de direito alçava-se no patrimonialismo.⁵⁹

Observa-se então que o Código Civil de 1916 renega o protagonismo da dignidade da pessoa humana como valor axiológico supremo, bem como tímido respeito aos valores sociais, justamente por dar ênfase ao patrimônio, em detrimento aqueles valores, em nítida consonância com as legislações surgidas no século XIX, tais como os códigos napoleônico e alemão; os quais proclamavam o Estado Liberal de Direito, ao defender os interesses da burguesia, que passava a ter força econômica.⁶⁰

Nesse mesmo sentido, segundo o doutrinador Lorenzetti, a codificação civil liberal (Código Civil de 1916), de feição hialinamente individualista, detinha como valor indissociável à sua estrutura a realização da pessoa na e para sua propriedade.⁶¹

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68.

⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Jacob deFradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 253.

Logo o que se observa, de imediato, no Legislação privada de 1916 é a propriedade gravitando sobre as demais pretensões e garantias do indivíduo – máxime de interesses privados tuteláveis.

Por essa razão, a patrimonialização das relações civis mostrava-se incompatível com qualquer valor inerente à dignidade da pessoa humana, visto que esta, conforme será tratado neste trabalho, alçará ao valor incontestável de maior posição na ordem jurídica, dado ao seu fundamento existir na Lei fundamental, ou seja, na Constituição Federal.

Ademais, e a fim de que se conheça dos tons individualistas da época, do então vigente Código de 1916, que, nas palavras de Vilella, remontam, no que diz respeito à autonomia privada, dogmas da liberdade e da igualdade formal, com a consagração do instituto da liberdade contratual.⁶²

Cita-se:

A autonomia privada era entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, não se buscando justiça substancial. O eixo da relação contratual era a tutela subjetiva da vontade. A discussão do contrato no século XIX se prendia em larga medida ao acordo de vontades, à averiguação da conformidade entre vontade e declaraçãoe aos vícios do consentimento. Interessava determinar as circunstâncias em que o consentimento se exprimia, e sobretudo se era livre. Pode-se notar que os atores do direito privado tradicional (o proprietário, o credor, o devedor, o marido, o testador etc.) são geralmente descritos de um modo bastante abstrato. Suas características são definidas a partir de uma sistematização uniformizadora dos problemas práticos. No âmbito dos contratos, as pessoas ora são “compradoras”, ora “vendedoras”, “locadoras” ou “locatárias”, “mutuantes” ou “mutuárias” e assim por diante. Entretanto, “as pessoas reais desempenhando tais papéis são completamente intercambiáveis⁶³.”

Posto desse modo, observa-se que a preocupação normativa da Legislação privada de 1916 era tão somente a aplicação das mesmas regras aos indivíduos em geral, independentemente de qualquer juízo de valor que, eventualmente, deveria recair sobre a pessoa, existente no caso concreto, devido à abstração predominante e o princípio de igualdade perante a lei.

Assim, isso só era possível, justamente em razão da autonomia privada, tão entronizada como garantia elementar do cidadão, e projetada sob o valor da liberdade individual, ao mesmo tempo em que atribuía à tal vontade o papel de criar direitos e obrigações na ordem jurídica.

⁶² VILELLA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, [s.l.], v. 261, 1978, p. 37.

⁶³ *Ibidem*.

A propriedade, por sua vez, protagonizava como direito absoluto, ou quase isso, pois o direito do senhor ou amo, de modo algum, não sofria qualquer alteração, ainda que o domínio, ou a forma como ele era exercido, beneficiasse apenas ou seu titular, obviamente, em detrimento da sociedade. Nesse aspecto, a função social da propriedade nem sequer era cogitada.

Além do mais, é importante frisar que o Código Civil de 1916 espelhava os valores do século XIX, e, portanto, funcionava como um sistema fechado, que, muitas vezes, se revelava incapaz de acompanhar as transformações sociais vivenciadas pela sociedade, a qual era, primordialmente, destinatária.

Cita-se, por exemplo, o pensamento da Prof. Judith Martins Costa:

O Código afinal vigente em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador de centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família -, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar no campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal.⁶⁴

Dito isso, percebe-se que o Código Civil de 1916 era fiel aos valores perpetrados até então, de modo que autonomia de vontade se manifestava como orientação dogmática nas relações contratuais, privilegiando a lei a concepção de sujeito de direito enquanto titular de um patrimônio.

Por esse prisma, é nítida na Legislação privada qualquer intervenção em prol de um fim social comum, pelo contrário, se observa o inaltecimento do individualismo como valor maior, em prejuízo dos valores sociais eventualmetne almejados em sociedade; como mais a frente se perceberá no novel regime, no qual estão assentados os princípios da função social do contrato e da propriedade.

Por fim, é imperioso que se esclareça que o Código Civil de 1916, em perspectiva completamente distinta, no que diz respeito ao papel dos princípios no ordenamento jurídico, do contrário do Código Civil de 2002, que os princípios, além possuerem previsão explícita, contem garga normativa, diferentemente do que previa na Legislação privada de 1916.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999,p.

O que se observa de imediato é que o Código de 1916 foi amplamente fundamentado no dogma da vontade, e, diante disso, exigiu-se a tríade formadora da principiologia contratual: a) liberdade de contratar; b) força obrigatória do contrato; c) relatividade.

Desse modo, toda arquitetura principiológica se organizava em torno da autonomia da vontade, sendo ela o elo entre a legalidade da época e a concretização do individualismo, como paradigma social informador das relações contratuais e de propriedade.

Essa realidade, no entanto, devido às modificações previstas pelo próprio idealizador do Código Civil de 1916, seria alterada, cedo ou tarde, a fim de ajustar o acervo normativo de 1916 às novas exigências da sociedade, mas, desta vez, em harmonia com a evolução social:

Mas por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte”⁶⁵.

Portanto, em decorrência de evidente transformação social, a qual se estabeleceu, ao longo de décadas, condição inerente ao ser humano, e, conseqüentemente, às leis que permeiam a vida em sociedade, o Código Civil de 2002, por sua vez, rompeu de forma expressiva o individualismo imperante até então, e, por conseguinte, privilegiou os conceitos flexíveis, além de abrir um novo caminho para concepção e realização de seus dispositivos normativos, quais sejam: conceitos flexíveis, o que permite nos casos concretos maior ponderação de valores, por meio de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, e, num outro giro maior, a prevalência da dignidade da pessoa humana, como novo paradigma.

Esse cenário de transformação é mais evidente, ao analisar a obra do Prof. Miguel Reale, presidente da comissão elaboradora do Anteprojeto, o qual elucidou em palestra proferida na Academia Paulista de Letras os princípios incorporados ao Código Civil de 2002:

(...) a eticidade, implicante a substituição do formalismo verificado no código de 1916 por modelos hermenêuticos, de modo a permitir a contínua

⁶⁵ REALE, Miguel. **Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente**, in O Projeto do Novo Código Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.28.

atualização dos preceitos legais, (...) e valores éticos como a boa-fé, os costumes e a função social dos direitos subjetivos; a socialidade, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuidando o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a operabilidade, estabelece interpretação e aplicação do código, tais como, a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, probidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (onerosidade excessiva)⁶⁶.

Desse modo, o Código Civil de 2002 tem como marco axiológico a seguinte tríade: eticidade, socialidade e operabilidade, formando as bases principiológicas no novel civil, e, conseqüentemente, a fidelidade às diretrizes interpretativas decorrentes desses princípios.

Por essa razão, sendo o Código um sistema aberto, devido à sua arquitetura flexível, há expressiva mobilidade de seus institutos a fim de ajustá-los aos avanços das relações humanas "(...) em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo".⁶⁷

Após tais considerações, é importante que dê tratamento a cada um desses princípios, pois o Código Civil de 2002 é um código civil social, e tem como diretrizes basilares os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, os quais são tratados individualmente a seguir:

O princípio da eticidade está alinhado aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade, e, nas palavras da doutrinadora Maria H. Diniz, estabelece:

o princípio da eticidade se relaciona tanto com o Direito Civil quanto com o Direito Constitucional, sendo aquele "que se funda no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade".⁶⁸

A eticidade denota-se, portanto, como diretriz axiológica que, na prática, deve ser usada associada à compreensão da dignidade da pessoa humana, como princípio elementar da ordem jurídica, e cotejo com outros princípios acima destacados, o que,

⁶⁶ Palestra proferida pelo Prof. Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29/11/2001.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117-118.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 834.

sem sombra de dúvida, leva o julgador à constante atividade ponderativa, firmada em valores axiológicos.

Por essa razão, a eticidade deve ser visto como aquele valor que impõe a todos, o dever geral de colaboração, logo, estimulando relações jurídicas que sejam pautadas nos princípios da boa-fé objetiva e na lealdade, gerando, assim, um dever, aos contratantes e aos operadores do direito, em geral, de se comportarem de acordo com esses princípios, em especial conferindo primazia ao princípio da dignidade humana, impedido o exercício arbitrário de pretensões.

Ainda nas palavras de Maria H. Diniz que defende a posição do duplo relacionamento do princípio da eticidade, que, segundo ela, se relaciona tanto com o Direito Civil quanto com o Direito Constitucional, pois, conforme tratado anteriormente, a dignidade da pessoa humana se revela como princípio fundante da ordem jurídica, e nas palavras da professora, a eticidade é o princípio “que se funda no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade”.⁶⁹

A socialidade, por sua vez, é um princípio que prestigia os valores coletivos em detrimento do próprio interesse individual, perspectiva que rompe, drasticamente, com ideia do individualismo tão marcante no Código Civil de 1916, ou seja, na perspectiva de Judith M. Costa: “prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.⁷⁰

O saudoso Prof. Miguel Reale, em consonância com o mesmo entendimento, revela a socialidade como princípio que “prestigia os valores coletivos, colocando os individuais em segundo plano”⁷¹.

Posto desse modo, o princípio da socialidade deve ser concebido como um valor axiológico capaz de estimular comportamentos sociais que visam o bem comum, realçando os valores coletivos, em detrimento daqueles individuais, prestigiando a coletividade, e quando houver conflito entre este e aqueles, deve se vislumbrar, no caso concreto, a prevalência dos ideais coletivos.

Por fim, segundo Miguel Reale, a operabilidade: “confere ao julgador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa, a norma, que, contendo cláusulas

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. Op Cit., p. 49.

⁷¹ REALE, Miguel. Op Cit.,p.

gerais ou conceitos indeterminados, possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada, com base na valoração objetiva, vigente na sociedade atual.”⁷²

Logo, o princípio em questão tem, por fim imediato, em especial os operadores do Direito, finalidade de torna o Código Civil efetivo, na medida que, na aplicação do direito, os conflitos possam ser solucionados com maior efetividade e presteza, ou seja, a pretensão principiológica é fazer dos institutos privados inteligíveis, em especial na figura do magistrado, que, diante da flexibilidade do Código Civil de 2002, passa a ter maior liberdade hermenêutica, isto é: “o Princípio da Operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional”⁷³.

Nesse mesmo sentido, o professor Reale explica que o princípio da operabilidade:

Confere ao julgador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa, a norma, que, contendo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada, com base na valoração objetiva, vigente na sociedade atual⁷⁴.

Assim, esse princípio facilita a própria aplicação da lei ao caso concreto, pois, uma vez que ele permite o magistrado, em seu processo hermenêutico interpretativo, dialogar com os diversos institutos de direito privado constantes no Código Civil de 2002, a fim de se obter, no caso concreto, a justiça almejada, visto que, por meio desse princípio, as normas tornaram-se mais eficazes e efetivas.

Conclui-se, assim, que, em comparação com a Legislação Civil de 1916, o Código Civil de 2002 possui um caminho hermenêutico completamente distinto daquele previsto no Código de 1916, consoante ao nível axiológico previsto nele, tendo como base elementar a dignidade da pessoa humana, logo seu piso superior, no viés hermenêutico interpretativo.

3.3 RACIOCÍNIO JURÍDICO NO DIREITO PRIVADO: ÂNGULO JURÍDICO-DOGMÁTICO X CRITÉRIO ZETÉTICO

⁷² REALE, Miguel. Op. Cit.,p.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

Após prover as considerações acerca das bases filosóficas do Direito Civil, tratadas no capítulo anterior, é importante que se reconheça o ordenamento jurídico, enquanto sistema, como estrutura que se revela de modo dinâmico, conforme informado em outro capítulo deste trabalho. Contudo é também importante que se compreenda o direito sob o ângulo dogmático, tem-se aí, como axioma de investigação as prescrições normativas destacadas no ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, ressalta-se que a norma posta como referencial de análise não se questiona, assim eventual investigação que se dê sobre ela pode tão somente oferecer respostas finitas, limitadas à preocupação, em regra, de solucionar possíveis conflitos ou problemas jurídicos, ou seja, a preocupação inicial do jurista fica adstrita, de modo geral, à prática de solucionar eventuais litígios⁷⁵.

Ademais, frisa-se que o fenômeno jurídico, nesse contexto, se realiza, então, sob orientação do dogma, do qual deriva as conclusões, sem que se questione jamais as ideias presentes em seu estatuto, o que, por sua vez, implica necessariamente a redução da juridicidade à positividade. Esse posicionamento, no entanto, é criticado, pois ele revela um dogmatismo, ou seja, circunstância na qual quaisquer respostas produzidas pelo enfoque zetético serão de plano excluídas, como pode ser visto mais adiante, ao analisar o critério zetético⁷⁶.

Para Ferraz Jr., em que pese a tese do fenômeno jurídico, sob o ângulo dogmático, levar ao reducionismo, o jurista entende que ele é necessário, uma vez que dogma cumpre uma função importante: é ele que garante a ordem na interação entre os homens⁷⁷. Por essa razão, observa-se que o dogma é capaz de satisfazer, em determinados casos, leia-se: problemas jurídicos, o ordenamento jurídico.

Assim, o que se observa, sem sombra de dúvida, é a redução do direito ao corporificado de leis, e, por conseguinte, tal posicionamento leva o ordenamento jurídico ao legalismo, produto de exigências políticas e econômicas⁷⁸.

Não obstante, o direito, nessa perspectiva, esteja sujeito às mazelas do reducionismo, a abstração que se revela sob o ângulo dogmático percorre o caminho de distanciamento do real, na proporção em que, ao executá-lo, pressupõe graus

⁷⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Op Cit., p. 74

crescentes de imaterialização, em uma operacionalidade meramente conceitual, sem lastro na concretude do fenômeno jurídico em sua natureza cultural.⁷⁹

Essa compreensão torna mais clara quando se analisa as palavras do doutrinador Machado Neto, que, ao tratar da Escola Histórica do Direito, expôs as razões da dogmática da seguinte forma:

Em resumo, aquilo que a razão representou para os jusnaturalistas passou a ser substituído pelo fenômeno histórico. Surgiu, assim, dessa exigência de uma fundamentação da mutabilidade do direito, a moderna Dogmática. No início, isso significou uma síntese do material romano com a sistemática lógica do jusnaturalismo. Tal vinculação do historicismo com uma teoria prática do direito custou à ciência do direito, no sentido de uma metodologia histórica, uma falta de rigor que, no entanto, foi compensada pelo enorme desenvolvimento e pelo sucesso das construções dogmáticas desde então.⁸⁰

Posto desse modo, observa-se que a teorização e sistematização do direito se volta para o positivismo legal, e com isso a percepção do pensamento jurídico confinada ao estudo da lei posta e ao mesmo tempo ao normativo estatal. Tal posição teórica levou o pensar jurídico ao que hoje se denomina de Ciência Dogmática do Direito, restringindo se, assim, à análise pura da lei, para Tércio⁸¹.

Ainda dentro desse recorte teórico exposto por Tércio, o pensamento jurídico acaba por ser revelar como um sistema fechado, acabado, pronto e sem lacunas, justamente por ele ter suas premissas fundadas no pensamento dogmático⁸². Além do mais, essa visão revela outra característica do próprio sistema, isto é, estabelece também um sistema como um método e, mais precisamente, de “instrumento metódico do pensamento dogmático do direito”⁸³.

Ademais, Ferraz Jr. Argumenta a importância do jurista, visto também como um dever, possuir liberdade intradogmática.⁸⁴ Para ele, essa liberdade permite o jurista distorcer o dogma a partir das possíveis interpretações que se lhe possa dar, posto que o direito é linguagem, e, assim o sendo, o fenômeno jurídico é passível, portanto, de conferir ao intérprete uma “disponibilidade significativa”.

⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 49.

⁸⁰ MACHADO NETO, Antonio L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 38-39.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op Cit., p. 78-79.

⁸² *Ibidem*, p. 78-80.

⁸³ *Ibidem*, p. 80.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 49.

E, ainda, sob uma aparente contradição, o dogma (que no direito é a norma) é, por excelência, inflexível, mas a sua aplicabilidade abre espaço para possibilidades diversas que se permitem pelas variantes denotativas e conotativas do direito como signo linguístico.⁸⁵

Percebe-se, assim, que Tércio realça a importância do dogma na construção de uma teoria jurídica voltada à prática decisória, contudo, o próprio autor alerta para que, ao fazê-lo, se caia numa postura acrítica, como o próprio autor aduz:

Isso, porém, não quer dizer que se opte por uma introdução acrítica ao estudo do direito. Ao contrário, privilegiando o enfoque dogmático, o interesse é fazê-lo dentro de um ângulo crítico. Ou seja, o objeto de nossa reflexão será o direito no pensamento dogmático, mas nossa análise, ela própria, não será dogmática, mas zetética.⁸⁶ (grifo do autor)

Assim, para o autor, há certa preocupação quanto ao estudo do direito, pois, embora haja essa visão crítica do sistema fundado no dogma, o jurista vislumbra a compreensão do direito sob o enfoque dogmático; no entanto, ele mesmo propõe que o caminho que se deve seguir para tal fim, e, nas palavras dele, como dito acima, a análise do fenômeno não será dogmática, mas zetética.

Por essa razão, devido à própria dificuldade que os juristas encontram ao tratar do dogma como sistema jurídico, em razão do enfoque dogmático se restringir ao reducionismo da norma, como já abordado no presente capítulo, a abordagem zetética aparece como ferramenta que permite analisar o dogma sem que isso aconteça de maneira acrítica.

Assim, uma vez que se reconhece o direito como decisão posta, e pelo fato dele estar relacionado à prática de validade da norma, as técnicas utilizadas para qualificá-la como válida requer instrumentos mais sofisticados. Ademais, é a busca pelo fundamento que as tornam instrumentos diretivos a serem confirmados pelo receptor. Por essa razão, as teorias zetéticas de validade da norma estão presas ao critério de valor- conceito relacional. “a ideia de validade está contido algo de idealidade, posto que o padrão, a medida, o valor não se confunde com aquilo que é padronizado, medido, valorado.”⁸⁷

Além do mais, o fundamento de validade das normas pelo critério zetético foi, ao longo da história jurídica, alvo de constante discussão entre os mais renomados

⁸⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 82.

juristas. No entanto, o debate teórico entre Hans Kelsen e Alf Ross possibilitou uma construção teórica ampla aos outros juristas contemporâneos, concomitantemente. ⁸⁸

Dentro desse cenário de construção teórica, Kelsen defendia a validade da norma a partir de critérios sintáticos, assim a validade da norma surgia de um procedimento normativo pré-estabelecido, que fosse suficiente a dar fundamento à sua existência. A lógica kelseniana estabelecia uma interação relacional entre as normas, e havia sempre uma manifestação de subordinação em face da outra⁸⁹.

Ross, por sua vez, defendia um critério de validade baseado no aspecto semântico da norma e previa um conceito de aplicação social, em que o núcleo válido da norma precisa estar relacionado com a experiência social, ou seja, o próprio comportamento. Contudo, sua abordagem, sob o crivo de Kelsen, corresponde na dificuldade de atribuir validade às normas recém-criadas, e que ainda não passaram da sabatina da experiência social.

Nesse aspecto, para Alf Ross, as normas possuem uma relação probabilística, e sua análise perpassa apenas ao fenômeno da norma no seio social, porém as inclinações das autoridades, as ideologias prevalecentes, etc

Assim, frente ao critério de que a validade da norma necessita de interpretação, e a zetética atua na compreensão aberta, no âmbito do direito, busca-se questionar o sentido da norma e a sua aplicação no sistema racional, o que, inevitavelmente, exige dos receptores compreensão de seus fundamentos. Em outras palavras, a zetética aplica o princípio da inafastabilidade dos pontos de partidas, e avança no que a dogmática não permite.

3.4 A ONTOGNOSEOLOGIA JURÍDICA APLICADA AO NOVO GIRO EPISTEMOLÓGICO NO ÂMBITO DA CODIFICAÇÃO CIVIL

A promulgação do Código Civil aconteceu sob grande expectativa, afinal não se tratava apenas de um novo código privado, mas, sobretudo, uma legislação inspirada no texto da Constituição de 1988; além do mais, muitas bases que já eram discutidas no projeto inicial, sob a coordenação do Jurista Miguel Reale, foram tomando espaço. Com isso, busca-se aqui expor cinco tendências do Direito Civil na

⁸⁸ O panorama histórico entre as divagações dos dois autores, foi brilhantemente explorado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em seu livro “Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação”

⁸⁹FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op Cit., p. 169.

virada do século XXI, sendo que quatro delas foram incorporadas ao Código de 2002.

Logo:

1. Interpretação crescente do direito civil sob as diretrizes constitucional

Miguel Reale, em sua exposição de motivos, defendeu um Código com traços específicos de relação com o texto da Constituição, chegando ao ponto de afirmar que a o Código Civil: é a “constituição do homem comum”. Diante de tal afirmação, percebeu-se está superada a velha dictomia entre direito público e privado. Assim, o que se via como tendência no seu projeto inicial tornou-se uma dinâmica própria encabeçada por vários civilistas contemporâneos.

I. Personalização do direito civil

O fundamento elementar norteador da legislação civil, diante dessa perspectiva de um código civil com inspiração constitucional, não pode ser outro senão a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Código Civil adquire uma feição centrada na figura da dignidade da pessoa humana, ou seja, um sujeito de direito como figura a ser valorizadas e centrada, no sentido mais amplo da sua dignidade. Assim, não é demasiado lembrar as lições de Amaral “O homem, porque é pessoa em sentido ético, é um valor em si mesmo”⁹⁰, por isso a necessidade de se falar em direitos da personalidade.

Em que pese essa centralizada na dignidade da pessoa humana, o fato de direito civil adquirir uma personalização de seus institutos, não implica na ruptura de desvalorização do patrimônio individual, pois, assim, defende Amaral “O *homo privatus* é ainda e sempre, um *homo economicus*, portador de exigências econômicas juridicamente relevantes.”⁹¹

II. Desagregação do direito civil

O direito civil passa a promover outros ramos autônomos dentro do direito. Por essa razão, o legislador se ver na obrigação de disciplinar cada um deles em específico. Essa nova realidade se aprimorou, e agora a complexidade das relações jurídicas não precisa estar unitariamente identificada no Código Civil, justamente para

⁹⁰ AMARAL, Op Cit., p. 151-152.

⁹¹ *Ibidem*, p. 152.

guardar o aspecto geral sem descuidar das especificidades tratadas em ramos independentes.

III. Reservas à codificação

A reserva à codificação, do contrário, não se revelou como necessidade imperiosa para nova legislação privada, até porque Miguel Reale rebate fortemente, em suas exposições ao Novo Código Civil, demonstrando total desinteresse em separar a matéria privada em códigos setoriais. Inclusive, ressalta-se que essa foi a conduta adotada por todos aqueles envolvidos na elaboração do Código Civil de 2002.

Contudo, o que se pode observar é a força que tomou o Código Civil de 2002 enquanto lei geral, o que permitiu o surgimento de novos sistemas normativos, tidos como microssistemas, a fim de tutelar áreas específicas da vida humana, como por exemplo e o caso da Legislação consumerista, surgida em 1990. Ressalta-se, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor, à época, não foi objeto de derrogação, mas visto uma codificação de complementariedade, havendo verdadeiro diálogo das fontes, como bem exposto na obra da Prof^a Cláudia Lima Marques.

IV. Surgimento dos microssistemas

Com o surgimento dos microssistemas, a descodificação do Direito Civil não se revelou como escolha opcional, mas restou claro que o Código Civil serviria aos microssistemas apenas como legislação matriz, e, por meio dele, outras leis especiais surgiriam para lhe completude. Cita-se Miguel Reale:

fixei como uma das normas orientadoras da codificação, que me fora confiada, a de destinar à legislação especial aditiva todos os assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil ou implicassem problemas de alta especificidade técnica⁹².

Logo, é notório que a Legislação civil se destinaria como matriz de completude das legislações que forma os microssistemas, de modo que os assuntos, devido à especificidade de cada um deles, implicariam na criação de legislações especiais, justamente em razão da insuficiência revelada no Código Civil, diante das constantes alterações políticas, econômicas e sociais, e todo o tratamento dispensado sobre

⁹² REALE, Miguel. Op Cit., p. 1.

esses fenômenos, numa perspectiva de prevalência do Lei fundamental, a Constituição de 1988.

3.5 O PENSAMENTO PROBLEMÁTICO DE THEODOR VIEHWEG COMO RESPOSTA AO POSITIVISMO LEGALISTA

No pensamento de Theodor Viehweg, e, aqui, sem nenhuma pretensão de aprofunda em suas ideias filosóficas, mas apenas expor aquilo que se julga necessário para compreensão de como seu modo de pensar pode ser útil, e, quem sabe, até mesmo suficiente, à teoria do Direito civil constitucional, busca-se, no presente capítulo, tecer breves considerações acerca de suas ideias.

Para Viehweg, os *topois* funcionam justamente para esclarecer as situações do discurso e guiar as intenções do uso da linguagem que inicialmente é a própria formatação do comportamento, das relações intersubjetivas, horizontais ou verticais abstratamente normatizadas. Logo, os *topois*, sob esse enfoque, cumpre funções de diretrizes na ação linguística⁹³.

Na análise do discurso, é possível que, ao longo de sua compreensão, surjam aporias, aquilo que para a filosofia implica, de regra geral, na impossibilidade de se resolver um problema, ou seja, um caminho praticamente sem saída. ou, como referido anteriormente, os casos difíceis, e para que não haja uma situação paralisante diante das circunstâncias, a necessidade da utilização da tópica como técnica do pensamento problemático. E é isso que Viehweg afirma,

Se colocamos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: no caso extremo de que só existisse um sistema (A), através dele poder-se-ia, agrupar todos os problemas em solúveis e insolúveis, e estes últimos poderiam ser desprezados, como meros problemas aparentes, posto que uma prova em contrário só seria possível a partir de um outro sistema distinto (B). [...] Em outras palavras: a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas. Acontece o contrário se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. Se existisse um único sistema A, que modo como se a configure conceitualmente em particular. Daí se segue que este modo de pensar só pode contar com panoramas fragmentários.[...] tópica serve a este modo de pensar⁹⁴.

⁹³ VIEHWEG, Theodor. VIEHWEG, Theodor. Tópica y Filosofía del Derecho. Gedisa: España. 1997. 1979, p. 33

⁹⁴ *Ibidem*, p. 34.

Ademais, para o teórico há dualidade entre o pensamento problemático e o sistemático, uma vez que a ênfase no sistema opera numa seleção de problemas, o que faz reconhecer uma imposição de problemas previamente estabelecidos a cargo do sistema que os recepcionam, já na hipótese do pensamento problemático, diferentemente, opera-se uma seleção de sistemas, sem que, de algum modo, se demonstre sua compatibilidade a partir de um problema; assim, busca-se um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução⁹⁵.

Outro ponto importante se revela no sentido de o pensamento tópico ser adaptável à diversas situações, podendo ser explicado da seguinte forma: primeiro, se inicia com uma fase denominada *translatio*, que tem como objetivo verificar a presença de um *dubium*, sendo jurídico, prossegue-se à fase *conjectural*, que estabelece a relação entre o fato, e as alegações, primando a buscapelo autor, e segundo fase que é chamada de *definitio*, caracterizada em questão onomasiológica (designando o fato) e a semasiológica (significado da norma).

Nesse modo de pensar, a fim de simplificar a exposição do pensamento tópico, temos a qualificação em que consiste na busca da evidente conformidade com uma prescrição normativa, colocando o problema dos graus de validade das normas, daí nasce aspecto de argumentação zetética, para buscar os fundamentos da norma para além do dogma⁹⁶.

O raciocínio jurídico, a partir segunda pós-guerra, sofreu diversas alterações, principalmente no que diz respeito ao legalismo dominante até então, e o dogma de que lei sempre emanada o Estado devia ser obedecida a todo custo, e a norma para apreciação e aplicação do direito, na solução dos problemas reais da vida humana, com função determinada na figura do juiz, assume um modelo absoluto de norma, o que certamente impedia a aplicação de um raciocínio jurídico de modo equitativo e razoável, impondo os limites da lei quando a questão trouxer preceitos primordialmente axiológicos.

Como tratado em capítulo próprio, essa visão absolutista da norma, em razão da substituição de diversos modos de pensar e interpretar o Direito, passemos a discutir como a tópica surge como uma alternativa ao fenômeno da constitucionalização do direito civil: a análise da tópica parte da necessidade de se buscar uma reflexão de premissas que sejam adequadas e fecundas, levando a

⁹⁵

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 492.

observação a pontos de vistas diretivos, isso se classifica como tópica de primeiro grau. A partir daí, é necessário buscar apoio em um “repertório de pontos de vista”, de maneira que se possa criar um catálogo de *topoi*, é o que Viehweg denomina como tópica de segundo grau⁹⁷.

Nessa perspectiva, é que se estabelece a diferença entre a argumentação dogmática e a zetética, visto que o caso conflitivo possui alternativas possíveis dentro do quadro inicial de imposição de caráter normativo ao fato, assim, as premissas são estabelecidas, como critérios eminentemente jurídicos, e num segundo momento, busca-se verificar fundamentos que vão para além do dogma, constrói-se, assim, uma busca analítica, crítica e metacrítica da norma, até que o caso *sub judice* receba tratamento jurídico repleto de alternativas, e dentro os quais possa ser selecionado um, tendo por base fundamento axiológico e de eficácia da norma⁹⁸.

Ademais, numa perspectiva do doutrinador Tércio que “a zetética parte de evidências, a dogmática de dogmas” o que implica na imposição de uma verdade, ainda que, inicialmente, precária, e passível de verificação em conflitos de investigação zetética, já a dogmática, ainda que se faça valer as interpretações, ha sempre imposição de legislação em vigor como exigência.

Nessa visão, o discurso de fundamento de validade da lei só é válido em um sistema permanece rígido no tempo e no espaço, uma vez que, se, por acaso, houver alteração, o que fora decidido perde sua lógica dentro do ordenamento jurídico⁹⁹, não

⁹⁷ VIEHWEG, Theodor. Op. Cit., p. 34.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 493.

⁹⁹ O direito brasileiro compatibiliza normas de acordo com o tempo, por meio de instrumentos legais ou pela postura judicial, é possível, em nosso sistema, manter vigente uma lei, mesmo que diferente o ordenamento que lhe deu origem (causas conhecidas pela doutrina como ultratividade da lei penal), como exemplo, temos os casos de recepção constitucional, em que leis originadas de ordenamentos pretéritos foram recepcionadas na ordem jurídica atual. Além disso, a atuação decisória do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes julga Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo como parâmetro normas anteriores à Constituição de 88, bem como atuações comuns de modulação de efeitos de decisões que afetam a coletividade no tempo. No próprio Código de Processo Civil, há ressalvas quanto a manutenção de sistemas processuais do antigo código Buzaid de 1973, já revogado. Há exemplo temos a jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SEGURO DPVAT. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO. PRETENSÃO RESISTIDA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ULTRATIVIDADE DAS RÉGRAS SOBRE O PROCEDIMENTO CAUTELAR. DIREITO PROCESSUAL DA PARTE DE REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1046, § 1º, DO NCPC. A sentença indeferiu a exordial e julgou extinto o processo, com base no inciso I do artigo 485 do NCPC, por entender que, frente ao NCPC, dado o caráter acessório da demanda cautelar e tendo em vista que a ação principal a ser proposta o será na Justiça Federal, inviabilizado o prosseguimento do presente feito. Ocorre que, tendo sido ajuizada a ação antes da vigência do NCPC, o procedimento a ser utilizado é o da lei vigente à época - ação cautelar de exibição de documento, artigos 844 e 845 do CPC/1973, consoante disposto expressamente no artigo 1.046, § 1º, do NCPC, que prevê a

que o direito deva manter-se inalterado, contudo, em uma na aplicação do Direito, tem se, primordialmente, a busca pela verdade e a justiça, pois resolução de conflitos, posto que o processo de decidibilidade é heterogêneo, e que se vê é a riqueza do sistema tópico-problemático. por possibilitar a presença de *topoi* na estrutura da argumentação jurídica, logo, “a tópica tem a função de auxiliar na aplicação do direito, no sentido de amoldar o justo e adequar a ordem jurídica à realidade social presente”¹⁰⁰

A título exemplificativo, em Hart, a ideia de direito surge do pressuposto da existência de uma norma, reconhecendo uma questão de fato. Logo, a interpretação e aplicação do direito necessita de um método que possibilita a pacificação social diante de mais de um argumento, aplicável ao caso concreto, e que diante de muitos que se possa aplicar, qual deles se amolda de forma apropriada ao ordenamento jurídico, como um modelo flexível às questões que, eventualmente, possam reconhecer a existência axiológica da norma e o cumprimento histórico problemático¹⁰¹.

A consideração metodológica acerca do raciocínio jurídico à luz da tópica que surge em Viehweg ¹⁰² entendeu que o judiciário converteu-se numa mera aplicação robotizada da lei, ultrapassando a simples dedução silogística e confiando no pensamento tópico- problemático a possibilidade real de soluções dentre várias possíveis, em um juízo argumentativo válido e que aponta para os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O que se percebe é a possibilidade de se chegar a lugares comuns, levando em consideração novas questões de ordem política, como, também, indicando os princípios e normas libertadoras que não levam à socialização do direito ou a sua recepção ao fenômeno político (politização), mas considera a dialética do direito com

ultratividade da regra anterior em respeito ao direito processual adquirido. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074503582, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 25/10/2017). (TJ-RS - AC: 70074503582 RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 25/10/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2017)

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., 2008, p. 491.

¹⁰¹ NEVES, Antonio Castanheira. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro.

Boletim da Faculdade de Direito, [s.l.], Portugal, 1979, p

¹⁰² A linha teórica de Giabattista Vico (1668-1744) foi o fio condutor da tópica que aparece em Viehweg, isso porque a obra *De nostre temporis studiorum ratione*, de 1708 é uma crítica contundente da metodologia das ciências naturais até então empreendidas, adequadas ao pensamento cartesiano muito em voga no século XVIII

o fato, bem como não demonstra indiferença política¹⁰³.

Pois, a lei não pode, de modo algum, ser concebida apenas como um acidente do processo legislativo, deve-se, portanto, alargar o foco de debate e da discussão jurídica, visto ser a lei a base da democracia¹⁰⁴; desse modo, a perspectiva pluralista do direito, que busca, sempre, levar em conta as diversas facetas multiculturais e heterogêneas, requer aplicações zetética ou melhor dizendo: zetética aplicada que possibilita a investigação do fenômeno jurídico a fim de que se encontre melhores técnicas de solução de conflitos.

Quanto à aplicabilidade da norma, deve se ressaltar que, em primeiro momento, está sendimentado em uma forma puramente dogmática, posto que, inicialmente, tem-se a sua aplicação assentada no dogma, ou seja, a lei em si, em decorrência de uma vontade estabelecida nela mesma; além do mais, a abstração da norma implica no afastamento da realidade, e conseqüentemente, sua generalidade cria um hiato entre normas e fatos, ao aplicar o direito. Tão logo, o juiz atua como intermediário, transitando entre o sentido da norma e da vida, e com isso, a subsunção nesse meio fechado torna-se adequada, onde há “a perseverança do juiz em se aproximar mais da realidade fática, completando o pensamento abstrato contida na norma”¹⁰⁵.

Diante de tudo exposto, no entanto, é importante que se considere a maior crítica feita ao pensamento de Theodor Viehweg, a qual indica que a sustentação de um pensamento tópico problemático, enquanto teoria prescritiva da decisão, poderia levar a desestruturação da ordem constitucional e o Estado democrático de Direito, subvertendo a hierarquia das fontes¹⁰⁶, contudo, o que o pensamento tópico, evidentemente, faz, é justamente o contrário: cita-se, por exemplo, ao menos 15 (quinze) argumentos para defender a nossa tese, divididos em argumentos inferiores e superiores, devido o seu caráter de relevância:

¹⁰³ NEVES, Antonio. Op Cit, p

¹⁰⁴ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., 2008, p. 472.

¹⁰⁶ Ver artigo do professor Marco Aurélio Marrafon “Predomínio da tópica jurídica promove crise [...] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-08/constituicao-poder-predominio-topica-juridica-promove-crise-teoria-fontes-direito#_ftnref3. Acesso em: 20 maio 2022.

Argumentos inferiores:

- i) os *topoi* e os *catálogos de topoi*, auxiliam na fixação e na construção de um entendimento comum, posto a capacidade de reflexão aprofundada da argumentação e validação do raciocínio por mais de um elemento fornecido pelos fatos.
- ii) o pensamento tópico-problemático incorpora o caráter aberto do texto constitucional, sob a nova égide da carta magna, com características de ubiquidade procura os lugares comuns de sua atuação.
- iii) aprofunda a necessidade de se rever quais são os parâmetros fundantes da lei, e com isso, qual é o vetor interpretativo que o judiciário deve tomar
- iv) Auxilia na coerência sistêmica, visto a profusão de normas que podem padecer de validade, frente ao contexto social a qual está inserida, o que os catálogos de topoi fazem é justamente evidenciar quais são os parâmetros para cada fato, atuando a norma para o sistema, e não o sistema para a norma.
- v) proporciona resolução proporcional e razoável em decidibilidade de conflitos difíceis, visto a necessidade de se adotar uma argumentação metadogmática.
- vi) os topoi proporcionam a demonstração da dimensão argumentativa sob o qual o intérprete e aplicador do direito se move, o que possibilita a facilidade do debate.
- vii) o pensamento tópico proporciona alargamento e flexibilidade do campo argumentativo
- viii) O modo de pensar tópico presta auxílio a forma de interpretação. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas¹⁰⁷.
- ix) melhora a qualidade do debate, sob o qual se assenta o campo da lógica e do razoável, sendo assim argumentos sem qualificações são de pronto abandonados, e fixados tudo que é aceito entre os interlocutores.
- x) no campo do direito privado, aceita as noções estabelecidas pelos direitos fundamentais como parâmetros e vetores interpretativos, visto serem topos, de onde se funda o lugar comum para qualquer argumentação.

Argumentações superiores:

- xi) se uma das funções da jurisdição é a busca pela pacificação social dizemos que a tópica jurídica sob o ponto de vista de atividade, quando possibilita o exame, a partir do debate e da refutabilidade (retórica) de todas as premissas, na busca evidente de obtenção de consenso entre os interlocutores sobre todas elas, acerta justamente num dos pilares democráticos que é a pacificação social,
- xii) a eficácia social da norma deve ser compatibilizada pelos interesses dos receptores. É evidente que as fontes do direito estão a serviço do Estado liberal, o que faz a tópica é desprender-se do sistema estático do direito, como reprodução capitalista e se adequar ao dinâmico como efeito da própria realidade social.
- xiii) a tese de que a tópica jurídica gera crise nas fontes, na verdade considera apenas o direito como um dado, mas não uma construção elaborada no interior da cultura humana. O que nos remonta aos horrores do positivismo nazista que possuía uma égide sistematizada e legitimava ações contra a humanidade.

¹⁰⁷ VIEHWEG, Theodor. Op Cit., p. 42.

xiv) a tópica está adequada às evoluções do direito, em seu sentido pluralista, multicultural e necessariamente aberto para o campo de debate. Ela se fecha ao monismo jurídico, e entende a técnica do pensamento problemática a forma de se chegar a lugares comuns,

xv) A tópica considera a complexidade das necessidades humanas em detrimento do olhar reducionista do legislador, bem como a incapacidade de criação de normas que dêem conta do fenômeno social por inteiro, portanto, é um pensamento que adequa o direito como dado e construído e possibilita a percepção de que o ato jurídico é uma “abstração que tem por base condutas reais de seres humanos com todas as suas condicionalidades”¹⁰⁸.

Por tudo até aqui exposto, a crítica que faz ao pensamento tópico problemático é desarrazoada, pois não leva em consideração os elementos práticos que dão sentido ao Estado Democrático de Direito, onde a argumentação e o debate compõem a sua estrutura, ou ao menos deveria.

Sabe-se, no entanto, que a maneira de debater é relegada pelos magistrados, o que torna a atividade argumentativa fundada em pressupostos não lógicos, não razoáveis, visto que a atividade judicante, na maioria das vezes, resume-se a lógica guardada na própria norma, sem que esta se torna alvo de técnicas mais sofisticadas, capazes de produzir decisões condizentes com o Estado Democrático de Direito.

Logo, é necessário afirmar que as bases teóricas de Viehweg não estão imunes à críticas, como por exemplo, qual é o critério que deva ser adotado para qualificação jurídica dos casos? Como os topoi se compatibilizam com o roteiro constitucional e as janelas abertas das legislações privadas? Qual o lugar comum de argumentação em uma sociedade conservadora em tempos de crise econômica sanitária, e individualismo exacerbado? Claro, que todas essas respostas o autor não buscou soluções, todavia, demonstrou a forma do pensamento problemático, com auxílio da filosofia clássica, e que atua de modo eficiente na decidibilidade dos conflitos.

Contudo, a crise das fontes jurídicas não advém necessariamente da utilização da tópica, como faz pensar alguns autores, especialmente o professor Marrafon¹⁰⁹, mas da própria consciência jurídica moderna que superou o primado da vontade pela

¹⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op Cit., p. 202.

¹⁰⁹ Não discordamos de todas as críticas que o referido autor tece acerca da crise das fontes em seu artigo: A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito, publicado na Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, no 3º quadrimestre de 2014. Contudo, o problema não está na utilização da tópica, como sistema de pensamento, como o fez pensar em seu outro artigo publicado na Conjur, “Predomínio da tópica jurídica promove crise nas fontes jurídicas.” Pois a tópica enquanto sistema de pensamento, alcança o lugar comum que é justamente pensar o direito a partir do texto constitucional. Com isso, não há anacronismo teórico na utilização do mesmo autor para tratar das crises das fontes jurídicas, que efetivamente há em nosso direito, todavia, acreditamos ser a tópica uma solução possível, conforme argumentos de defesa já expostos no presente capítulo.

absolutização da lei. E para compreender a situação, necessário fazer a diferenciação entre fontes formais e materiais de direito. Sendo a lei uma fonte formal imediata, no qual os seus efeitos cada vez mais simbólicos, atuam no seio social sem muitas vezes atender ao bem comum.

3.6 TEORIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar no fenômeno da teoria do Direito Civil Constitucional, é importante que se faça algumas considerações quanto ao próprio Direito Civil em si, principalmente no que diz respeito ao modo de como esse ramo do Direito era interpretado antes de seu enquadramento teórico e prático à luz do texto da Constituição da República de 1988.

Pois, é indubitável que a teoria do Direito Civil constitucional pretende justificar a preferência por um modelo em que a teorização e a aplicação do direito civil devem passar necessariamente crivo da Constituição, ou seja, é necessário que os institutos de direito privado encontrem o seu fundamento no texto da Lei fundamental, segundo Lôbo: “[...] a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”¹¹⁰.

O Código Civil de 2002 foi promulgado frente aos parâmetros da Constituição Federal de 1988, diante disso, é importante compreender algumas características que marcam o Direito Civil de 2002

O contexto da promulgação do Código Civil era de bastante empolgação frente aos parâmetros da Constituição Federal editada em 1988, e com isso muitas bases que já eram discutidas no projeto inicial coordenado pelo Jurista Miguel Reale, foi tomando fôlego com o tempo. Adiante será exposto cinco tendências do Direito Civil na virada do século XXI, sendo que quatro delas se afirmaram com a edição do código de 2002, tinham as seguintes características:

Além do mais, o Direito Civil, nessa nova perspectiva de interpretação de seus dispositivos, se refaz enquanto novos patamares epistemológicos, e, por conseguinte, dado ao giro hermenêutico que ele vem sofrendo, abriu ensejo aos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade como novo caminho a ser seguido em termos práticos.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil Alternativo**. in: CHAGAS, Silvio Donizete. Lições de Direito Civil Alternativo, Ed. Acadêmica: São Paulo, 1994, p. 2.

Essa nova realidade, revela que o Código Civil de 2002 põe em xeque a ideia de uma regulação das relações privadas por meio de uma codificação geral, confinada à rigidez de um sistema fechado, e, assim, determinou, de forma teórica e prática, uma quebra de paradigma até então estabelecida pela Legislação Civil de 1916.

Por essa razão, trata-se, sem dúvida, de uma nova visão do Direito Civil, e, certamente, uma perspectiva emancipadora que está cada vez mais atrelada aos ditames constitucionais, e por isso, há um desejo teórico de resgar, ou até mesmo estabelecer, o núcleo ontológico previsto no projeto realeano para uma nova compreensão do Direito Civil em patamares axiológicos, justamente aqueles que fundamentam os direitos fundamentais destacados no texto da Constituição.

Para isso, é importante que se dê, ainda que de modo breve, atenção ao paradigma sob o qual Código Civil de 2002 era interpretado, e posteriormente voltar os olhos deste capítulo ao modelo vinculante dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre privados, afim de compreender os aspectos teóricos e práticos que fundamentam o movimento da constitucionalização do Direito Civil.

Para essa compreensão, é importante ressaltar que o direito civil constitucional tem como premissa teórica a teoria da Constituição, a qual estabelece como pilares os princípios da supremacia e da normatividade da Constituição. Ademais, essa teoria constitucional se justifica na centralidade dos direitos fundamentais como sistema de referência da ordem constitucional, e endossa a ideia de que as Constituições traduzem verdadeiros valores ético-políticos elementares.

Esse posicionamento de conversão dos institutos privados ao Texto Constitucional, tem implicado numa nova feição para o Código Civil, que passa a buscar por princípios valorosos no âmbito do Estado Democrático de Direito, assim se observa uma quebra de paradigma com ênfase na pessoa humana e na socialização das relações civis, e com isso um distanciamento da legislação privada atual do padrão liberal-burguês, caracterizado por uma liberdade individual no ato de contratar, mas desde que essas liberdade esteja alinhada aos patamares da Constituição.

E com isso, reconhece-se a crescente constitucionalização dos direitos privados e o inevitável reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas. Assim, o raciocínio jurídico para empregar os direitos fundamentais sob a égide privatística perpassa pela ideia de que a afronta infraconstitucional de direitos fundamentais fere o Texto constitucional, e, por essa razão, o intérprete não pode se limitar, ao interpretar a Legislação civil, ao

plano legalista, sem que se confira o “*standard*” mínimo de proteção aos direitos fundamentais.

No direito brasileiro, assinala Gilmar Mendes que,

A colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardá-los estrita observância¹¹¹.

Por essa razão, os direitos fundamentais são sempre elencados às Constituições, como forma de continuidade de suas características invioláveis, pois eles guardam, em razão dos valores normativos a eles inerentes, os bens jurídicos de tutela constitucional, portanto, compõem um catálogo de proteção, obrigando o Poder Público, no seu sentido mais amplo, assim como aqueles que não integram o Estado, o dever de respeitá-los.

A classificação do dever de proteção dos direitos fundamentais na doutrina alemã, citada por Mendes¹¹² tem como ramificação três status;

- i) Dever de proibição
- ii) Dever de segurança
- iii) Dever de evitar riscos

Ademais, é sabido que o dever de proteção negativa e positiva de atuação do Ente estatal, no âmbito dos direitos fundamentais, já é reconhecida por meio da prevalência da ordem constitucional sobre a infraconstitucional, no que diz respeito ao Poder Público, de modo que o Estado evolui no sentido de eficácia vertical dos direitos fundamentais, mas ecoa a necessidade de proteção numa perspectiva horizontalizada, no âmbito privado, ou seja, a obrigação de proteção do Poder Público sob a possibilidade de lesão por atos de terceiros, na esfera das relações jurídico-privadas, e, assim, a incidência da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais no âmbito privado.

¹¹¹ MENDES, Gilmar. Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual.**, [s.l.], n. 14, jul 2000, p. 1.

¹¹² *Ibidem*, p. 6.

Desse modo, a abordagem dos direitos fundamentais confirma a lógica do raciocínio jurídico aplicado ao Código Civil 2002, posto que são ambientes comuns para se chegar à efetividade do texto normativo privado, pois vale lembrar que o novo Código Civil atraiu para si um novo modelo interpretativo, justamente em razão dos princípios já mencionados em capítulo anterior, bem como as cláusulas gerais, existentes nele. A referência da abertura constitucional que possibilita esse modo de raciocínio é defendida por Gilmar Mendes da seguinte maneira:

[...] graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congêntos, a Constituição - enquanto objeto hermenêutico - mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica¹¹³.

Assim, o sistema de cláusulas gerais abertas, adotado pelo Código Civil de 2002, pode seguir essa mesma lógica, pois, a partir do Texto constitucional, tem-se como escopo de integração a utilização dos direitos fundamentais como ponto hermenêutico, e, no caso da Lei privada, é importante que se ressalte a previsão do art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, lei aplicada a todo o ordenamento, que estabelece que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, é de se observar que a tópica serve como ferramenta às exigências da boa fundamentação, tratando-se de uma “técnica de chegar ao problema "onde ele se encontra", elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada.”¹¹⁴

Nesse sentido, percebe-se que, uma vez que há previsão no Código Civil 2002 de cláusulas gerais, e diversos princípios, que o tornam flexível, e, logo, capaz de se adequar às transformações sociais, a tópica surge, nesse contexto, como um método que vai além de uma interpretação dogmática, mas capaz de produzir, no âmbito de interpretação e aplicação do direito, decisões que se aproximam mais dos ditames de justiça, almejados por toda a sociedade.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 491.

3.6.1 Pensamento Tópico uma alternativa

O pensamento tópico pode servir como uma ponte harmonizadora entre o texto constitucional e infraconstitucional, notadamente, o Código Civil, pois em razão de todas as alterações sofridas na Legislação privada nas últimas décadas, e precisamente aquelas mudanças de cunho principiológico, as quais tornaram o Código Civil uma legislação aberta, e como consequência capaz de absorver as transformações que ocorrem constantemente na sociedade.

E além disso, abordar em que medida o pensamento tópico possibilita um lugar comum como plataforma de resolução dos conflitos jurídicos, em outras palavras, é o pensamento tópico jurídico, uma forma adequada de levar às últimas o pensamento investigador, de cunho zetético, debulhando as relações sociais como elas realmente ocorrem, afrontando a arquitetura do sistema jurídico que tem mantido afastado a própria realidade social.

Cogita-se agora para compreender a ideia de raciocínio jurídico no âmbito privado, aprofundar o: I) uso alternativo do direito em uma perspectiva emancipadora e de dignidade da pessoa humana, II) o desenvolvimento crescente de regulação de condutas, fora do monopólio legislativo do Estado Moderno, e III) a constitucionalização dos direitos civis, vincado pela justiça social e a necessidade de uma concretude entre leis editadas e realidade social

Brevemente falando, no que se refere ao uso alternativo do direito em uma perspectiva emancipadora e de dignidade da pessoa humana, as lógicas estabelecidas pelos doutrinadores da virada do século XX para o XXI¹¹⁵, previam o fim do direito civil, e a expansão da análise cada vez mais detida do direito através do espectro da função social da norma. Esvaziando o conteúdo previsto no direito civil enquanto código, passando esse a ser regulado pela análise jurídica concreta, e outras integrações não unificadas.

Todavia, o direito civil, se refez enquanto novos patamares epistemológicos e abriu ensejo aos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, com isso, o Código Civil de 2002 sepultou a ideia de fim da regulação das relações privadas por meio de uma codificação geral, determinando apenas uma quebra de paradigma até então estabelecida pelo Código Civil de 1916. E por isso, não a perspectiva

¹¹⁵ CHAGAS, Silvio Donizete. **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica: 1994,

emancipadora do Direito Civil está cada vez mais atrelado aos ditames constitucionais, resguardando assim o núcleo ontológico previsto no projeto realeano para uma nova configuração paradigmática.

Do mesmo modo, a evolução dos direitos humanos como luta emancipadora, agrega-se ao fortalecimento de grupos sociais, tensionando cada vez mais a relação entre dominadores e dominados pelo poder político/econômico. Vê-se o fortalecimento do pluralismo jurídico, e a resistência do Estado em enquadrá-los como veículo de produção normativa. A ordem jurídica oficial ainda impõe resquícios do absolutismo legalista que exclui na lógica da vida política os anseios da população, deslegitimando cada vez mais a democracia representativa.

A constitucionalização do Direito Civil é a retomada do pensamento zetético, posto ser uma atitude abraçada pelos ideais do Código Civil e seu principal idealizador, Miguel Reale, isso porque ao pensar a tridimensionalidade como modelo básico do sistema privado, o jus-filósofo entende que os pilares comumente relacionados pela vigência estaria relacionada à dogmática do direito, a eficácia vinculada à sociologia jurídica, e ao se pensar o fundamento, estaríamos em uma incursão na filosofia do direito¹¹⁶.

Por isso, destaca-se a atitude zetética frente ao espírito que coordenou o processo de elaboração da legislação privada, que é essencialmente dialética, o que implica a inter relação entre fatos, valores e normas. Dessa forma,

a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a 'implicação polaridade' existente entre fato e valor, decuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)¹¹⁷

A reação ao pensamento dogmático como sistema de pensamento jurídico, é a construção de alavancar a ciência do direito ao patamar das preocupações e indagações do campo filosófico-jurídico e com isso superar cada vez mais os esquemas formais e abstratos de pensamento. A busca pelo concreto, é na concepção realeana um esforço de aproximar o direito da realidade social, e com isso, é inevitável a harmonização existente com os direitos fundamentais explicitados na carta magna.

Tendo sido explanado até então o plano objetivo (tridimensionalidade do direito)

¹¹⁶ MARTINS, Judith Costa. Op Cit., 2008,

¹¹⁷ REALE, Miguel. Op Cit., 1994, p. 7.

das linhas filosóficas adotadas pelo organizador do Código Civil, é necessário demonstrar como o *culturalismo jurídico*, no plano subjetivo, orienta a aplicação das decisões tomadas em âmbito privado. A influência do plano subjetivo na composição da legislação do “homem comum” é composta pela tríade - cultura, experiência e história - que juntas deveriam auxiliar o julgador em seu ato decisório.

Podemos afirmar que o Direito Civil está inserido numa perspectiva de valor universalizante e homogeneizadores, em geral, dos grupos dominantes sobre aqueles destituídos de poder. Como foi dito, em momento anterior, a dificuldade de unificação e sistematização do Direito Civil brasileiro, seguiu *pari passu*, a incapacidade de definir quem objetivamente era considerado cidadão no século XIX.

A maioria dos códigos erigidos ao longo da história simboliza o triunfo de alguns setores da sociedade, em geral, detentores do poder político. Mas a característica básica é que todo o processo criativo das leis são em face das relações intersubjetivas entre os homens, ou as coisas e os homens, de modo que a cultura está imbricada coma produção legislativa.

Por isso, a teoria do culturalismo jurídico trata dessa criação humana acrescida de valorações sobre a base concreta e real da vida de outras pessoas. O cultural “abrange tudo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores [...] e a cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses.”¹¹⁸.

Considerações iniciais, é indubitável que a teoria do Direito Civil constitucional pretende justificar a preferência por um modelo em que a teorização e a aplicação do direito civil devem, necessariamente, passar pelo crivo da Constituição, ou seja, é necessário que a legislação de direito privado encontrem o seu fundamento no texto da Lei fundamental, segundo Lôbo: “[...] a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucional”¹¹⁹

Como tratado na introdução deste trabalho, uma das objeções ao movimento de Constitucionalização do Direito Civil tem sido a falta de metodologia aplicada a ele, por essa razão, busca-se neste capítulo o pensamento tópico como uma alternativa de garantir certa previsibilidade dos resultados e do controle da discricionariedade judicial, uma proposta capaz de estabelecer o ônus de argumentação nos processos decisórios dos juízes.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 128.

¹¹⁹ LÔBO, Op Cit., p. 2.

No âmbito do direito civil constitucional, a prospota metodologica de interpretação, e nesse ponto, embora seja um crítico à própria teoria da constitucionalização do Direito Civil, Perlingieri defende a existência de “ critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação, da subsidiariedade”.¹²⁰

Diante disso, percebe-se que o direito civil constitucional, justamente por tem aplicação direta das diretrizes constitucionais, no trato dos direito fundamentais, se apoia em valores axiológicos. Por essa razão, é importante que, como bem ressaltado por Tepedino, ao referir-se à importância da “otimização dos princípios,”¹²¹ se dê realce aos princípios constitucionais, ou seja, que a teoria da constitucionalização do Direito Civil uma metodologia que garanta rigor no processo de argumentação do interprete.

Inicialmente, retoma-se algumas considerações, de modo breve, quanto ao Código de 1916 e o Código de 2002, visto que ambas as legislações privadas seguiram patamares doutrinários distintos. A título de exemplo, o Código de 1916, como bem afirmou o professor Beviláqua:

Que se trata de codificações caracterizadas, no que tange à metodologia: por consubstanciarem sistemas fechados, colimando a impermeabilidade à intervenção da realidade e ao poder criador da jurisprudência, decorrente da crença de que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total compreensão da realidade”¹²².

O que se observa, de forma indubitável, é que há um giro hermenêutico, à luz do século xx, que impõe uma nova perspectiva de compreensão do Código Civil e das demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, e nesse sentido, Lacombe Camargo, ao tratar das pretensões do pós-positivismo, afirma:

“O método sistemático, de tendência isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta

¹²⁰ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: 2008, p. 4.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e as suas perspectivas atuais. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, 2020, p. 369.

¹²² BEVILÁQUA, Clóvis. 1906, p. 105.

satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais adequado à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva sob o ponto de vista ético¹²³.

Assim, o que se verificou foi a necessidade de uma construção de novos métodos capazes de promover e garantir fundamentações jurídicas mais sofisticadas, se afastando da lógica cartesiana, ou seja, percebeu-se na recente filosofia do direito um movimento preocupado em reintroduzir a questão dos valores e da justiça no direito, que havia sido deixada de lado pela frieza do positivismo jurídico, especialmente pelo positivismo de Kelsen.

Nesse mesmo sentido, o jurista Paulo Bonavides, em sua obra a Teoria Geral Estado, referindo-se ao período pós-segunda guerra mundial, expõe:

Renova-se o jusnaturalismo na doutrina toda vez que padece o homem os efeitos mortais de extenso e profundo trauma social, e reconhece a impossibilidade de encontrar no direito positivo a resposta exata a essas atribulações que oprimem a consciência individual e coletiva, até o ponto de deixar em todos, e em cada um de **per si**, vaga sensação de culpa, traduzida, de ordinário, em complexos de frustração e derrotismo¹²⁴.

O positivismo é visto, assim, como um modelo engessador, incapaz de satisfazer as demandas sociais, as quais, ao longo da história, se revelam cada vez mais complexas, e, com isso, a necessidade de retomar à atividade criadora do jurista, mas se que tal postura implique num afastamento radical da segurança jurídica, sem qual o próprio Estado Democrático não pode existir.

Ademais, essa necessidade de transformação, do ponto de vista de interpretação do Direito, com vito a promover a justiça, é exposta de forma excepcional na obra do professor Tércio Sampaio Ferraz Junior:

O conhecimento científico (verdadeiro) era atribuição, segundo ele, do conhecimento universal. A sensação de um objeto qualquer coloca-nos diante daquilo que depende de condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é, aí, determinado, o objeto sensível permanece incerto. O particular, na sensação, é sempre ilimitado e, pois, indeterminado. Deste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um 'limite', em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria

¹²³ LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 134-135.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. Op Cit., p. 2.

experiência. O universal, porém, se diferencia não apenas do particular, mas também do genérico. Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, neste sentido, objeto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nestes termos esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma apodítica quando obtemos uma conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, dialética quando se extrai de opiniões gerais; é sofística a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Esta classificação onde os dois últimos itens são considerados como sub-espécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da opinião e da 'discutibilidade', livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade¹²⁵.

Por essa razão, é importante que se regaste, ou se produza, um método capaz de atender os anseios por justiça, mas, ao mesmo tempo, que método seja equilibrado, em razão do caráter dinâmico do Direito, e sua apresentação, como sistema, aberta, uma vez que a codificação civil regula as relações intersubjetivas, e portanto, não pode ser sustentada por perspectivas teóricas herméticas, visto que o rigorismo lógico das subsunções, impede a prudente ponderação do juiz na aplicação de princípios.

Assim, a escolha pelo o pensamento tópico, como considera Diniz pressupõe “a dinâmica do direito e a adoção da ideia de sistema aberto, exigindo sua elasticidade para poder oferecer soluções satisfatórias que se integram à sistemática jurídica”¹²⁶.

Por tudo exposto, passa-se a expor as considerações mais importantes sobre o pensamento tópico, afim de compreendê-lo e verificar a sua compatibilidade com a necessidade de um método que produza soluções jurídicas satisfatórias à sociedade, no processo de concretização da Constituição.

Como tratado em capítulo próprio, no pensamento de Aristóteles, as conclusões apodíticas e as dialéticas divergem-se apenas no que se refere à natureza das premissas, ou seja, as dialéticas partem de premissas que tão somente parecem verdadeiras a todos ou, ao menos, aos mais sábios.

Por essa razão, já se percebe, ante ao exposto, a utilidade do pensamento tópico para o direito civil constitucional, na medida em que atribui às conclusões jurídicas (dialéticas), baseadas em opiniões, em ponto de vista, em argumentos de autoridade, a mesma credibilidade das conclusões ditas científicas.

¹²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Ferreira, Op Cit.,

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 491.

Viehweg, sob o pensamento aristotélico, afirma que afirma que a tópica consiste em uma técnica de pensamento orientada para o problema. Por isso, a tópica deve ser concebida como um método de pensar, que parte do problema apresentado para resolução do próprio problema.

Ademais, essa forma de pensar, sempre voltado à solução do problema, se revela pelo confronto de argumentos, de modo a se chegar à melhor solução. Assim, o pensamento problemático, que forma a tópica, é assistemático, o que o torna mais adequado ao direito civil constitucional, pois é possível que se afirme que a ênfase do pensamento tópico esta no problema, e não no sistema jurídico, pois via adequada seria partir do problema para o problema.

Uma observação muito importante-se faz necessária neste momento, ao contrário do método lógico-científico tradicional do direito, que parte do sistema para a solução do problema, muito embora na sequência de pensamentos lógico-dedutivos, quase sempre excluí-se o problema a ser solucionado, como visto o pensamento tópico vai de problema ao problema, e nisso, assenta-se a sua excelência como método alternativo ao direito civil constitucional.

Nesse sentido, e a fim de se dar sentido ao que expôs, Lacumbe Camargo assevera:

Acredita que o problema procede de um nexos de compreensão já existente, mas que não sabemos, de início, se é um sistema lógico, como um conjunto de deduções, ou algo distinto; ou, ainda, se se trata de alguma coisa que pode ser vista de forma mais abrangente...Fato é que a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas¹²⁷.

E numa perspectiva do filósofo Viehweg, o estilo de pensar da tópica se afasta, como método, do lógico-dedutivo, pois não se trata de um modo de pensar linear, mas casuístico, e, sobretudo, uma pegada interpretativa que permite uma abordagem distinta do problema, a fim de promover a melhor solução para o caso concreto.

Essa abordagem possui um caminho a ser percorrido, e, nas palavras do próprio Viehweg, se realiza assim:

Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo mais simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam

¹²⁷ LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. Op Cit., p. 145-146.

objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem¹²⁸.

Na escolha desse caminho, é possível constatar o surgimento das aporias em determinadas situações, ou, como referido anteriormente, os casos difíceis, e para que não haja uma situação paralisante diante das circunstâncias, a necessidade da utilização da tópica como técnica do pensamento problemático. E é isso que Viehweg afirma,

Se colocamos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: no caso extremo de que só existisse um sistema (A), através dele poder-se-ia, agrupar todos os problemas em solúveis e insolúveis, e estes últimos poderiam ser desprezados, como meros problemas aparentes, posto que uma prova em contrário só seria possível a partir de um outro sistema distinto (B). [...] Em outras palavras: a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas. Acontece o contrário se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. Se existisse um único sistema A, que modo como se a configure conceitualmente em particular. Daí se segue que este modo de pensar só pode contar com panoramas fragmentários. [...] A tópica serve a este modo de pensar¹²⁹.

Um outro aspecto importante a ser considerado é o nível de dualidade entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático, uma vez que a ênfase no sistema recai sobre a seleção de problemas, o que faz surgir uma imposição de problemas previamente reconhecidos a cargo do sistema que se adere, no caso do pensamento problemático, opera-se uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de um problema, procura-se um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução.

Vale ressaltar, ademais, que a estrutura do pensamento tópico é volátil às várias situações jurídicas, podendo ser explicado da seguinte forma: se inicia com uma fase denominada *translatio*, que tem como objetivo verificar a presença de um *dubium*, sendo jurídico, prossegue-se à fase *conjectural*, que estabelece a relação entre o fato, e as alegações, primando a busca pelo autor.

A terceira fase, por sua vez, é chamada de *definitio*, caracterizada em questão onomasiológica (designando o fato) e a semasiológica (significado da norma). E por último, para simplificar a exposição do pensamento tópico, temos a qualificação em que consiste a busca da conformidade evidente com uma prescrição normativa,

¹²⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 41.

¹²⁹ VIEHWEG, Theodor. Op Cit., p. 33.

colocando o problema dos graus de validade das normas. Surge o aspecto da argumentação zetética, na busca dos fundamentos da norma para além do dogma¹³⁰.

Assim, percebe-se diretamente que a análise da tópica parte da necessidade de se buscar uma reflexão de premissas que sejam adequadas e fecundas, levando a observação a pontos de vistas diretivos, isso se classifica como tópica de primeiro grau. A partir de então, é necessário buscar apoio em um “*repertório de pontos de vista*”, de maneira que possa criar um catálogo de topoi, é o que Viehweg denomina como tópica de segundo grau¹³¹.

Por esse ângulo, é que se estabelece a diferença entre argumentação dogmática e argumentação zetética, isso porque o caso conflitivo contém alternativas possíveis dentro do quadro inicial da imposição do caráter normativo ao fato, as premissas são estabelecidas, como critérios jurídicos, e em segundo momento, a necessidade de se buscar fundamentos para além do dogma, constrói-se uma busca analítica, crítica e metacrítica da norma, até que o caso *sub judice* possa ter um diagnóstico jurídico repleto de possibilidades e dentro dos quais possa ser selecionado um por um fundamento axiológico e de eficácia da norma¹³².

E além disso, abordar em que medida o pensamento tópico possibilita um lugar comum como plataforma de resolução dos conflitos jurídicos, em outras palavras, é o pensamento tópico jurídico, uma forma adequada de levar às últimas o pensamento investigador, de cunho zetético, debulhando as relações sociais como elas realmente ocorrem, afrontando a arquitetura do sistema jurídico que tem mantido afastado a própria realidade social.

Cogita-se agora para compreender a ideia de raciocínio jurídico no âmbito privado, aprofundar o: I) uso alternativo do direito em uma perspectiva emancipadora e de dignidade da pessoa humana, II) o desenvolvimento crescente de regulação de condutas, fora do monopólio legislativo do Estado Moderno, e III) a constitucionalização dos direitos civis, vincado pela justiça social e a necessidade de uma concretude entre leis editadas e realidade social

Brevemente falando, no que se refere ao uso alternativo do direito em uma perspectiva emancipadora e de dignidade da pessoa humana, as lógicas

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 492.

¹³¹ VIEHWEG, Theodor. Op Cit., p. 34.

¹³² DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 493.

estabelecidas pelos doutrinadores da virada do século XX para o XXI¹³³, previam o fim do direito civil, e a expansão da análise cada vez mais detida do direito através do espectro da função social da norma. Esvaziando o conteúdo previsto no direito civil enquanto código, passando esse a ser regulado pela análise jurídica concreta, e outras integrações não unificadas.

Todavia, o direito civil, se refez enquanto novos patamares epistemológicos e abriu ensejo aos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, com isso, o Código Civil de 2002 sepultou a ideia de fim da regulação das relações privadas por meio de uma codificação geral, determinando apenas uma quebra de paradigma até então estabelecida pelo Código Civil de 1916. E por isso, não a perspectiva emancipadora do Direito Civil está cada vez mais atrelado aos ditames constitucionais, resguardando assim o núcleo ontológico previsto no projeto realiano para uma nova configuração paradigmática.

Em face do desenvolvimento crescente da regulação de condutas por outros meios, é perceptível que a atividade econômica se impôs como uma consequência da globalização, sobretudo em países em desenvolvimento, a dependência se intensifica e as condições gerais de contratos internacionais, e os reflexos de crises pelo mundo são sentidas em toda ordem econômica financeira em escala mundo.

Do mesmo modo, a evolução dos direitos humanos como luta emancipadora, agrega-se ao fortalecimento de grupos sociais, tensionando cada vez mais a relação entre dominadores e dominados pelo poder político/econômico. Vê-se o fortalecimento do pluralismo jurídico, e a resistência do Estado em enquadrá-los como veículo de produção normativa. A ordem jurídica oficial ainda impõe resquícios do absolutismo legalista que exclui na lógica da vida política os anseios da população, deslegitimando cada vez mais a democracia representativa.

A constitucionalização do Direito Civil é a retomada do pensamento zetético, posto ser uma atitude abraçada pelos ideais do Código Civil e seu principal idealizador, Miguel Reale, isso porque ao pensar a tridimensionalidade como modelo básico do sistema privado, o jus-filósofo entende que os pilares comumente relacionados pela vigência estaria relacionada à dogmática do direito, a eficácia vinculada à sociologia jurídica, e ao se pensar o fundamento, estaríamos em uma incursão na filosofia do direito¹³⁴.

¹³³ CHAGAS, Silvio Donizete. **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p

¹³⁴ MARTINS, Judith Costa. Op Cit., 2008, p

Por isso, destaca-se a atitude zetética frente ao espírito que coordenou o processo de elaboração da legislação privada, que é essencialmente dialética, o que implica a inter relação entre fatos, valores e normas. Dessa forma,

A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação polaridade’ existente entre fato e valor, decuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)¹³⁵

A reação ao pensamento dogmático como sistema de pensamento jurídico, é a construção de alavancar a ciência do direito ao patamar das preocupações e indagações do campo filosófico-jurídico e com isso superar cada vez mais os esquemas formais e abstratos de pensamento. A busca pelo concreto, é na concepção realista um esforço de aproximar o direito da realidade social, e com isso, é inevitável a harmonização existente com os direitos fundamentais explicitados na carta magna.

Tendo sido explanado até então o plano objetivo (tridimensionalidade do direito) das linhas filosóficas adotadas pelo organizador do Código Civil, é necessário demonstrar como o *culturalismo jurídico*, no plano subjetivo, orienta a aplicação das decisões tomadas em âmbito privado. A influência do plano subjetivo na composição da legislação do “homem comum” é composta pela tríade - cultura, experiência e história - que juntas deveriam auxiliar o julgador em seu ato decisório.

Podemos afirmar que o Direito Civil está inserido numa perspectiva de valor universalizante e homogeneizadores, em geral, dos grupos dominantes sobre aqueles destituídos de poder. Como foi dito, em momento anterior, a dificuldade de unificação e sistematização do Direito Civil brasileiro, seguiu *pari passu*, a incapacidade de definir quem objetivamente era considerado cidadão no século XIX.

A maioria dos códigos erigidos ao longo da história simboliza o triunfo de alguns setores da sociedade, em geral, detentores do poder político. Mas a característica básica é que todo o processo criativo das leis são em face das relações intersubjetivas entre os homens, ou as coisas e os homens, de modo que a cultura está imbricada com a produção legislativa.

Por isso, a teoria do culturalismo jurídico trata dessa criação humana acrescida de valorações sobre a base concreta e real da vida de outras pessoas. O cultural “abrange tudo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores [...]

¹³⁵ REALE, Miguel. Op Cit., p. 57.

e a cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses.”¹³⁶

Surge na ciência jurídica a possibilidade de se estudar o direito como objeto cultural, a verdadeira realização do espírito humano, requerendo a abrangência de substratos como um objeto físico (espírito objetivo, definido por Hegel + vida humana objetivada na teoria de Recaséns Siches), ou a própria conduta humana, de raiz existencialista (estudo da teoria egológica como expoente Carlos Cossio)¹³⁷.

Por fim, como consequência da tentativa de alteração dos lugares comuns que o Estado define como vetor interpretativo, o pensamento tópico possibilita um lugar comum como plataforma de resolução dos conflitos jurídico, pois ao fundar-se na hermenêutica constitucional, os princípios e objetivos pelos quais a República Federativa do Brasil se funda, e as diretrizes e princípios que servem de panorama de compreensão do alcance das regras impostas são tidos como catálogos possíveis de topoi, independente do contexto político que as constitui, isso porque nenhuma norma ingressa no plano jurídico sem que haja validade frente ao elemento cultural, histórico da humanidade. O pensamento tópico problemático articula justamente os diversos vetores de interpretação e auxiliam o julgamento ao considerar várias premissas e confrontá-las ao espírito jurídico que a sociedade entende e reconhece.

É, em outras palavras, aceitar que o direito envolve muito mais os fenômenos da vida em sua coexistência e manutenção, possibilitando a pacificação e a solidariedade como fim último, dadas as condições finais em que o capitalismo triunfou sobre o espírito humano e o poder político.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. Op Cit., p. 131.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 132.

CONCLUSÃO

O Direito Civil Constitucional, e aqui sem nenhuma pretensão, a priori, de caracterizá-lo, baseia-se no discurso teórico de que as relações jurídico-privadas devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, aqueles de base constitucional. Nessa perspectiva, a doutrina civil constitucional impõe mudanças fundamentais na interpretação do Código privado, que, por sua vez, sempre lembrado como Constituição da vida privada, cede lugar a um giro hermenêutico que, sobretudo, visa uma releitura de seus institutos.

Este fenômeno de constitucionalização do Direito Privado possui a fama de ser um movimento sólido no país, embora, ele tenha sido alvo de diversas objeções, entre as principais destacam-se as de ordem teórica, metodológica e pragmática. Para os opositores ao movimento, o fenômeno em questão carece de metodologia, pois, segundo eles, os métodos decisórios aplicados pelos magistrados são vagos e ambíguos, e isso decorre, justamente, do elevado grau de abstração e subjetividade envolvidos nas decisões judiciais.

Por tudo exposto, conclui-se que pensamento tópico pode servir como método interpretativo e harmonizador entre o texto constitucional e infraconstitucional, notadamente, o Código Civil 2002, pois devido às transformações ocorridas na Legislação privada nas últimas décadas, e precisamente aquelas alterações que trazem uma nova tônica interpretativa ao Código Civil, o que faz dele, atualmente, uma legislação aberta, e de bases principiológicas capazes de absorver as alterações fenomenológicas, quais sejam de ordem política, social ou jurídicas que ocorrem constantemente em sociedade.

E além disso, o pensamento tópico possibilita um lugar comum como plataforma de resolução dos conflitos jurídicos, em outras palavras, é o pensamento tópico jurídico, uma forma adequada de levar às últimas o pensamento investigador, de cunho zetético, debulhando as relações sociais como elas realmente ocorrem, afrontando a arquitetura do sistema jurídico que tem mantido afastado a própria realidade social.

REFERÊNCIAS - 55

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. São Paulo: Renovar, 2000.
- AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. Órganon. **Obras Completas**. São Paulo: Editora Edipro, 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jur, 2009.
- BERTI, Enrico. **As razões em Aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis, 1906.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 5.ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- CHAGAS, Silvio Donizete. **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica: 1994.
- DA MATA, José Veríssimo T. "**Comentários**". in: ARISTÓTELES, "De Interpretatione". São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena **Dicionário jurídico**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONINI, Pierluigi. FERRARI, Franco. **O exercício da Razão no mundo clássico: perfil de filosofia antiga**. São Paulo: Editora Annablume Clássica, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil Alternativo**. in: CHAGAS, Silvio Donizete. Lições de Direito Civil Alternativo, Ed. Acadêmica: São Paulo, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MACHADO NETO, Antonio L. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1969.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**., [s.l.], n. 14, jul 2000.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Editora Elsevier: São Paulo, 2008

MORENO, Fernando Sains. **Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

NEVES, Antonio Castanheira. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro. **Boletim da Faculdade de Direito**, [s.l.], Portugal, 1979.

PERLINGIERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: 2008.

PORCHAT, Oswaldo. **Ciência e Dialética em Aristóteles**. UNESP: São Paulo, 2004.

REALE, Miguel. **Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente**, in O Projeto do Novo Código Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Ed. Martins Fonte, 1998.

RIALS, Stéphane; ALLAND, Denis. **Dicionário da cultura jurídica**. São Paulo: Editora WMF, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. **Sequência**, [s.l.], n. 62, p. 193-222, jul. 2011.

SIERRA, María Teresa. Pluralismo jurídico e interlegalidad. **Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento**. in Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización. Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Ieresa Sierra, (coord.). México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011.

SICHES, Luiz Recasens. **Nueva filosofía de La interpretación Del derecho**. Cidade do México: Ed. Porrúa, 1980.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. Rio de Janeiro: ed. Método, 2018.

OFFE, Clauss. **Dominação política e estruturas de classes:** Contribuição à análise dos sistemas sociais do capitalismo tardio. in VOGT, Winfried. FRANK, Jurgén. OFFE, Clauss. Estado e Capitalismo. Editora: Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antonio, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil constitucional e as suas perspectivas atuais.** Revista da Emerj, Rio de Janeiro, 2020.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Porto Alegre: Safe, 1979.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho.** Gedisa: España. 1997.

VILELLA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos.** Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 261, 1978.