



A técnica legislativa acompanha a evolução dos tempos

A constitucionalização do Direito Civil representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados. Para se ter uma idéia, na Europa o comunitarismo fez emergir as leis supranacionais e, especialmente, as diretivas comunitárias, as quais indicam a via que deve ser trilhada pelos membros da União Européia.

Momentaneamente, a experiência das diretivas não é aplicável ao Brasil, pois o país se encontra contextualizado em um modelo de mercado, chamado de Mercosul, intermediário entre uma real Zona de Livre Comércio e uma Comunidade, o que não enseja a edição de leis comuns, embora esteja se inclinando para a harmonização de alguns textos, e para a criação de um órgão legislativo e de um judiciário supranacionais.

Aduz Paulo Nalin que o Mercosul rumo “para a ampliação de suas tarefas supranacionais, o que sugere um ingresso antecipado no modelo da Comunidade Econômica. Fato evidente dessa nova realidade é a preocupação dos países-membros com a criação de um Tribunal Jurisdicional Supranacional. É que o Mercosul conta para a solução de seus litígios, e em última instância (artigo 21 do Protocolo de Brasília), com um Tribunal Arbitral, de reconhecida competência e soberania pelos Estados-Membros, conforme o artigo 8º daquele mesmo protocolo”¹.

Para Eid Badr, frente a esse cenário, “o poder estatal, em sua plenitude, se encontra em crise, não podendo tal fato ser ignorado. Contudo, o poder não deixa de existir, apenas muda a sua forma de organização, que teve com ponto basilar o conceito político jurídico da soberania. Os fenômenos políticos atuais deverão permitir uma nova síntese político-jurídica, que racionalizará e disciplinará, do ponto de vista jurídico, as novas formas de poder e os seus sujeitos”².

Fruto desse sistema, problemas surgem. Realmente é delicada a localização do sujeito de direito na nova configuração da normativa fundamental, levando em conta que, no modelo de outrora, ao menos na base constitucional encontrava o sujeito tutela garantida. Agora, as novas normas que disputam o lugar supremo da Constituição parecem ter antes em vista a geografia globalizada do terceiro milênio do que os habitantes que lá estão.

Exemplo clássico dessa pós-moderna era mundial é a União Européia, onde, não obstante os avanços econômicos alcançados, especialmente com a otimização da produção industrial e adequação das exportações, a situação do cidadão europeu ainda está pendente, pois só recentemente os governos nacionais começaram a interagir a fim de solucionar questões bastante sérias, como o livre trânsito profissional, com o reconhecimento de diplomas universitários entre os países membros, ou mesmo a aceitação sem reservas de trabalhadores estrangeiros, mas dá própria comunidade. Por hora, não é uma preocupação brasileira.



O primeiro passo para compreender essa moderna (ou pós-moderna) concepção estatal passa pela análise abrangente da própria norma jurídica. Nesse sentido, a técnica legislativa tem acompanhado a evolução dos novos tempos, e não é difícil notar a sua migração, do tipo exclusivamente hermético, refletida no binômio preceito — sanção, para as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, abrangentes e abertos.

Segundo Gustavo Tepedino “nota-se uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. O legislador fixa as diretrizes da política nacional do consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando-se da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas”³.

Portanto, nesse novo contexto, o modelo clássico, composto de preceito e sanção, notabilizada pelo sistema jurídico denominado fechado, não se coaduna com a imprescindível flexibilidade das normas às tendências sociais, pois a própria Constituição, pelo menos a brasileira, serve de inspiração para o sistema infraconstitucional, uma vez que está repleta de dispositivos concretizáveis com base na experiência hermenêutica.

Preconiza Judith Martins-Costa que “o Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extra-jurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”⁴.

A segunda característica dessa nova era legislativa reside na diminuição do contexto técnico da linguagem empregada nos textos legais. O legislador quer com isto promover um melhor atendimento às especificidades dos setores destinatários da regra. Assim, “irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas e sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea”⁵.

O comprometimento com a linguagem comum, a qual se distancia do rigor técnico e peculiar do Código Civil, apesar do protesto dos juristas, implica maior eficiência das regras constitucionais e infraconstitucionais, sobretudo quando realiza o comando constitucional de construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com a funcionalização da linguagem técnico-jurídica⁶.



Em terceiro plano, ainda no que concerne à reestruturação da regra, o legislador, ao invés de sempre atuar mediante um preceito sancionatório repressor (negativo), passa a agir através de leis de incentivo, que premiam a conduta do destinatário da norma. Sobretudo no que diz respeito à regra constitucional, já que vocacionada à programação das atividades do Estado e ao encaminhamento de um comportamento social desejado, acaba sendo vinculada a uma “função promocional do direito”⁷.

Por essa forma, o Estado moderno, para a consecução do bem comum, age em duas frentes legislativas: ora desestimulando condutas, através de sanções específicas, que é o método clássico, ora encorajando a prática de determinados atos, premiando aqueles que procedem conforme a vontade estatal. Em quarto lugar, existe a tendência de se atrelar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos negócios à realização de valores superiores do ordenamento, a exemplo da dignidade da pessoa humana, até mesmo em respeito à teoria da hierarquia das normas, uma vez que este mandamento constitucional encontra-se no vértice da estrutura legislativa.

Já dizia Kelsen que “dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior”⁸. Por isso, a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, e assim reflete significativamente na solidez conceitual dos institutos.

Realmente, o intérprete da pós-modernidade deve admitir que o Código Civil não é mais a “constituição do homem comum”⁹, não é a única cartilha legal que regula a conduta humana, considerando que, cada vez mais, o ordenamento constitucional paulatinamente vem incorporando matérias ordinariamente afetas ao direito privado. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, já mencionado e previsto no art. 3º, inciso III, da Constituição do Brasil, indica o deslocamento do eixo eminentemente patrimonialista da relação contratual para um ambiente de essência extrapatrimonial.

Mais uma vez, Gustavo Tepedino preconiza que “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes”¹⁰.

Dessarte, “não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres patrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais”¹¹.



Assim, para Rosendal, “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo o tecido normativo”¹².

Assim, a análise do resguardo às garantias e direitos fundamentais deve ser prévia ao exame do caráter patrimonialista do contrato. O intérprete deve, antes de qualquer coisa, indagar se o pacto celebrado resguarda tais valores existenciais, para, em seguida, decidir sobre sua eficácia patrimonial. Essa parece ser a ordem lógica de um mundo em constante reconstrução axiológica. Destarte, a concepção dos institutos de Direito Civil, em especial, no que concerne ao nosso estudo, de responsabilidade pré e pós-contratual, deve estar sempre associada aos valores constitucionais existenciais.

Os princípios constitucionais não podem ser tidos apenas por princípios políticos, o que daria uma idéia errada de que a Constituição seria somente uma meta de realização de ações. O civilista moderno deve compreender que os fundamentos constitucionais não são dirigidos exclusivamente ao legislador ordinário, sendo aplicáveis diretamente a todos os conflitos intersubjetivos.

Por derradeiro, Gustavo Tepedino bem alerta para a necessidade urgente da atividade jurídico-interpretativa vencer uma série de preconceitos, e aproveita para destacar que “não se pode imaginar, no âmbito do Direito Civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão ‘carta política’, porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-a de seu papel unificador do direito privado. O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses — patológicas e extremas — de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição”¹³.

Destarte, o intérprete contratual prescinde de intermediários para contactar as normativas constitucionais, deve ir direto ao encontro da fonte da Constituição.

Notas de rodapé

1. NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, nº 135, jul./set. 1997. p. 41.

2. BADR, Eid. Autonomia privada à luz do Direito Comunitário – a formação do Direito Civil Comunitário. In: In: LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3. p. 117.

3. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas



- de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 8-9. Ver também: ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35 e s.
4. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais do Projeto do Código Civil brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 139, jul./set. 1998. p. 6.
5. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 285.
6. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 9. Ver também: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 223 e s.
7. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 9.
8. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 246-247.
9. REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. 6. reimp. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 358.
10. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7.
11. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 10. Ver também: SARMENTO, Daniel. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 115 e s.
12. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 61.
13. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 18.

Date Created

31/01/2008