CONHECER PARA RECONHECER

PREFÁCIO

INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - 2006

Segunda-Feira, 11 de Maio de 2020 17:40:59

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – TESE DE DOUTORADO

AUTORA: Maria Cláudia Cachapuz

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 303 páginas, 2006

DISPONÍVEL EM:

https://fabriseditor.com.br/?secao=produto&idLivro=467

Anexos: 10

APRESENTAÇÃO

Em 5 de outubro de 1988 entrou em vigor uma nova Constituição Federal e em 10 de janeiro de 2002 também um novo Código Civil (Lei número 10.406). Com isso, duas questões apresentam-se como extremamente importantes; ou seja, a unidade do ordenamento jurídico e o papel das cláusulas gerais.

A unidade do ordenamento jurídico toca dois pontos, cujo tratamento é aqui indicado. Um diz respeito à relação entre a Constituição e o direito privado e o outro, à interpretação da Constituição.

A. A unidade do ordenamento jurídico

1. A unidade interna é a base de qualquer ordem jurídica. Valorações de setores jurídicos individuais dessa ordem jurídica não podem ser reciprocamente contraditórias. Isso, a prazo, seria insuportável e, portanto, essas contradições devem ser eliminadas. A ordem jurídica pede, com isso, consistência.[1] Assim, por exemplo, a relação de fundamentação entre uma constituição, que põe a dignidade humana como princípio fundamental (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e a liberdade como direito fundamental (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) e um direito privado, que tolera a escravidão ou a servidão, não apresenta critério de coerência.[2]

---

[1] Ver sobre isso, ALEXY, Robert. Juristische Begrundung, System und Kohärenz. *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*. München: Beck Verlag, 1997, S. 95 ff. Versão portuguesa: Fundamentação jurídica, sistema e coerência (no prelo; tradução: Luís Afonso Heck).

[2] Com isso, pode-se falar também da congruência exigida entre o direito constitucional e o direito ordinário, porque isso também pode ser feito valer para a relação entre a

A ordem jurídica também tem a sua unidade interna expressa, por isso, no significado da constituição. Se se considera a constituição como ordem fundamental jurídica da coletividade,[3] então deixa-se dizer que ela, por um lado, não está restringida a uma ordem da vida estatal. Família, propriedade, formação e atividade de grupos sociais, liberdade de arte e ciência, por exemplo, são bases da ordem da vida não-estatal, contudo, encontram-se reguladas também na constituição federal.[4] Por outro lado, como a constituição produz os pressupostos da criação, validez e realização das normas da ordem jurídica restante e determina, em grande parte, seu conteúdo[5] ela converte-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, no interior da qual ela exclui um isolamento entre direito constitucional e outros setores jurídicos, em especial, do direito privado, do mesmo modo como uma coexistência não-unida daqueles setores jurídicos mesmos.[6] Diante disso, pode-se dizer que a unidade interna da ordem jurídica depende do fazer valer a constituição, que não é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática,[7] dessa forma. Com isso, entra em questão a interpretação.

constituição e o direito penal (ver RÜFNER, Wolfgang. Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz. Gedächtnisschrift *für Wolfgang Martens*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1987, S. 216) e o direito do trabalho (ver mesmo autor e obra, S. 227 f.). O efeito perante terceiros direto, aliás, teve o seu ponto de partida no âmbito do direito do trabalho. Ver sobre isso HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de direito do consumidor*, número 29, jan./mar. 1999, página 48. Ver também infra B.2.

[3] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20 Aufl. (Neudruck), Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 1999, Rn. 17, S. 10. Versão portuguesa: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, número de margem 17, página 37. Tradução: Luís Afonso Heck.

[4] HESSE, K. (nota 3), Rn. 18, S. 11; número de margem 18, página 38.

[5] Seja aqui lembrado o exame da lei em sua compatibilidade material com a constituição. Ver também infra, nota 26.

[6] HESSE, K. (nota 3), Rn. 18, S. 11; número de margem 18, página 38.

[7] HESSE, K. (nota 3), Rn. 20, 67, S. 11, 26; número de margem 20, 67, página 38, 63. Sobre isso, concernente à constituição espanhola, ver LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995, página VII e seguintes.

2. Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente "exato" em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.[8]

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da "realidade" a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica têm caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação;[9] naturalmente, ela tem também somente

[8] HESSE, K. (nota 3), Rn. 51, S. 21; número de margem 51, página 55 (aspas no original). A importância dessa tarefa mostra-se nisto, que certas decisões do Supremo Tribunal Federal podem ter força de lei (o chamado efeito vinculativo, ver sobre isso HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. *Revista dos tribunais*, volume 800, julho de 2002, página 62, nota de pé-de-página 10. Isso também se encontra tratado no escrito: Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht. *Staat . Kirche . Verfassung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 2001, S. 111 ff.), segundo a lei número 9.868, 10 de novembro de 1999, artigo 28, parágrafo único, e lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, artigo 10, parágrafo 3, por um lado. Essa importância também é, além de Hesse (nota 3, Rn. 50, S. 20; número de margem 50, página 54) confirmada por Francisco Rubio Llorente (tanto Hesse como Llorente foram juízes constitucionais, ou seja, do tribunal constitucional alemão e espanhol, respectivamente): "La transcendencia política de las sentencias constitucionales no está tanto en el sentido de la decisión como en el razonamiento en virtud del cual se llega a ella y por esto la doctrina de la interpretación es en la actualidad, como sin exageración se ha dicho, el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional." (Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional español." *Festschrift für Wolfgang Zeidler*. Band 1, Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1987, S. 549.) Por outro lado, pode ser lembrado que a teoria da interpretação é desde o século 15 denominada "hermenêutica", que vem do grego hermeneueiin=auslegen (DREIER, Ralf. Interpretation. *Staatslexikon*, 7. Aufl., Freiburg, Basel, Wien: Verlag Herder, 1987, Spalte 179). Em alemão, o verbo *auslegen*, e isso interessa aqui, significa também explicar. Isso demonstra o papel da pré-compreensão na interpretação, ou seja, se a aplicação do direito requer a interpretação, então a interpretação requer a explicação. Dito de outro modo: interpretar é compreender e não apenas entender. Este basta na atualização da constituição, ou seja, quando o conteúdo de normas constitucionais é realizado e não surgem dúvidas sobre a constitucionalidade dessa atividade ou quando determinações constitucionais são unívocas (ver HESSE, K. (nota 3), Rn. 49, S. 20; número de margem 49, página 54). Ver também infra, nota 47.

nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa fica vinculada à norma.[10] E concretização pressupõe um "entendimento" do conteúdo da norma a ser concretizada, que não se deixa desatar da "(pré-) compreensão" do intérprete e do problema concreto a ser resolvido, a cada vez.[11]

No quadro de uma interpretação constitucional, assim colocada, podem aos princípios da interpretação constitucional caber um significado dirigente e limitador. Interessa aqui o princípio da unidade da constituição. Ele diz que a conexão e a interdependência dos elementos individuais da constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais.[12] O princípio da unidade da constituição,[13] como princípio da interpretação constitucional, conduz à outra questão acima colocada.

---

[9] Aqui Hesse vê o comum entre a hermenêutica das ciências modernas e a jurídica e remete à obra Wahrheit und Methode (verdade e método), de Hans Georg Gadamer, (nota 3), S. 24, Fußnote 21; página 61, pé-de-página 21 (aspas no original) (ver também infra, nota 44).

[10] HESSE, K. (nota 3), Rn. 60, S. 24; número de margem 60, página 61.

[11] HESSE, K. (nota 3), Rn. 60 f., S. 24, f.; número de margem 60 e seguinte, página 61 (aspas no original). Pode-se, com isso, dizer:

a) o pressuposto da concretização compõe-se de um "entendimento" (compreensão) do conteúdo da norma; esse "entendimento", por sua vez, está vinculado a uma "pré-compreensão" tanto do intérprete como do problema concreto a ser resolvido;

b) o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo (HESSE, K. nota 3), Rn. 66, S. 26; número de margem 66, página 63).

[12] HESSE, K. (nota 3), Rn. 71, S. 27; número de margem 71, página 65. Para o significado e os princípios da interpretação constitucional restantes ver HESSE, K. (nota 3), Rn. 70, S. 27 ff.; número de margem 70 e seguintes, página 65 e seguintes; para as regras de interpretação tradicionais, ver mesmo autor e obra, Rn. 53 ff. S. 21 ff.; número de margem 53 e seguintes, página 56 e seguintes.

[13] Sobre esse princípio expressa-se Francisco Rubio Llorente: "Esta alusión a la unidad de la Constitución, que Hesse entre otros, propone como un principio interpretativo

B. O papel das cláusulas gerais

1. No âmbito do direito privado deixa-se perguntar o que distingue a determinação legal denominada "cláusula geral" das outras determinações legais. A resposta a esse respeito não é unívoca. Isso mostra Jürgen Schmidt.[14] Com a pergunta sobre o significado do § 242 do código civil alemão,[15] ele chegou às seguintes respostas,[16] denominadas de teses:

a) um conjunto de teses, denominadas "teses-igualdade", está fundado no seguinte curso de idéias: a determinação legal do § 242 do Código Civil é uma determinação legal como qualquer outra no Código Civil. Ela tem qualitativamente uma estrutura de significado comparável; sua particularidade e, com isso, a sua diferença essencial estrutural reside somente em sua *formulação como cláusula geral*. Ela fundamenta somente uma diferença gradual na precisão da formulação dos elementos do tipo e das conseqüências jurídicas;[17]

---

autónomo que nada tiene que ver con la interpretación sistemática, le permite en este caso al Tribunal lanzarse por el arriesgado camino de la ponderación de valores e incluso de la gradación del peso de los diversos preceptos constitucionales para llegar a una solución que es, a mi juicio acertada, pero que también en mi opinion, tal vez debió fundamenartase de forma distinta." (Nota 8), S. 553.

[14] SCHMIDT, J. Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe? *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieaker.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, S. 231 ff.

[15] O § 242 do Código Civil alemão contém a cláusula geral da lealdade e boa-fé e diz: "O devedor é obrigado a efetuar a prestação assim como a boa-fé em atenção aos costumes de tráfego, o exige."

[16] Elas valem para o gênero e não apenas para a espécie.

[17] SCHMIDT, J. (nota 14), S. 234 (itálico no original). Essas teses apresentam variáveis. Assim, por exemplo, a primeira variável domina nos comentários (Schmidt indica Pal.-Heinrichs, BGB, 47 Aufl., § 242, Anm. 1; Soergel-Teichmann, BGB, 11. Aufl., § 242 Rz 5 ff.; Jauernig-Vollkommer, BGB, 4. Aufl., § 242, Anm. 1) (mesmo autor e obra, S. 234, Fußnote 6). Segundo ela, a diferença essencial para com as outras normas do código civil consiste então, somente ainda, na formulação da norma como *cláusula geral*. Uma formulação de cláusula geral distingue-se nisso perante as outras formulações de normas pelo fato de os elementos do tipo e das conseqüências jurídicas, que se encontram na cláusula geral, serem formulados ou mais vagamente e/ou mais abstratamente e/ou mais gerais do que em outras normas.

b) o outro conjunto de teses, denominadas "teses-diferenciação", têm em comum: elas recusam considerar a determinação legal do § 242 do Código Civil em seu núcleo – portanto qualitativamente – como uma determinação como cada outra no Código Civil e ver a distinção somente

Para a "aplicação" da norma é, por conseguinte, necessário uma estratégia, que conduz à diminuição do grau de vagueza, de abstração e/ou da generalidade das respectivas características. No quadro dessa estratégia são necessários "juízos de valor judiciais", isto é: tais juízos de valor devem efetuar que a cláusula muito vaga, abstrata ou geral seja precisada convenientemente. Esses juízos de valor são, sem dúvida, decisões de valor altamente pessoais, mas também, como tais, não isolados da comunidade, porém integrados em um processo dialógico de argumentar racional, que pede que a decisão de valor própria (do juiz) seja tomada em ocupação com as valorações e propostas de valores, a serem encontradas, e com os argumentos que as acompanham e, por sua vez, novamente seja justificada argumentativamente. Com essa decisão de valor será, então, alcançada uma precisação da cláusula geral in casu. A reunião dos "casos particulares precisados" em grupos de casos deve ser vista como "acabamento descritivo" com o objetivo da "ordenação sistemática" e do "processamento tipificador" (mesmo autor e obra, S. 235, itálico, aspas e pontuação no original).

A segunda variável é, por exemplo, representada por Fikentscher (Schmidt indica desse autor: Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, § 27 I-III; ders., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, IV, 1997, Kap. 31 und 32) (mesmo autor e obra, S. 235, Fußnote 12). Segundo ela, o ponto de partida metodológico não é a norma no sentido exposto na primeira variável, mas a "*norma do caso*". Uma norma do caso é aquela regra do direito objetivo, que associa a um fato, carente de decisão, uma conseqüência jurídica, que o regula. A comunidade da determinação legal do § 242 do Código Civil com as outras determinações legais do código civil consiste, conforme isso, nisto, que ambos os tipos de determinações *não* são normas do caso, mas *fundamentos para normas do caso*. A diferenciação entre o § 242 do Código Civil e as outras determinações do código civil é, portanto, uma diferenciação dentro de fundamentos para normas do caso. Dentro desses fundamentos deixa-se estabelecer um tipo de "fileira", em cuja uma ponta do caso deve ser visto que a norma do caso é reproduzida por uma determinação legal (precisa) (comprovação de identidade!) e em cuja outra ponta do caso está assentado, que a norma do caso (carece) de todas as fontes jurídicas. No primeiro caso mencionado basta para a fundamentação da norma do caso (não da decisão!) o apoio no texto da lei, no segundo caso mencionado são necessárias outras operações para a fundamentação (mesmo autor e obra, S. 235 f., aspas, itálico e pontuação no original).

Uma terceira variável encontra-se em Teubner (dele Schmidt indica: AK-BGB, § 242 Rz 1 ff.; dens., Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Generalklauseln

no quantitativo, gradual. Ao contrário, elas vêem uma diferença *qualitativa* entre as determinações do § 242 do Código Civil e outras "determinações";[18] e,

als Gegenstand de Sozialwissenschaften, 1978, S. 13 ff.). Segundo ele, a determinação legal do § 242 do Código Civil é uma cláusula geral, em que cláusulas gerais distinguem-se de preceitos jurídicos comuns não em princípio, mas só gradualmente; ambos são, nomeadamente, modelos não-científicos, sócio-normativos, com que são considerados modelos de esperanças de condutas sociais, que são marcados por, pelo menos, três submodelos, ou seja: um "submodelo empírico", um "prospectivo" e um "operativo". Nisso, o submodelo empírico concerne às proposições teórico-empíricas sobre as estruturas, funções e tendências de desenvolvimento sociais do âmbito juridicamente regulado; o submodelo prospectivo, às declarações jurídicas sobre finalidades de normas, relações-meio-fim, avaliações de prognose e de conseqüências e o submodelo operativo, ao verdadeiro programa da norma. Cláusulas gerais distinguem-se agora perante preceitos jurídicos comuns pelo fato de o modelo de partida operativo ser relativamente indeterminado e as informações relevantes para a decisão serem entregues pelo modelo prospectivo e empírico. A indeterminação concerne a todas as três dimensões de esperanças: à dimensão material (isto é, o tipo do programa, o programa condicional, da finalidade, do valor), à dimensão temporal (isto é, a capacidade de adaptação a realidades sociais que se mudam) e à dimensão social (isto é, que qualidade de um consenso, que grupo social deve, em qual dimensão, apoiar a decisão do conflito (mesmo autor e obra, S. 237, aspas no original).

[18] SCHMIDT, J. (nota 14), S. 239 (itálico e aspas no original). Essas teses, por sua vez, também apresentam variáveis. Segundo a primeira, a diferença entre a determinação do § 242 do Código Civil e as determinações "restantes" consiste não essencialmente na formulação como clásula geral – como acima – , mas no *conteúdo* daquilo que a determinação expressa, mais rigorosamente: em seu *conteúdo de regulação* (mesmo autor e obra, S. 239, aspas e itálico no original). Nesta variável são trabalhados dois autores: Dworkin e Alexy. (Para Dworkin Schmidt cita Taking Rights Seriously, 1978, e usa a tradução alemã Bürgerrechte Ernstgenommen (tradução de Ulrike Wolf, 1984.) Assim, segundo Dworkin, deve distinguir-se entre "regras" e "princípios"; essa diferença é uma diferença lógica, com o que ele considera uma diferença qualitativa. Ela consiste nisto, que regras são aplicáveis no modo do tudo-ou-nada, isto é: quando os fatos, que uma determinação fixa como condições, estão dados, então a regra é ou válida – nesse caso deve a resposta, que ela proporciona, ser aceita – ou ela não é válida, e então ela não contribui nada para a decisão. Pelo contrário, um princípio é um fundamento que é um argumento em uma determinada direção, que, porém, não torna necessária uma determinada decisão, mas somente deve ser observado de forma que o juiz tem que tomá-lo em conta como uma consideração. Com isso contíguo, a outra diferença entre "regra" e "princípio" consiste nisto, que so-

c) Uma outra opinião desvia-se decisivamente tanto das teses-igualdade como das teses-diferenciação. Ela é representada o mais claramente por Karl Larenz. Segundo isso, a determinação do § 242 do Código Civil não contém nem uma norma – indiferente qual conteúdo – nem uma formação normativa, que é comparável às determinações restantes do código civil, mas algo que aqui igualmente é denominado de princípio,[19]

mente princípios têm uma dimensão do peso ou significado, que conduz a isto, que em princípios, que se cruzam, deve ser tomado em conta o peso relativo de ambos os princípios, enquanto em duas regras que se cruzam está assente que uma de ambas não é uma regra válida (mesmo autor e obra, S. 240, aspas e pontuação no original). (Para Alexy, Schmidt cita a Theorie der Grundrechte, 1985.) Conforme isso, Alexy assumiu a posição de Dworkin e a agudizou ao ele aceitar que em princípios não se trata de qualquer "fundamento", mas de normas de um tipo diferente perante as "outras" normas, ou seja, de *mandamentos de otimização*. Tais mandamentos indicam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas; a medida "ordenada" da realização é, no quadro das possibilidades jurídicas, nisso determinada por princípios e regras em sentido contrário. Diferença decisiva para com as regras: essas podem — como em Dworkin — sempre somente ou ser cumpridas ou não cumpridas. Para o preenchimento dos mandamentos de otimização Alexy propõe uma "lei de ponderação", que certamente não contém um procedimento de decisão definitivo; ao contrário, deve aqui, então, ter lugar um enlace com a teoria da argumentação racional (mesmo autor e obra, S. 241, aspas e itálico no original).

De acordo com a segunda variável (Schmidt cita Staud.-J.Schmidt, BGB, 12. Aufl., § 242 Rz 155 ff., 168 ff.) existe entre a determinação legal do § 242 do Código Civil e "outras" determinações legais igualmente uma diferença qualitativa; e do mesmo modo como na concepção agora mesmo exposta, também aqui a diferença qualitativa é vista em um *conteúdo* distinto das determinações legais duvidosas. Diferença essencial: o conteúdo do § 242 do Código Civil não é visto como "mandamento de otimização" em oposição a uma "regra", mas o conteúdo do § 242 do Código Civil é visto como "norma institucional" em oposição a uma "norma de conduta", as "outras" determinações do código civil, que são comparáveis, são interpretadas como ela. "Normas de conduta" conduzem uma conduta natural de pessoas por mandamentos, proibições, autorizações e assim por diante; "normas institucionais", não conduzem uma conduta natural, mas dão a uma conduta natural um sentido novo, social, que ultrapassa o seu sentido possível costumeiro, que é determinado pela instituição na qual a atuação institucional está integrada (mesmo autor e obra, S. 242, aspas e itálico no original).

[19] SCHMIDT (nota 14, S. 244, Fußnote 67) remete aqui a Gernhuber, JuS 1983, S. 764, que fala de „princípio ético-jurídico" (aspas no original).

preceito ou idéia de direito.[20] Um tal princípio, por conseguinte, também não pode ser caracterizado por sua formulação em forma de cláusula geral, mas princípios distinguem-se pelo fato de que eles contêm, no grau obtido do desenvolvimento do direito, postulados da idéia jurídica imediatamente reconhecíveis, *concepções jurídicas objetivas*, aos quais as finalidades especiais do dador de leis estão subordinados. Eles valem porque e à medida que eles são conteúdo consciente do espírito objetivo e, como tais, são dadores de direção também para o dador de leis. Se se pergunta qual a função tem, então, ainda a determinação do § 242 do Código Civil, a resposta é: ela tem uma função de indicação dupla; por um lado, ela indica o juiz para os valores objetivos que devem ser realizados; por outro, ela o indica para o modo de atuar e de sentenciar geral, no qual esses valores, assim como eles são entendidos pela comunidade jurídica, são atuais para a consciência jurídica geral do tempo, encontraram uma expressão e manifestação exemplar; ela contém, com outras palavras, a remissão a valores específicos e simultaneamente a sua realização na convivência em comum dos consortes jurídicos.[21]

2. Se está uma vez fixado do que se trata quando se considera a determinação legal jurídico-privada "cláusula geral" perante as outras determinações legais jurídico-privadas, então outra questão se coloca; isto é, qual é então a tese/variável correta de cláusula geral com vista ao cumprimento de sua tarefa de possibilitar congruência entre o direito privado e os direitos fundamentais.[22] Também nesse âmbito podem ser feitas valer relações de fundamentação e, com isso, produzir coerência.

[20] SCHMIDT (nota 14, S. 245, Fußnote 69) remete agora a Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 3. Aufl., 1926, S. 579.

[21] SCHMIDT, J. (nota 14), S. 244 f. (itálico e pontuação no original). Schmidt trabalhou e citou aqui a Methodenlehre der Rechtswissenschaft de Karl Larenz em sua 2ª edição, que é do ano de 1969, porque, segundo ele, as passagens que se ocupam com o § 242, na 5ª edição, do ano de 1983 [hoje, 6ª edição, do ano de 1991], foram sacrificadas amplamente a abreviações, sem que, sob esse aspecto, ainda segundo Schmidt, a posição de Larens tenha-se removido objetivamente, como provam suas exposições no direito das obrigações (Schmidt remete para Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 10).

[22] Ver RÜFNER, W. (nota 2), S. 224 f.

Com isso, a variável representada por Alexy, dentro das teses-diferenciação, parece a correta. A seu favor fala:

a) o Tribunal Constitucional Federal assumiu, para a solução de colisão de direitos fundamentais, o modelo de argumentação desenvolvido por Hesse sob a expressão "concordância prática";[23]

b) o modelo de ponderação, desenvolvido por Alexy, para o cumprimento da tarefa de otimização[24] corresponde ao denominado princípio da concordância prática,[25] e esse modelo de ponderação, como um todo, dá um critério[26] ao ele enlaçar a lei de ponderação[27] com a teoria da argumentação jurídica racional;[28]

c) considerado realisticamente, a interpretação constitucional e a concretização constitucional estão dominadas por ponderação, ou seja: a decisão jurídico-constitucional deriva de uma ponderação entre normas constitucionais em sentido contrário ou, na concretização de uma norma constitucional, de uma ponderação entre interesses públicos e privados divergentes, protegidos jurídico-constitucionalmente;[29]

---

[23] Ver WÜRTENBERGER, Thomas. Auslegung von Verfassungsrecht – realistisch betrachtet. *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, S. 233. A concordância prática encontra-se exposta em HESSE, K. (nota 3), Rn. 72, S. 28; número de margem 72, página 66 e seguinte; ver também Rn. 317, S. 142; número de margem 317 e seguinte, página 255 e seguinte. O Tribunal Constitucional Federal também assumiu nisso o modelo de argumentação de Lerche, que exige "para ambos os lados uma compensação tanto quanto possível moderada" (ver Würtenberger, T., obra citada, S. 233, aspas no original). Ver para isso também SENDLER, Horst. Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalizierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Dezision? *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*. München: Beck Verlag, 1997, S. 475 f.

[24] Ver ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: De Gruyter, 2003, S. 771 ff. Versão portuguesa: a fórmula do peso (no prelo; tradução: Luís Afonso Heck). O mandamento da ponderação é o terceiro subprincípio parcial do princípio da proporcionalidade. Quando Alexy diz que o princípio da proporcionalidade resulta logicamente do caráter de princípio (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 100. Versão espanhola: *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 112. Tradução: Ernesto Garzón Valdés), então isso deve ser entendido no sentido de implicação (ver para isso QUINE, Willard Van Ormann. *Grundzüge der Logik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1969, S. 62 ff. Tradução de Dirk Siefkes. Título original: Methods of Logic) e quando Alexy fala que o princípio da proporcionalidade é deduzível do caráter de princípio (mesma obra, S. 100, página 112), então isso deve ser entendido no plano jurídico-constitucional, ou seja: porque enraizado no princípio do estado de direito, o preceito da proporcionalidade é dele derivado (ver HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, página 176, com indicação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal). Conseqüência prática: como é derivado do princípio do estado de direito a sua violação constitui-se em uma violação da constituição e, portanto, o Tribunal Constitucional Federal pode ser chamado. No Brasil poderia valer a mesma coisa.

[25] Ver ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 152. Versão espanhola: *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 167. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

[26] Alexy (nota 25, S. 152, página 167) usa a palavra "Kriterium". O Duden Fremdwörterbuch Bd. 5, 5. Aufl., Mannheim, Wien, Zürich: Dudenverlag, 1990, remete na palavra *Kriterium* à palavra *Prüfstein*, que significa: algo em que algo ou alguém deve provar-se, algo em que algo deve mostra-se como correto (Duden Deutsches Universalwörterbuch, 2 Aufl., Mannheim, Wien, Zürich: Dudenverlag 1989). Na frase anterior, Alexy emprega a palavra "Maßtab", que significa: norma exemplar segundo a qual a atuação, prestação de alguém é apreciada (do último Duden citado). Isso, para dizer o seguinte: a palavra *Maßtab* designa a constituição em relação à lei, por exemplo, para aferir a compatibilidade ou incompatibilidade (formal ou material) desta àquela e, com isso, comprovar a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade (formal ou material), mas não o modelo de ponderação. (A versão espanhola traduz *Maßtab* como pauta, página 167.). Aqui deve ainda ser dito: na colisão de princípios a interpretação contém uma ponderação dos princípios e isso é diferente que uma interpretação por premissas semânticas e empíricas (ver RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 189).

[27] A lei da ponderação diz: quanto maior é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY, R. (nota 25), S. 146; página 161).

[28] Ver para isso, ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacion juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

[29] Ver WÜRTENBERGER, T. (nota 23), S. 232. Para o desenvolvimento e o resultado proveniente disso ver ALEXY, Robert. Verfassungsrecht und einfaches Recht –

d) diante disso, também parece justificada a proposta de Behrends: complementar o modelo estrutura-valor, representado pelo direito privado e proveniente da história do direito, pelo modelo regra-princípio, representado por Alexy e proveniente da teoria da argumentação moderna.[30] Com isto, está dito: estrutura = regra e valor = princípio.[31] Também Bydlinski aproxima as cláusulas gerais do modelo de princípios de Alexy: elas não são regras suscetíveis de subsunção, seu cumprimento "mais ou menos" e seu conteúdo de dever ser no quadro do possível, isto é, especialmente sob consideração, também, de outros princípios, talvez em sentido contrário;[32]

Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. *VVDStL*, Bd. 61, S. 7 ff. Versão portuguesa: Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos tribunais*. volume 809, março de 2003, página 54 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

[30] BEHRENDS, Okko. Struktur und Wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht. *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, S. 149. Essa proposta também está certificada por investigações realizadas na Grã-Bretanha e Estados Unidos (ver mesmo autor e obra, com indicação bibliográfica, S. 151, Fußnote 37).

[31] Ver BEHRENDS, O. (nota 30), S. 152 f., 155.

[32] BYDLINSKI, Franz. Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln. *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, S. 198 (aspas no original). Aqui ainda deve ser observado:

a) as exigências de definição são dependentes, em geral, no início da idade moderna, das finalidades que se perseguem com a definição. Se ela deve somente, como no século 16 e início do 17, possibilitar a subsunção sob o conceito a ser definido, então também basta uma "descrição" pouco rigorosa, que também pode conter características conceituais acidentais e não essenciais, que, no fundo, não precisa empregar nenhuma característica "interna", mas se pode satisfazer com a circunscrição da extensão do conceito por enumeração de partes, que também pode ser metafórica ou etimológica, e assim por diante. Mas se a definição deve caracterizar não só o conceito correspondente, porém, mais além – como no fim do século 17 e no 18 – encontrar emprego no quadro de um sistema demonstrativo, então ela deve fixar rigorosamente a posição do conceito definido no sistema total por características (essenciais) internas, por associação correta ao "genus proximum" e marcação das "differentia specifica". Porque filósofos e juristas do final do século 17 e do 18 atribuíram à definição essa tarefa nova, superior, eles suprimiram a velha "descrição" da doutrina da definição científica (SCHRÖDER, Jan. Definition und

e) o exposto na letra anterior conduz a isto, que cláusula geral, como princípio, mostra a mesma estrutura que as "outras" determinações

---

Desckription in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit. *Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*. München: Beck Verlag, 1997, S. 1104, aspas no original). Mas isso não foi o ponto final do desenvolvimento: "é menos importante definir um conceito corretamente do que, no fundo, primeiro, uma vez, desenvolvê-lo. Mas esse passo primeiro Savigny parece ter dado" (SCHRÖDER, J. (obra citada) S. 1105, pontuação no original);

b) como outras ciências jurídicas na Europa no final do século 18, também a alemã pôs-se a tarefa de fundamentar uma teoria geral do direito privado positivo. Essa teoria devia atender a três exigências: ela precisava substituir o direito natural, que até agora também havia cumprido as tarefas de uma teoria geral do direito aplicado, por uma "filosofia", isto é, uma teoria geral do "direito positivo"; ela precisava também, pelo mesmo caminho, em um âmbito, no qual – como na maioria dos estados nacionais europeus – uma pluralidade de direitos particulares requeriam validez principal, fundamentar a unidade da teoria e do método e ela precisava, enfim, integrar os princípios e instituições romanísticos e germanísticos, cuja amalgamação o usus modernus primeiro havia adiantado o trabalho, de todo em um sistema jurídico uniforme (WIEACKER, Franz. Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. *Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, S. 354, aspas no original);

c) nesse tempo Savigny acolheu em sua "doutrina do método" [1802-1803] essa concepção. Também Savigny distingue matéria e forma da Ciência do Direito. Sua matéria – agora compreendida como matéria *histórica* – é obtida pelo "processamento histórico-filológico" e desenvolvido mediante o "meio da forma lógica" como sistema. Já a doutrina do método contém a fórmula final. "O *conteúdo* do *sistema* é a dação de leis, portanto, preceito jurídico. Para conhecê-la, em parte, individual, em parte, em conexão, nós carecemos de um meio lógico: da forma, isto é, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da dação de leis. Toda *formalidade* deve agora ordenar ou a determinação de desenvolver preceitos jurídicos individuais – usualmente se denomina isso definição ou distinção – ou a união de vários em sua conexão. Isso denomina-se usualmente o verdadeiro sistema." Essa concepção, Savigny conservou continuamente até no "System des heutigen römischen Rechts" [1840-1849] (WIEACKER, F., obra citada, aspas, itálico e citação no original);

d) nessa conexão situa-se também a filosofia de Kant: sua distinção entre lógica geral e transcendental manifesta-se não por último em uma distinção correspondente de dois tipos de juízo, ou seja, entre o juízo, cujos conceitos a ser com ele enlaçados — como em Locke – existem independente dele, e o juízo do qual primeiro resultam os conceitos enlaçados. O último, do qual se desenvolveu a doutrina "moderna" do juízo, representa a lógica transcendental descoberta por Kant. Ela marca um ponto

legais do Código Civil, como regras.[33] Com isso, a concretização de cláusulas gerais requer a ponderação e assim elas formam um "sistema movel";[34] e,

de mudança na história da filosofia. Como é sabido, até Kant a doutrina do conhecimento aceitava os "objetos" como "dados" independentes do pensar. Kant pôs às avessas essa opinião com sua referência a Kopernicus: os objetos do pensar devem ser compreendidos exatamente como seu produto. Sob "transcendental" Kant não compreende as determinações fundamentais do existente, conhecidas da Idade Média ("Transzendentalien"), mas um tipo de conhecimento "que" – segundo a famosa citação – "não tanto com objetos, *mas com nosso tipo de conhecimento de objetos, à medida que ele deva ser possível a priori*, no fundo, se ocupa". Por conseguinte, uma lógica transcendental é "uma ciência, que" determina "a origem, a extensão e a validade objetiva de tais conhecimentos" (PAULSON, Stanley L. Erkennen als Anerkennen. Die neukantianische Urteilslehre Heinrich Rickerts. *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*. Wien, New York: Springer, 1997, S. 757 f., aspas, itálico e citação no original); e,

e) se se considera o papel que as expressões "forma" e "matéria" desempenham no trabalho de Rudolf Stammler (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. 3. Aufl., Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter 6 Co., 1928), então se mostra que também Savigny encontra-se na tradição kantiana.

[33] Isto é: regra e princípio são normas. Ver HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. George Salomão Leite (org.). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, página 55 e seguintes.

[34] Essa expressão encontra-se em: BYDLINSKI, F. (nota 32), S. 229; FISCHER, Frank O. Das "Bewegliche System" als Ausweg aus der dogmatischen Krise in der Rechtspraxis. *Archiv für die civilistische Praxis*. Band 197, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, S. 589, 601 ff. Na página 604, Fischer indica as possibilidades de aplicação do sistema móvel em vários setores do direito. Ele não se restringe, com isso, apenas ao setor jurídico-privado. Além disso, a idéia do sistema móvel é semelhante àquela de Hesse, isto é, ele vê "rigidez" e "mobilidade" como elementos da constituição (ver HESSE, K. (nota 3), Rn. 36, S. 15; número de margem 36, página 45 (aspas no original). Com isso, está abordada a denominada abertura do sistema. Sistema, nessa conexão, é entendido no plano jurídico, e precisamente, dogmático, isto é, capaz de admitir pretensões de correção/verdade (para isso ALEXY, R. (nota 28), S. 34, 264 ff., 351 f.; página 36, 208 e seguintes, 274 e seguinte). A característica de argumentos é que eles, sem a pretensão de força de convencimento, portanto, correção, não desenvolvem nenhum efeito influenciador. Isso os distingue de meios de pressão como violência ou ameaças (RAABE, M. (nota 26), S. 17, Fußnote 13), não no

f) a aceitação, pelo Tribunal Constitucional Federal, do caráter discursivo da interpretação: "A interpretação, em especial, do direito constitucional, tem o caráter de um discurso, no qual, também em trabalho metodologicamente livre de objeção, são oferecidas declarações não absolutamente corretas, que não podem ser duvidadas entre especialistas, mas são feitos valer fundamentos, outros fundamentos são opostos, e, finalmente, os melhores fundamentos devem decidir. Nesse método de trabalho científico é indicado que o autor esteja disposto a pôr em questão as suas concepções também no âmbito do defensável com bons fundamentos e, dado o caso, a modificar sua opinião."[35]

Nessa conexão deve, ainda, ser observado o seguinte:

a) as "teses-igualdade", ao não admitirem uma diferença qualitativa entre cláusula geral e "outras" determinações do Código Civil também não permitem uma ponderação;[36]

sociológico como em Luhmann [e outros], que sacrifica o objetivo da correção ao objetivo da eficiência da função (ISENSEE, Josef. Vom Ethos des Interpreten. *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*. Wien/New York: Springer, 1997, S. 370, Fußnote 11), porque olha somente a decisão como produto do procedimento, mas não a lei, na qual a decisão apoia-se normativamente, ele, no fundo, despreza os elementos normativos. Ele também desliga a questão da aceitação. A ele o direito parece um sistema auto-suficiente que não se comunica com o ambiente (mesmo autor e obra, S. 387). Para isso também crítico: ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwalhl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1972, S. 25 f., 202 ff., 205 ff. Versão italiana: Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. 1983, pagina 19 e seguente, 199 e seguenti, 201 e seguenti. Tradução: Salvatore Patti, Giuseppe Zaccaria. Nesse âmbito (sistema no plano social) também Norbert Reich coloca-se criticamente perante Gunther Teubner: "Sua pretensão de verdade mostra-se por causa de seu "caráter de ponte" como especialmente precária: ela [pretensão de verdade] é atacável tanto no engate teórico como na sua reflexão de específicos jurídicos." (REICH, Norbert. Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunter Teubner. *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*. Luchterhand, 1985, S. 151).

[35] BVerfGE 82, 30, 38 f. Isso mostra a argumentação jurídica como caso especial do discurso prático (ver para isso ALEXY, R. (nota 28, supra).

[36] Ver para isso também ALEXY, R. (nota 25), S. 72 ff.; página 82 e seguintes.

b) se pela segunda variável das "teses-diferenciação" entende-se o sentido do § 242 do Código Civil como "norma institucional", então se torna claro porque o § 242 do Código Civil foi formulado *como uma "norma de conduta"*: ela francamente teve de ser assim formulada para poder manter a aparência da unidade do sistema de fundamentação. De resto, porém, então também fica compreensível porque o § 242 do Código Civil ficou sem função como determinação legal: se a determinação tem o sentido de fechar *formalmente* um sistema de fundamentação que, entre outras coisas, baseia-se na concepção de "dedutividade" e "vinculação à lei" (completa) então isso é o sistema de fundamentação do positivismo legal clássico. O fundo de um tal sistema institucional parece para nós hoje, contudo, duvidoso: o postulado da vinculação à lei *completa* está abandonado, o tratamento relacionado à matéria de "novos" problemas e argumentos "além da vinculação à lei" – para assumir uma expressão acertada de Rüssmann – é hoje costume e mesmo para um positivista tardio, em vista do artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental [a legislação está vinculada à ordem constitucional, o poder executivo e a jurisdição, à lei e ao direito], ainda pensável, formulado de outra forma: as "normas institucionais" para a instituição "fundamentação de decisões" se *alteraram*;[37] e,

c) sobre a opinião de Larenz: se se pergunta como esses princípios podem-se tornar eficazes para a decisão, então a determinação do Código Civil como "alusão" ao princípio naturalmente não dá incialmente nenhuma instrução, uma vez que ela remete somente ao princípio em sua relevância histórica – uma remissão formal ! – mas não diz o que é o *conteúdo* desse princípio é in casu. Esse conteúdo do princípio o juiz pode, segundo Larenz, averiguar somente por "entendimento de valor próprio", que deve "entrar como suplente para aquele da comunidade".[38] Aqui é indicado clareza, pelo menos, sobre isto:

a) o risco, quando os campos de tarefas de estruturas e valores não são cuidadosamente distinguidos,[39] ou, para falar com Alexy, dos juízos axiológicos e juízos deônticos;[40]

[37] SCHMIDT, J. (nota 14), S. 243 f. (aspas, itálico e citação no original).

[38] SCHMIDT, J. (nota 14), S. 246 (aspas, itálico e pontuação no original).

[39] BEHRENDS, O. (nota 30), S. 162 f.

[40] Ver sobre isso ALEXY, R. (nota 25), S. 125 ff.; página 138 e seguintes. Aprovador: LLORENTE, F.R. (nota 7), página IX.

b) a doutrina, rica em repercussões, de Otto v. Gierke, que "todo direito tem uma barreira que lhe é imanente"[41] e a teoria interna, disso derivada, pode levar à dissolução da oposição-estrutura-valor;[42] e,

[41] Die soziale Aufgabe des Privatsrechts, 1889, S. 20, citado conforme Behrends (nota 30), pé-de-página 82.

[42] BEHRENDS, O. (nota 30), S. 170, Fußnote 82. Segundo a teoria externa, existem dois objetos jurídicos distintos. O primeiro objeto é o direito prima-facie ou o direito "em si". Na dogmática dos direitos fundamentais isso corresponde ao âmbito de proteção de um direito fundamental. O segundo objeto é o limite a esse direito, que deve ser distinguido do direito. Se ao direito prima-facie é traçado um limite eficazmente, então nasce o direito limitado ou definitivo ou o âmbito de garantia efetivo. Esse direito definitivo pode, então, ser imposto judicialmente. Pelo traçamento de limites os elementos da classe do direitos prima-facie são subdividos em duas classes parciais: (1) a classe parcial dos meros direitos-prima facie e (2) a classe parcial dos direitos definitivos. Na discussão jurídico-civilista sobre as teorias dos limites foram distinguidas duas variáveis da teoria externa. Segundo a primeira variável, o próprio direito-prima facie é restringido, segundo a segunda, o próprio direito perdura, mas seu exercício é restringido. Traçar limites para direitos-prima facie é necessário, porque eles, com seu caráter ideal, sem dúvida, são imagináveis sem limites, mas no mundo real não podem existir simultaneamente um ao lado do outro em toda a extensão. Em um tal caso de colisão um dos direitos-prima facie colidentes deve retroceder. Isso está em oposição à teoria interna, que parte de uma determinação de conteúdo de direitos independente de colisão. Se o direito tem o seu conteúdo definitivo de antemão, então nem é necessário nem possível alterar esse conteúdo em virtude de colisões com outros direitos (BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 29 f., aspas no original). Segundo a teoria interna, existe de antemão somente um direito com seu conteúdo determinado. Com isso, existe também somente um objeto: um direito com seus limites inerentes de antemão. Uma posição jurídica, independente de que tipo, que ultrapassa esses limites não existe, segundo a teoria interna. Mas, com isso, também nenhuma posição jurídica pode ser "restringida". Porque o conceito de restrição pressupõe que algo, que antes fazia parte, depois não mais faz parte: uma restrição ou limitação é uma redução ou diminuição de um direito. Segundo a teoria interna, porém, o conteúdo definitivo do direito está fixado de antemão, ele resulta "*por si mesmo*", "*em virtude da natureza da coisa*", "*da essência da própria matéria*". O procedimento da aplicação do direito tem a tarefa de revisar o conteúdo do direito *aparente* em vista disto, se ele também apresenta conteúdo *verdadeiro*. Segundo a teoria interna, o conteúdo do direito é, por conseguinte, averiguado em um passo. O limite que separa o conteúdo do direito aparente e verdadeiro é, muitas vezes, designado como "limite imanente" (mesmo autor e obra, S. 31 f., aspas e itálico no original).

c) a possibilidade de cláusulas gerais servirem de "pontos de invasão".[43]

Nessa conexão coloca-se o trabalho de Maria Cláudia Cachapuz. Ele foi apresentado como tese na UFRGS diante da banca examinadora composta pelos professores Celso Lafer, Francisco Amaral Neto, Judith Martins-Costa, Luís Afonso Heck, Luiz Renato Ferreira da Silva e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Ela obteve a nota máxima. O seu mérito científico pode ser situado em planos:

a) no plano hermenêutico: este trabalho coloca-se numa tradição iniciada por Clóvis do Couto e Silva, continuada por Judith Martins-Costa e nisso reside, exatamente, a sua autoridade;[44]

b) no plano jurídico: por ter trabalhado o ponto no qual constituição e direito privado estão mais estreitamente em conexão, ou seja, o das cláusulas gerais. Elas podem servir tanto para uma adaptação[45] como

[43] Como foi o caso na época do nacional-socialismo. Ver sobre isso RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1997, S. 214 ff. (a expressão entre aspas é dele); do mesmo autor: *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. 2. Aufl., München: Beck Verlag, 1989, S. 187 ff. É digno de atenção que esse autor, em trabalho mais recente (*Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: Beck Verlag, 1999), simplesmente desconsidera a ponderação e, com isso, o princípio da proporcionalidade.

[44] Essa autoridade está assentada, por um lado, no pré-juízo positivo (GADAMER, Hans-Georg. *Wahreit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 275. Versão espanhola: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997, página 337); por outro, essa autoridade primeiro possibilita isto: o horizonte da atualidade é compreendido em contínua formação, à medida que nós devemos testar constantemente todos os nossos pré-juízos. A esse teste pertence o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual viemos. O horizonte da atualidade, portanto, nem se forma sem o passado (mesmo autor e obra, S. 311; página 376).

[45] Seja aqui lembrado que o Código Civil alemão é de 18 de agosto de 1896 e a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949. A adaptação foi produzida, sobretudo, pelo artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental (os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito diretamente vigente), e pelo artigo 3º, alínea 3, da Lei Fundamental (homens e mulheres gozam dos mesmos direitos) (ver sobre isso RÜFNER, W. (nota 3), S. 218).

para um desenvolvimento comum.[46] E nisto está, exatamente, a grande contribuição: juízes podem ser entendidos como pequenos tribunais constitucionais materiais;[47] e,

c) no plano filosófico: tanto regras como princípios pressupõem, sem dúvida, titulares de direitos fundamentais; mas somente os princípios, porque possibilitam a ponderação, e, com isso, a argumentação do titular do direito fundamental, são capazes de proteger melhor praticamente a autonomia e a liberdade, que se situam no direito privado.[48] E isso, exatamente, expressa o valor, nesse plano, deste trabalho: ele pressupõe o homem livre no sentido kantiano.[49]

[46] A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, como já aludido no ínicio, nasceram, em comparação com a Alemanha, bem mais próximos, por um lado; por outro, a situação jurídico-constitucional mostra comunidades: artigo 5º, parágrafo 1, da Constituição Federal, e artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, respectivamente.

[47] Isso independe de se ter mais ou menos jurisdição constitucional no sentido formal (para a diferença entre jurisdição constitucional formal e material, ver HECK, L. A. (nota 23, página 23 e seguintes) e da existência de uma via processual, cujo objeto de demanda são os direitos fundamentais, que conduz diretamente ao tribunal supremo, constitucional ou revisor (sobre o recurso constitucional alemão ver HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de informação legislativa*, número 12, out./dez. 1994, página 115 e seguintes). No Brasil, onde se tem menos jurisdição constitucional formal do que na Alemanha, a lei número 9.868, de 10 de novembro de 1999, artigo 1º, e a lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, artigo 1º, contudo, tornam o supremo tribunal federal correspondente juridicamente, isto é, no sentido kelseniano (seja somente aqui lembrado: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Band VI (1930/31, S. 576 ff. Versão portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição? KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 237 e seguintes. Tradução: Alexandre Krug), à expressão "guarda da constituição" do artigo 102, *caput*, da constituição federal. Além disso, seja lembrado o artigo 2º, inciso II, que foi vetado, da lei número 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que tornava o supremo tribunal federal acessível "a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público".

[48] Seja lembrado: KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 7. Aufl., Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1994.

[49] Isso também deveria ter o seu reflexo na compreensão e realização correspondente do princípio do estado de direito, prescrito no artigo 1º da Constituição Federal.

Diante disso, talvez não foi por acaso: Este trabalho é a primeira defesa de tese de Doutorado do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS e foi defendida em 12 de fevereiro de 2004, poucas horas depois que Kant, em 12 de fevereiro de 1804, às 11 horas, em Königsberg, exatamente há duzentos anos, pela última vez, fechou os olhos.

Luís Afonso Heck

Prof. Dr. da UFRGS

Porto Alegre

Inverno de 2004

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |