

¹⁹ Cf. Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts (Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG)*, 2. neubearbeitete Auflage, Bielefeld, Giesekig Verlag, 1974, § 25, III, págs. 232-234. Aliás, em atenção a esses conceitos, completamente pacíficos na doutrina e jurisprudência da então Alemanha Federal, incorporou esta ao seu direito positivo, quando da reforma processual de 1977, sob o § 278, III, da Ordenança Processual Civil (ZPO), o dispositivo a seguir reproduzido em tradução livre: "O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória."

²⁰ Veja-se, ainda aqui, Grasso, *La Collaborazione nel Processo Civile*, cit., pág. 605.

²¹ Vittorio Denti, *Questioni Rilevabili d'Ufficio e Contraddittorio*, em *Rivista di Diritto Processuale*, 23(1968):217-231, esp. pág. 224. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., pág. 1088, encampa o entendimento, com menção expressa a todos os atos com os quais se alarga o *thema decidendum*, sejam exceções de mérito ou processuais, questões de fato ou de direito, exercidas pela parte ou relevadas de ofício pelo juiz.

²² Ver a excelente tradução de José Rogério Cruz e Tucci, no apêndice de *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 1993, págs. 231-261.

²³ Como bem sublinha Sergio La China, *Diritto Processuale Civile: La Novella del 1990 (Appunti per gli studenti)*, Milano, Giuffrè, 1991, pág. 31, ao comentar a regra mencionada, "(...) il giudice può, anzi deve, indicare le questioni rivelabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione: questioni, aggiungiamo noi, che possono essere così processuali come sostanziali - ad es., una questione di giurisdizione, una questione di nullità del contratto. Vogliamo qui richiamare l'attenzione sull'importanza di questa indicazione ad opera del giudice delle questioni che egli ritiene di poter rilevare anche d'ufficio, perché è un modo di evitare sorprese alle parti, mettendole subito a conoscenza dei dubbi che agitano la mente del giudice e consentendo così a lui come ad esse di approfondire la questione prospettata, prima che si arrivi ad un vero e proprio e formale rilievo d'ufficio."

²⁴ Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio, Aide, 1992, pág. 123, nota 176, com farta menção à doutrina e ao entendimento pacífico da jurisprudência francesas, valendo ressaltar aqui a decisão no sentido de que "o tribunal não pode levantar de ofício un *moyen* não invocado pelas partes e sobre o qual uma delas não haja sido chamada a se manifestar."

²⁵ Deve-se reconhecer, porém, a resistência oferecida, tanto por juizes quanto por advogados, à adoção prática das providências recomendadas em tais regras de lei.

²⁶ Cf. a certa observação de N. Trocker, ob. cit., pág. 669.

Instrumental alternativo

Pequena contribuição

Rui Portanova

Juiz de Direito da Comarca de Porto Alegre,
Professor da UFRGS e FEMARGS.

SUMÁRIO

Introdução; Primeira parte: aspectos gerais do direito; 1. Dimensões do Direito; 2. Função Social do Direito; 3. Incidência; 4. Lacunas do Direito; 5. Abuso de Direito; 6. Princípios gerais do Direito; Segunda parte: aspectos do direito em espécie; 1. Obrigações; 2. Onerosidade Excessiva; 3. Incidência; 4. Função social da propriedade; 5. Direito comercial; 6. Escopos e efetividade do processo; Conclusão.

Resumo

Na atualidade a atividade jurídica brasileira apresenta-se dúplici. Numa mesma realidade convivem duas formas de encarar as soluções jurídicas. De um lado uma visão tradicional do direito, influenciada ainda pelo positivismo legalista. De outro lado, uma forma crítica, no Brasil chamada alternativa. O presente trabalho traz alguns dos instrumentos jurídicos utilizados por uma visão alternativa do direito, os quais flexibilizam a aplicação do direito com vistas a uma atuação centrada na justiça social.

Introdução

O chamado movimento do direito alternativo, no Brasil, não é, ainda, uma teoria que pode ser praticada, mas uma prática que deve ser teorizada. Os fundamentos e os aspectos gerais desta forma de atuação do direito são melhor compreendidos no confronto com a visão majoritária sustentada e praticada no Brasil aqui chamada tradicional. Seguem, por oportuno, as distinções entre uma visão tradicional e alternativa do direito. No meu livro "Motivações Ideológicas da Sentença" tais considerações são mais largamente apresentadas.

Tradicionalmente o direito vê o mundo e a sociedade vivendo em igualdade, harmonia, paz, ordem, justiça e segurança. O legislador, atento a estas características, prevê na lei: fatos que quebram a harmonia social e sanções a serem impostas pelo Poder Judiciário ao responsável pelo conflito. O juiz, assim, está vinculado à lei que é a expressão da justiça. A função do juiz é a de "compor conflitos com justiça, isto é, conforme a vontade da lei" (Santos, M, 1984 p.333). Já uma visão crítica ou alternativa do direito vê a sociedade em permanente conflito e vivendo em desigualdade, tanto que dividida em classe. Há uma crise do direito proveniente do fato de que nossa realidade não é aquela que embasou grandes teorias do passado. Logo, os tradicionais pressupostos metodológicos (principalmente a lei como unidade formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses) sofrem um processo de revisão (Faria, 1988, p.14). Há uma crescente demanda de direitos não legislados (o de morar, por exemplo) nascidos das mobilizações e organizações comunitárias e populares. Um Judiciário tradicional não tem instrumentos materiais e formais para atender tais reivindicações.

Na visão tradicional, a lei consagra os avanços e as necessidades sociais, organizando as aspirações do povo. Por isto, ao juiz

cumpra interpretar e aplicar a lei, mas sem criar o direito "ao ponto de substituir-se ao Poder Legislativo, que este sim deve provar sobre a justiça social" (RJTJRS v.125 p.350). O Poder Judiciário é a "longa manus" do Poder Legislativo, assim, o juiz aplica qualquer lei, mesmo a lei injusta. Não aplicar a lei é instaurar o império da desordem, retirando a segurança do povo e impondo a pior das ditaduras: a ditadura do judiciário. A visão alternativa relativiza as boas intenções do legislador. O ordenamento legal "é impregnado de ideologia e de privilégios gozados somente pelos próprios que integram a classe que domina" (Roennick, 1988, p.159). Por isto, o justo no caso concreto, e não só a lei, será o referencial do julgador: "antes de me cingir bitoladamente, ao texto da lei procuro saber se ele é justo e se resolve o caso concreto" (Ap.Cível 20.191 do Tribunal de Justiça do RGS). É de considerar-se, ainda, a substancial inconstitucionalidade da lei injusta (Freitas, 1989). Reconhece-se o poder criador de direito do juiz. É preciso afirmar esta realidade para dominá-la (Brutau, 1977 p.8). Não há temer um eventual e remotíssimo governo autoritário dos juizes. Inexiste precedente histórico referindo qualquer forma de ditadura do judiciário. Ademais o ditador age às escondidas, sem fiscalização em busca de vantagens econômicas e perpetuação no poder. Ora o Judiciário obra às claras, por provocação, é fiscalizado, seus atos são públicos, fundamentados e sujeitos ao duplo grau de jurisdição. (Carvalho, 1987, p. 141). Enfim, uma visão alternativa do direito afirma o Judiciário como verdadeiro Poder, eis que "não pode ficar apenas na posição subalterna de obediência a comandos emitidos pelos demais Poderes" (Julgados TARS v.57, p.163).

Ao juiz, numa visão tradicional do direito, não é dado adentrar em investigações sociais, culturais, filosóficas, políticas, econômicas ou ideológicas." O limite da liberdade interpretativa do juiz é a fronteira do Direito. Só argumentos do mundo jurídico podem ser invocados ... pena do juiz agir com arbítrio, como não-juiz" (Julgados TARS v.64 p.15). Assim compartimentaliza-

do, o raciocínio do juiz será lógico formal: premissa maior, a lei; premissa menor, o fato e conclusão, a decisão. A visão alternativa, contudo, vê o direito de forma pluri e interdisciplinar. Compartimentalizar o direito é isolar o fato de uma ética social, econômica e política e, por conseqüência, isolar também o Poder Judiciário do sistema político global. (Ruivo, 1989, p.72). Como ensina Calmon de Passos, política, economia e direito são indissociáveis, interagindo entre si, determinando uma realidade única. (1988, p.87). Neste passo, o raciocínio judicial verdadeiramente não é lógico formal. Luiz Fernando Coelho vê surgir um novo "logos", mais adequado à compreensão da realidade sob as seguintes denominações: lógica do razoável, lógica material, teoria da argumentação, pensamento tópico retórico, lógica jurídica concreta. (1979, p.3).

A visão tradicional do direito propugna pela neutralidade. O Ministro Rezek entende que a neutralidade é importantíssima para que se possa garantir à toda sociedade a independência do juiz (1990, p.9)." O ordenamento é ...suposto da justiça. E nele, imparcialmente, não comprometidamente trabalhará o juiz" (Müller, 1989 p. 121). Uma visão crítica ou alternativa do direito desacolhe o mito da neutralidade. A pretendida neutralidade ou pureza do direito radicam numa ideologia bem clara: a da aceitação e da conservação (Cappelletti, 1974, p.386). Como diz Walter Haller, o juiz consciente dos elementos subjetivos do processo de decidir e que não se rende à ilusão de perfeita neutralidade, é mais capaz de controlar seus gostos e desgostos e mais apto para o uso responsável da liberdade de interpretar. (citado por Rodrigues, 1977, p.9).

No meu sentir, contudo, o dado nuclear da visão alternativa é a busca de soluções comprometidas com a emancipação e a dignidade do ser humano e com a justiça social. É justamente por isto que "sob a capa do Direito Alternativo, trava-se luta entre os satisfeitos com o *status quo* e aqueles que pretendem colocar seu saber/atuação na perspectiva de novo modelo de sociedade" (Carvalho, 1992 p.7) a prática de uma visão

alternativa costuma utilizar instrumental doutrinário, legal e jurisprudencial que possibilitam uma atuação menos formalista e dogmática do direito.

No presente trabalho, tais instrumentos são apresentados em face dos aspectos gerais do direito tais como, suas dimensões, a efetiva aplicação da Constituição, questões pertinentes à incidência, às lacunas e ao abuso de direito e os princípios gerais do direito; tudo visto desde um ponto de vista da função social do direito (primeira parte). Ao depois, são trazidos alguns instrumentos mais específicos do ramo cível (interpretação dos negócios jurídicos, da propriedade privada e sua função social), e comercial (desvendamento da personalidade jurídica das sociedades comerciais). Por fim também o direito processual é referido, mas somente no que concerne a seus escopos e sua efetividade (segunda parte).

Claro, com tal amplitude, os limites de um artigo de revista impedem maior aprofundamento. Por isto, o interesse aqui restringe-se no trazer para análise algum instrumental possível de utilização. Ao depois, o trabalho, em muitas oportunidades, observará o fenômeno jurídico desde uma perspectiva sentencial por duas razões. O enfoque prático-processual é um limite que a capacidade intelectual impõe ao autor. Ao depois, o local da fala influi na direção do argumento. Menos mal que a sentença seja o desaguadouro das postulações jurídicas em geral, assim o leitor saberá generalizar em favor de seus interesses

Primeira parte: aspectos gerais do direito

1 - Dimensões do direito

Uma visão alternativa não é unidimensional ou unilateral do direito. Há um esforço de superação de uma visão tradicional que vê na lei a única dimensão do direito. Na lei não se contém todo o direito. Nem só no fato.

O fato social, a regra jurídica e a valorização ética da conduta são alguns dos fatores ou da realidade jurídica que se implicam e

se supõe mutuamente com vistas à solução dos litígios. O direito não é unidimensional. Fato, valor e norma são exemplos de elementos do fenômeno jurídico que devem ser trazidos *sempre* para dentro de cada caso concretizado em juízo.

Ressalto a palavra sempre porque como refere Miguel Reale, a teoria tridimensional, não se esgota quando da feitura da lei. A plenitude de sentido da tese, representa "a tomada de consciência de todas as implicações que aquela verificação estabelece para qualquer gênero de pesquisa sobre o direito e suas conseqüentes correlações nos distintos planos da Jurisprudência, da Sociologia Jurídica ou da Filosofia do Direito". (1986, p.54)

Tratando-se de dimensões do direito como um todo, (ou seja, número mínimo de variáveis ou coordenadas necessárias a determinação da ciência) é possível reclamar aplicação processual imediata das diversas dimensões jurídicas na concretude de cada caso submetido a julgamento. Assim, as petições iniciais, por exemplo, devem sempre reportarem-se não só aos fundamentos de fatos e da lei como parece referir o inciso III do art. 282 do CPC, mas a fatos, normas e valores. Por igual, uma sentença, para ser rigorosamente jurídica não pode se limitar a analisar os fatos e a lei, mas, além destes dados, indispensavelmente deve perquirir sobre questões axiológicas.

Perquirir quanto às dimensões diz com temática da teoria geral do direito. Logo, apesar de o código processual, por exemplo, não contemplar expressamente a dimensão valorativa, é possível concluir-se, que as referências legais a fundamentos jurídicos ou de direito trazem embutidas as três dimensões do fenômeno jurídico posto em questão.

Procedendo-se a uma investigação pelo menos tridimensional em cada processo, viabilizar-se-á a investigação do ser humano integral posto em julgamento. Ouçamos Reale:

"a colocação de fato, valor e norma, menos como elementos do que como momen-

tos de um processo, vinha confirmar, que sendo o Direito uma dimensão da vida humana, ... expressava a dialeticidade do homem, compreendido como único ente que originalmente é e deve ser, ou, por outras palavras, como "ente, cujo ser é seu *dever ser*". op. cit., p. 98).

Mesmo que se limite a investigação jurídica (material ou instrumental) às três dimensões propostas por Reale, o prático do direito deve ter presente a necessidade de aplicação de *todas* as normas pertinentes, a axiologia de *todos* os valores em jogo e a apreciação de *todos* os fatos que compõem o conflito.

O conceito de *norma* não é um dado tranqüilo ("imensidão caótica de orientações e pontos de vista diferentes que ... não será fácil dominar". Diniz, 1991, p.19). Por isto, norma por sua generalidade e mesmo ambigüidade "favorece um uso alternativo, a função de interpretação/aplicação da lei não se reduzindo a uma atividade puramente mecânica, de natureza simplesmente lógico-formal" (Carrion. 1992, p.70).

Aó depois, aplicar a norma significa aplicar todas as normas, principalmente a Constituição Federal. Parece inegável, o jurista brasileiro ainda resiste em aplicar a Constituição de 1988. Por certo os avanços sociais da Carta Magna cegam a mentalidade jurídica tradicional e predominante fundada numa idéia individualista do direito. A carga ideológica que carrega o jurista tradicional, talvez inconscientemente, não lhe permite promover os avanços sociais na aplicação da lei. Os avanços e os mecanismos jurisdicionais encontrados em nosso sistema constitucional, nos insere, na visão de Mauro Cappelletti, na vanguarda de uma tendência evolutiva que tem mudado profundamente a forma de governo dos países liberal-democráticos modernos. É o chamado Constitucionalismo Moderno ou justiça constitucional. O papel do juiz - e aquele obviamente também da Advocacia - tem tomado proporções gigantescas neste sistema. O uso da Constituição pela via jurisdicional tem sido o modo mais seguro de defesa contra o perigo do aumento do poder pú-

blico. Por isto, diz o mestre italiano em palestra no Brasil: "A leitura e o estudo de vossa Constituição tem sido para mim fascinante", mas alerta: "não devemos mais esquecer é que as leis, e mesmo as constituições, tem pouco valor sem aquilo que os romanos já chamavam "constans voluntas" - os esforços, os sacrifícios, a coragem daqueles que devem aplicá-la." (1990, p.112)

A Constituição Federal oferece instrumental valioso para o jurista que pretenda colocar sua atuação no rumo de uma atividade comprometida com a justiça social. Não é por nada que o artigo terceiro da Carta Magna coloca como objetivo da República, em seu inciso terceiro "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Assim, a lei maior dá efetividade ao que se pode chamar de verdadeira função social do direito.

Por isto, o *valor social* no direito predomina sobre os interesses individuais e particulares ("a própria evolução desta ciência realiza-se no sentido de fazer prevalecer o interesse coletivo". Maximiliano, 1979 p. 15).

Quanto aos *fatos* devemos ter presente que passamos por uma crise de percepção. A tradição nos inculuiu uma forma estreita, ocidental, cartesiana e mecanicistas de ver a realidade. Os novos conceitos em física, contudo, provocaram profunda mudança em nossa visão de mundo. Os fatos devem ser vistos globalmente, interligados, no qual os fenômenos biológicos, psicológicos, sociais e ambientais são todos interdependentes. (Capra, 1982, p. 13)

Lastimavelmente, muitas vezes, uma legislação particular leva o aplicador do direito a enganos. O equívoco mais freqüente é dar prevalência da lei sobre as demais fontes do direito e sobre as demais dimensões jurídicas. O jurista atento deve dar-se conta que a mesma legislação, contém normas de aplicação geral, ou seja, de incidência em todos os casos. Tais dispositivos - verdadeiras normas exegéticas de sobre-direito - viabilizam: a aplicação de um direito mais completo do que aquele adstrito à lei, melhor valorado socialmente e mais atento à dinamicidade dos fatos sociais. Neste passo,

o ordenamento jurídico deve ser aplicado de forma integral sem esquecer a Constituição e o artigo quinto da Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo. Ademais, a lei deve ser confrontada com as questões pertinentes à incidência, lacunas e abuso de direito, sempre numa perspectiva social da função do direito.

2. Função social do direito

Quando se fala em função social do direito logo vem à mente o direito de propriedade. Contudo, não é só a propriedade que deve se submeter à função social. Não tem mais cabida no concerto da sociedade em geral e do direito em particular uma visão individualista do direito. Como diz Haroldo Valladão, "a justiça social é o grandioso e contínuo ideal de um Direito perfeito, de uma Justiça autêntica e dinâmica" (1982, p.269). Quanto à propriedade falarei mais adiante, aqui vai abordagem ampla sobre função social de todo o direito. Com tal abrangência resta possível falar-se também de função social da posse, do contrato e da sociedade comercial, por exemplo.

Uma aplicação generalizada dos fins sociais resta possível através da incidência do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Vale lembrar, é norma que incide sobre normas, ou seja, disciplina as próprias normas jurídicas. Como diz Maria Helena Diniz, esta lei "ultrapassa o âmbito do direito civil, vinculando o direito privado como um todo e alcançando o direito público ... contém, portanto, normas de sobre-direito ou de apoio que disciplinam a atuação da ordem jurídica" (1991, p.45).

Certo, como referiu Valladão a fórmula do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil é ainda precária. Melhor que o Código Civil tivesse uma Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas e que em tal diploma se dissesse que "a aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade". Mesmo assim, ao dizer que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem

comum" o dispositivo em questão é instrumental suficiente para realização da justiça no caso concreto. A formulação legislativa ampara juridicamente quem busque a "democratização, humanização e socialização do Direito a fim de que este atenda ao interesse de todos, e não ao de alguns ou de pequenos grupos, ampliando-se, cada vez mais, para proteger os fracos, os humildes, os que ainda estão na periferia de nossa ordem jurídica" (1982, p.268). Não há razão para resistências e temores face à abstração do critério de finalidade social. Como diz Cláudio Antonio Soares Levada, não há novidade para o juiz trabalhar com o tipo aberto da norma e assim buscar a finalidade social em cada caso concreto, pois, "também é o juiz quem define, caso a caso, o que seja negligência, imprudência e imperícia..."(1991, p.49)

Enfim, o direito não pode estar só a serviço dos privilégios de uma minoria eventualmente no Poder. O interesse coletivo vem antes do interesse individual e vai influenciar todos os institutos do direito, tais como a incidência da lei, as lacunas e o abuso de direito.

3. Incidência

Os temas de teoria geral do direito evoluíram muito. Mais do que isto, modernizaram-se. Ou seja, acompanharam a passagem do direito visto individualmente até o século XIX para o direito visto socialmente deste século. Neste passo, as considerações sobre incidência da norma tornaram-se mais criativas, as lacunas do direito mais dinâmicas e o abuso do direito mais abrangentes.

No que pertine à incidência, a atividade jurisdicional deixou de ser uma aplicação cromática da lei ao fato posto em juízo ou vice versa. Interpretar o direito e julgar não é um ato de reflexo, mas de reflexão. Como ensina Serpa Lopes, citado por Maria Helena Diniz, para determinar o direito que deve prevalecer no caso concreto, o juiz deve verificar se o direito existe, qual o sentido exato da norma aplicável e se esta

norma aplica-se ao fato *sub judice* (1991, p.47).

Como foi decidido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do RGS: vigência não é a mesma coisa que incidência da norma. Vigência é qualidade da lei que está em vigor, significa sua eficácia e possibilidade de sua atuação prática. Negar vigência, pois, é reputar como não em vigor norma jurídica que o esteja. Não se confunde isso com a declaração judicial de in incidência de determinada norma ao caso concreto. O Juiz pode afirmar, atento à circunstância do caso, que determinada norma jurídica a ele não se aplica, e voltar a aplicá-la em outro, porque as circunstâncias de fato da nova hipótese fática já não são exatamente as mesmas. Assim, "é da essência da função jurisdicional o poder declarar ou não a incidência de determinada norma jurídica ao caso concreto. No exercício desta função o juiz pode (a) dar interpretação ampliativa, ou (b) dar interpretação restritiva, ou (c) declarar a in incidência da norma ao caso concreto" (Apelação Cível nº 192192805 Rel. Márcio de Oliveira Puggina)

4. Lacunas

Parece possível dizer-se com Maria Helena Diniz que o sistema jurídico brasileiro não é completo, mas completável (1981, p.259). Ou seja, nosso direito é lacunoso no sentido de que se reconhece que a lei é incapaz de prever todos os casos de possível ocorrência fática. Contudo, dentro do próprio sistema existe mecanismo legal que permite, diante da ocorrência da lacuna, colmatá-la utilizando-se para tanto de analogia, costumes e princípios gerais de direito (Artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil e Artigo 126 do Código de Processo Civil).

Assim, existem brechas por onde penetram dúvidas e brotam respostas não previstas pela suposta vontade do legislador. Evita-se, com isto, uma "postura estática e acrítica, que tem uma função continuística e alienadora" (Castro, 1986, p.73 e 75). A sociedade é tão dinâmica e a lei é tão está-

tica que, não se imagina possa a lei regular todas as relações e conflitos sociais que venham a acontecer após a sua promulgação.

Como diz Roberto Lyra Filho, o direito não é uma "coisa" fixa, parada, indefinida e eterna, mas um processo de libertação permanente. (1986, p.115). Logo, a complexidade não existe. Admitir-se o império do estático sobre o dinâmico é mais do que conservadorismo, é retrocesso. Resta, então, possível falar-se em lacuna social do direito. É a lacuna que nasce da evolução social que a lei não pode apanhar. A lei parte do pressuposto que todos são iguais perante a lei e normatiza para todos em geral. Mas o caso concreto lida com indivíduos diferentes. A colmatção da lacuna social do direito reconhece o vazio existente entre a lei e a realidade social trazida para dentro dos autos. Para tanto, ensina Régis Fernandes de Oliveira, "o julgador valer-se-á, inclusive, de sua ideologia. Discutirá valores (as denominadas finalidades do sistema), buscando uma solução... pautada pelas condições antes históricas, econômicas, morais, etc., da época em que se vive" (1978, p.13)

5. Abuso de direito

Tanto quanto o estudo das lacunas, também o do abuso de direito ganhou sua feição social.

Como diz Diogo de Figueiredo, deve-se a Campion a unificação dos critérios e do conceito de abuso de direito. Intensão de prejudicar, ausência de interesse legítimo e desvio da finalidade do direito exercido confundem-se em um único critério que é a ruptura do equilíbrio dos interesses em presença.

No caso de uso abusivo do direito tem-se em presença dois interesses: o do sujeito do direito e da vítima do exercício do direito. É socialmente impossível que sejam ambos mantidos intactos. Começa a necessidade de equilibrá-los. Mas, se, em dado momento, a lesão do interesse do prejudicado aparece como mais grave do ponto de vista social que a lesão do interesse do sujeito há ruptura do equilíbrio. Essa ruptura determina

a intervenção da Justiça em favor do interesse ameaçado. Por outros termos: tendo de escolher, a sociedade considera mais útil evitar o dano que vai sofrer o ente jurídico ou exigir a sua reparação do que manter intacto o interesse que ela devia proteger (Sem data, p.257).

Em suma, o conceito de abuso de direito vem na senda da própria evolução do conceito de direito que, como ensina Clóvis Beviláqua, "tem operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação de seus intuitos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos" (1944, p.455). Vale salientar, ainda, a possibilidade de atitude preventiva do juiz ao abuso do direito (Morais, 1985, p.28)

Diversos dispositivos de lei consagram a vedação ao abuso de direito. São exemplos: artigos 100, 526, 587, 584, 585, 1530 e 1531 do Código Civil; 16 a 18 do Código de Processo Civil e 20 da Lei de Falências. Contudo de forma geral, ou melhor, com vistas a uma aplicação generalizada cumpre referir que em nosso sistema a vedação do abuso de direito decorre de interpretação *contrario sensu* do artigo 160 do Código Civil. Ao enumerar as hipóteses de pré-exclusão de contrariedade a direito, entre elas o dispositivo menciona "o exercício regular de um direito reconhecido". Cláudio Antônio Soares Levada (1991 p.46) refere ainda como norma evitativa do abuso de direito o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Enfim, deve ser coibido o exercício individualista e egoísta do direito.

Assim, um entendimento mais alargado sobre incidência da lei, uma corajosa colmatção das lacunas e uma aplicação eficaz do abuso de direito são instrumentos para quem pretenda atuar o direito no rumo de sua função social. Outros instrumentos serão vistos a seguir.

Não pode haver engano, nem a lei nem o direito são suficientemente claros e certos a ponto de oferecer segurança de uma previsibilidade absoluta. O sistema jurídico tem enormes espaços para criação, os quais serão preenchidos por diversos mecanismos

retóricos, entre eles os princípios gerais do direito.

6. Princípios gerais

Os princípios gerais do direito, aparadas as suas arestas de conteúdo ideológico individualista, podem ser diretrizes para quem pretenda um direito não dogmatizado e radicalmente comprometido com valores sociais.

Vale revelar alguns exemplos de como o modo de produção capitalista tem se servido de alguns princípios. Fábio Ulhoa Coelho refere que o capitalismo possui um direito marcado pelos princípios da legalidade, da igualdade e da legitimidade. "O princípio da legalidade cumpre ... a função de possibilitar o cálculo racional para as decisões econômicas, no capitalismo (Weber). Graças à possibilidade de antecipar, dentro de certos limites, as conseqüências dos comportamentos humanos, o capitalista pode organizar a sua empresa e direcionar os seus negócios." (1992, p.78). Ao depois, lembra Coelho, a afirmação ideológica de que todos os homens são iguais perante o direito surgiu historicamente, com o modo de produção capitalista e nunca significou a eliminação das diferenças materiais, ou seja, a diferenciação das pessoas em relação ao acesso aos bens de subsistência socialmente produzidos. Pelo contrário, "a igualdade jurídica garante ideologicamente a reprodução de desigualdades materiais" (op. cit., p.96).

Calamandrei, citado por Cappelletti, já clamava pela injustiça de se ter num processo partes em desigualdades:

"para que exista un proceso justo, no basta que ante un juez imparcial haya dos partes ...hace falta...que estas dos partes se encuentren entre si en condición de paridad no meramente jurídica (que puede querer decir meramente teórica), sino que exista entre ellas una efectiva paridad *prática*, lo que quiere decir paridad técnica y también económica" (1974, p.116).

Reconhecidos os meandros de uma aplicação ideológica dos princípios, resta possí-

vel o manejo deles numa ótica social e justa que, no caso concreto, utilize as fissuras do sistema jurídico tradicionalmente individualista. Nesta perspectiva, reconhece Alcides Mendonça Lima, "na evolução (ou involução?) de um ordenamento capitalista, o surto renovador vai abrindo certas idéias consideradas sagradas ante a antiga concepção, como a liberdade contratual; o direito de propriedade; o direito hereditário; a organização da família; a não intervenção estatal, etc." (Sem data, p.9)

Como visto, cada vez mais se tem feito perquirições ideológicas dos diversos institutos que compõem a teoria geral do direito. A crítica serve para desmascarar o falacioso conteúdo neutral do direito. Tais institutos, porém, enquanto formulação jurídica, permanecem plenamente aplicáveis, moldando-se ao compromisso ideológico do ator jurídico. A influência de uma certa visão de mundo interessa não só o direito visto desde a teoria geral, mas também aos diversos ramos jurídicos. Assim como no direito em teoria, também o direito material e processual formulam e reformulam considerações com vistas a efetiva aplicação de um direito voltado para a interdisciplinariedade e o justo. É o que se verá a seguir.

Segunda parte: aspectos do direito em espécie

1. Obrigações

Claro, indispensavelmente, o direito civil e o direito comercial devem ser interpretados e aplicado à luz das orientações advindas da teoria geral do direito. O que foi dito na primeira parte, vale aqui. Releva salientar, contudo, a crítica específica que se tem feito aos diversos institutos destes ramos da ciência jurídica e os mecanismos menos formais que se tem posto à disposição do jurista. Aos que buscam a aplicação de um direito fundado, não no individualismo, mas no cidadão em sua dignidade social, tais crítica e formulação poderão ser úteis.

No direito civil, a teoria sobre os negócios jurídicos, as obrigações, os contratos e

a responsabilidade civil têm procurado afastar-se a passos largos do individualismo que as caracterizou no século passado. Marcos Bernades de Mello reconhece, por exemplo, que o conceito de negócio jurídico foi construído sob a inspiração ideológica do estado liberal. Logo, concebeu-se o negócio jurídico como instrumento da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se queria praticamente sem limites." Em conseqüência desse voluntarismo (que revela intenso individualismo) - tão exagerado que se transformou em dogma - a doutrina passou a ver no negócio jurídico um ato de autonomia da vontade - também dita autonomia privada" (1991, p. 131).

Para livrar-se desta carga egocentrista, a teoria das obrigações, que tais negócios jurídicos enseja tem se pautado por uma visão totalizante e dinâmica. Como ensina Mário Julio de Almeida Costa, corresponde à orientação tradicional a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Tem a doutrina moderna evidenciado a estreiteza de uma tal linha e a necessidade de superá-la. A superação se dá principalmente destacando, ao lado dos deveres de prestação, os deveres laterais, direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc. Refere ainda o mestre português, não ter mais sentido a concepção tradicional que aceita, sem reservas, o dogma do absolutismo dos direitos e o princípio da irresponsabilidade no seu exercício.

"Hoje em dia ... entende-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo que se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (*direito-função*). (1979, p.56/57).

No mesmo sentido é Caio Mário da Silva Pereira. Nas águas de Georges Ripert, diz que "o direito das obrigações nunca deve ser tratado como algo destinado a disciplinar somente o fenômeno econômico, mas há de submeter-se essencialmente à regra moral;

que o direito não é somente técnica, mas há de ser instrumento de fraternidade humana" (1972, p.326).

O destaque no Brasil desta visão dinâmica da obrigação é o professor gaúcho - prematuramente falecido - Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Em sua obra, Obrigação Como Processo, o vínculo obrigacional é considerado, não só em seu aspecto externo, mas é valorizado, por igual o aspecto interno e de cooperação na relação credor e devedor. Neste passo, há uma visão de totalidade e complexidade da relação, com ligações dos diversos fatores que compõem tal vínculo. Ao depois, o vínculo obrigacional deve ser considerado a partir do núcleo da sua relação que define o tipo contratual (dever principal), mas, por igual, merecem atenção deveres pertinentes à conservação da coisa vendida, à indenização resultante da impossibilidade culposa da prestação e deveres de informação (deveres secundários, anexos ou laterais).

A obrigação, enquanto vínculo dinâmico para Couto e Silva parte do reconhecimento da crise da teoria das fontes. Além das fontes tradicionais é reconhecido haver "outros elementos de fixação no mundo social, além do direito." (1976, p. 92). Em suma, são fatores extra-legais que passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem" (op. cit., p.74). Releva salientar nesta parte os chamados "atos existenciais": a margem dos tipos legais há tipos sociais. Estes surgiram por obra e influência de práticas reiteradas, tipos esses ainda não recebidos e normados convenientemente. Os atos de tipo existencial se referem às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água, etc. Ao depois, ao mesmo tempo que há restrições ao princípio da autonomia da vontade para o regramento das cláusulas contratuais, há a valorização máxima do princípio da boa fé.

" A aplicação do princípio da boa fé tem ... função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no "hortus conclusus" do sistema do positivismo jurídico, "janelas para o ético" (op. cit., p. 42).

2. Onerosidade excessiva

Como se constata, a valoração ética, o conteúdo social e uma perspectiva interdisciplinar do direito vão minando uma concepção jurídica que, invocando falsa segurança e a certeza jurídica, está em verdade, preocupada com a imutabilidade do *status quo* social, ou seja, com uma concepção individualista de mundo e conseqüente manutenção dos privilégios de classe. Não há segurança possível que resista a total imprevisibilidade da vida social em sua dinamicidade. Por isto, o direito das obrigações vai, pouco a pouco, e cada vez mais freqüentemente, admitindo fissuras no tradicional *pacta sunt servanda*.

Sob a denominação de teoria da base do negócio jurídico, teoria da imprevisão, onerosidade excessiva, ou cláusula *rebus sic stantibus*, resta viável ao jurista aproximar e adaptar, para a solução do caso concreto, as realidades vigorantes nos momentos da formação e do cumprimento do contrato.

Decisão exemplar neste sentido e encontrada na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul volume 128 página 306, tendo como relator o eminente Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr. Lembra a decisão que a base do contrato permite a parte contratante pedir a resolução do contrato sob o fundamento de que se acha destruída a base do negócio. Para tanto é necessário o preenchimento de três condições: 1ª se a mudança de circunstâncias provocar flagrante desproporção entre as prestações; 2ª se as partes não contarem, nem podiam contar, com uma alteração das circunstâncias; 3ª se a modificação das circunstâncias torna insuportável a execução da obrigação.

É indispensável manter-se atento. Principalmente no Brasil de tantas incertezas na política econômica, persiste sempre na mente do administrador a idéia de fundas modificações na realidade econômica do país. Os prejuízos, via de regra, atingem pequenas, médias empresas e produtores rurais, que são mais suscetíveis destas flutuações e quase nunca, por exemplo, instituições financeiras que continuam lucrando mesmo em época de inflação. Logo, o campo é fértil para reconhecer-se a existência de impossibilidades no cumprimento da prestação, absolutamente imprevisível quando da formação do contrato.

Impõe-se ter em vista o conteúdo de cada conflito e colocar a solução numa perspectiva social e comunitária do resultado. Neste mesmo rumo é que a responsabilidade civil revoluciona seus limites e alarga as obrigações para atingir o que se chama de causalidade suposta, alternativa, em grupo ou coletiva.

3. Causalidade alternativa

Vasco Della Giustina produziu obra ímpar neste sentido a qual é enriquecida por esplêndida apresentação do jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe. O juiz gaúcho resume o núcleo do tema assim: "havendo dúvida sobre a pessoa que causou o dano, se, porém, ela se encontra em um círculo de pessoas que o poderiam ter causado, ela é tida como causadora e deverá ser responsabilizada" (1991, p.139).

Como refere o apresentador do livro, trata-se de um enfoque moderno, humanista, sensibilizado que se volta para a pessoa da vítima. A responsabilidade alternativa vai atingir quem não tem culpa ou dolo, quem não agiu com risco ou atitude perigosa. Basta integrar um grupo para ter sua responsabilidade suposta. Isto tem desacomodado o jurista tradicional paralisado com o dano. Impõem-se, contudo, ter presente que "os causadores de danos se inscrevem e se anotam na comunidade dos fortes, e as vítimas na comunidade dos fracos, ainda que isto encontre exceções. A preocupa-

ção pelos fracos é que faz com que se fale deste tema" (idem, p.9).

A jurisprudência nacional e estrangeira referida no livro vem revelando alguns casos concretos passíveis de aplicação da teoria da causalidade alternativa. Mais lembrado é o exemplo do erro médico em cirurgia onde diversas pessoas físicas e o próprio hospital participam do ato que levou o paciente a morte. Sendo impossível de saber-se quem é o autor do evento, qualquer dos membros do grupo responde solidariamente. O mesmo pode ocorrer em casos de construção de imóvel onde a responsabilidade pode ser buscada em qualquer do grupo formado pelo projetista, calculista, construtor, diretor da obra e outros personagens da construção defeituosa. Por igual os partícipes de um acidente de trânsito que atinge terceiro respondem solidariamente, independente da culpa no evento. "A vítima pode demandar contra qualquer um deles ... os membros de um grupo de colidiram e entre eles se discutirá a ação de regresso" (idem, p.16).

Neste tema o direito já superou bem a preocupação quanto ao ônus da prova. Porque de nada adianta descobrimentos teóricos relevantes se depois tudo naufraga numa posição judicial acomodada e fugitiva da falta de prova. A inversão do ônus da prova é o passo que deve ser dado também pelo direito de propriedade. Afastada a idéia egoísta do uso da propriedade impõem-se exigir do proprietário, em ações imobiliárias, que se desincumba de provar que está dando função social ao seu direito.

4. Função social da propriedade

A aplicação da função social do direito se faz com maior exigência quando se trata do direito real de propriedade e nas chamadas ações imobiliárias. Contudo, é exatamente aqui - na função social da propriedade - que reside a maior resistência de uma visão tradicional do direito.

Na teoria, o direito de propriedade tem, ao longo dos anos, abrandado seu furor individualista. Na prática, contudo, a fun-

ção social da propriedade, apesar de tão convincentes argumentos e de tantos defensores, não tem sido contemplada. Mesmo assim, nunca é demais realçar o enorme instrumental doutrinário e a força do princípio constitucionalmente previsto.

No que tange à disciplina do direito de propriedade e sua função social o direito brasileiro *mudou muitíssimo*. Diria só "mudou" se a Constituição só tivesse previsto tal princípio como direitos e garantias fundamentais. Diria "mudou muito" se o texto constitucional capitulasse apenas abstratamente como direitos e deveres individuais e coletivos. Mas digo *mudou muitíssimo* porque agora, além de direito e garantia fundamental, além de se tratar de direito e dever individual e coletivo, a norma é também auto-aplicável. Ou seja, agora não se pode adotar uma posição tradicional e acomodada de aguardo de norma definidora do que seja função social da propriedade. Incide na espécie o parágrafo primeiro do artigo 5º da Carta Magna. A a função social da propriedade por se tratar de norma definidora dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata e generalizada em todos os ramos da ciência jurídica e em todos os casos postos em juízo.

Tratando-se de norma de *aplicação geral e imediata*, não é demais exigir-se, por exemplo, que petições iniciais tratando ações de caráter imobiliário (despejo, revidicatórias e possessórias, por exemplo) na narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos versem, indispensavelmente, perquirições que permitam, as partes debaterem e provarem e ao juiz decidir, sobre o conteúdo valorativo do direito de propriedade na sua função social.

Caso modelar desta hipótese diz com os casos de denúncia vazia nas ações de despejo. Desde antes de 1988 venho entendendo pela inconstitucionalidade de todas as formas de ação de despejo por denúncia vazia. Como já disse, a exigência de motivação do pedido de despejo permite examinar qual a pretensão, do ponto de vista social, deve prevalecer, e ao poder público, no caso o Judiciário, compete dirimir os possíveis

conflitos a respeito (1988, p.191). Até recentemente, a posição unânime do Tribunal de Alçada era de admitir a constitucionalidade da denúncia vazia. As decisões, em verdade diziam respeito a imóveis não residenciais. Veio à lume recentemente, contudo, artigo de revista do eminente juiz de alçada Márcio de Oliveira Puggina no sentido d'A Inconstitucionalidade da Denúncia Vazia: "hoje em dia tudo se faz e se pede com justificativa" (1993, p.276).

5. Direito comercial

A função social do direito vai influenciar o ramo comercial da ciência jurídica. É com base na função social da empresa que, a despeito da falta de previsão legal, se concebe, ao invés da extinção total da empresa, extinção parcial da sociedade, com retirada do sócio descontente e apuração de seus haveres.

Por igual, o abuso de direito vai fundamentar a chamada *disregard doctrine*. Como já referi em outro lugar, doutrina e jurisprudência italiana, norte-americana e alemã, desconsideram o princípio de personalidade jurídica, prescindindo ou superando a forma externa da pessoa jurídica, para, penetrando através dela, alcançar as pessoas e seus bens que debaixo de seu véu se cobrem. A doutrina não visa anular a personalidade jurídica, mas desconsiderá-la. Não se deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica pode ser utilizada para fins contrários ao direito e manobras fraudulentas.

Sempre entendi que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (hoje com previsão legal no código do consumidor) viabiliza, por exemplo, a penhora em bens de sócios. Desimporta que se trate de cobrança de crédito fiscal (artigo 135 do Código Tributário Nacional) ou de execução fundada em título judicial ou extrajudicial. (1983, p.130). A mesma orientação poderá fundamentar decisões que, em juízo falimentar, viabilizem o recolhimento para a massa de bens de sócios. O direito a invulnerabilidade dos bens particulares dos sócios em relação aos débitos da massa tem

seu limite no abuso. Tal hipótese impedirá a irregularidade que se verifica quando se tem uma falência pobre, mas um falido rico.

Se o direito material tem se socializado para assim se tornar eficiente na busca de uma nova ética e do justo, o processo civil não fica atrás. Como se verá, hoje os processualistas reconhecem a carga ideológica que motivou o formalismo da ciência. Por isto atualmente, a jurisdição e o processo aumentam seus escopos e buscam efetividade.

6. Escopos e efetividade do processo

Por sem dúvida, o atomismo individual que caracterizou a doutrina política nascida na Revolução Francesa refletiu-se nas concepções da doutrina processual com uma intensidade inaudita. Na verdade, ainda hoje tal pensamento oferece resistência tenaz às idéias contemporâneas, que procuram adequar o processo civil a novas necessidades sociais (Silva, 1987, p.13). Por isto, o processo reconhece a sua falta de neutralidade: "o processo - também o procedimento - traduz hoje de maneira clara e límpida a luta de classe que se instalou nas diversas sociedades ... e o produto final representa uma escolha do legislador, que cede ao poder de grupos dominantes mais ou menos estabelecidos, mais ou menos influentes" (Carmona, 1990, p.39). No Brasil, diz Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, as classes dominantes legaram-nos um CPC de alto conteúdo técnico, mas intencionalmente, esqueceram de atender aos graves problemas de organização judiciária, de efetiva assistência judiciária ao pobre e de prover o judiciário com verba adequada ao desenvolvimento de seu mister. (1985, p.80). Assim, conhecendo tal realidade, o processualista, segundo Ovídio Baptista da Silva se vê forçado a considerar, em sua análise, as dimensões sociológicas condicionantes de seus problemas específicos.

"Cabe investigar as condições reais de nossa sociedade, inspirada em ideais democráticos, e o grau de compatibilidade entre os instrumentos utilizados pela jurisdição,

de inspiração pré-capitalista, e as novas tendências da democracia social" (1988, p.104).

O processo como instrumento e a jurisdição como instituição e local de "fazer justiça" têm grande incremento no Brasil com duas obras: Instrumentalidade do Processo de Cândido Rangel Dinamarco e, a partir da 9ª edição o livro, já clássico, Teoria Geral do Processo de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrinni Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

Em verdade, já em edições anteriores o trio de eminentes juristas paulista referia o "critério que deve orientar as decisões dos juízes é o critério do justo e do equitativo" (quarta edição, p.23). Mas a última edição acrescenta muito em relação as anteriores no sentido de incentivar o Estado a promover a plena realização dos valores humanos e a mostrar o processo como meio efetivo de realização da justiça (1992, p.28). Mudança sutil, porém profunda aparece na abordagem dos escopos do processo e da jurisdição. As edições anteriores referiam que o escopo jurídico do processo era "atuar a vontade da lei que se aplica à lide deduzida" (quarta edição p.85). A nona edição, contudo, diz que o escopo jurídico é "atuar a vontade do direito material"... (não só a lei, portanto)... e... (aqui o acréscimo mais relevante) "pacificar e fazer justiça" (1992, p.115).

Em matéria de escopos do processo, ainda, vale referir o entendimento de Cândido Dinamarco na Instrumentalidade do Processo. Lá o processo não é visto com um único escopo. Além do escopo jurídico, o professor paulista acrescenta os escopos sociais e políticos do processo. Mais do que isto, os escopos sociais e políticos, ainda que não afastem o escopo jurídico, diminuem a importância do escopo jurídico: "superficialmente e menos significativa" (1987, p.278).

No Direito Processual, à busca incontida de justiça convencionou-se chamar *efetividade do processo* (Silva, 1988, p.102). A visão teleológica e ética do processo é ponto constante no estudo da efetividade. A abordagem da efetividade do processo revela o

processualista atento a sua especialidade e ao mesmo tempo preocupado e comprometido com a comunidade social em que vive. Lê-se com o proveito costumeiro as lições de José Carlos Barbosa Moreira sobre o tema (1983, p.77-94). São pertinentes à efetividade do processo o acesso à justiça, o modo de atuação do processo e a justiça nas soluções jurisdicionais.

Quanto ao acesso à justiça são relevantes as conclusões de Kazuo Watanabe: "a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares deste direito: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; 2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características". (1988, p.135).

No que diz com o modo de atuação do processo é de se ter presente que, como diz Galeno Lacerda, a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função de seu fim. Ademais o objetivo do processo é sempre um dado concreto de vida e jamais um esqueleto de formas sem carne. O jurista gaúcho arrola uma série de dispositivos do código de processo civil os quais mostram que a preocupação maior da lei é tudo fazer para salvar o processo para que alcance o objetivo material. O destaque de tais artigos de lei é o artigo 462, o qual permite ao juiz tomar em consideração de ofício ou a requerimento da parte - algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no julgamento da lide, mesmo depois da propositura da ação. (1983, p.12)

Por fim, também quanto aos escopos ver-se-á claro que o processo volta-se para so-

luções mais justas. Como diz Dinamarco, o juiz há de ter sempre os olhos postos na justiça que é o "objetivo síntese da jurisdição" e comprometer-se com valores sociais e com suas próprias referências. "O juiz que não assuma esta postura perde a noção dos fins de sua própria atividade" (1987, p.422). Enfim, o processo toma seu rumo definitivamente teleológico agora com mentalidade mais ampla para uma reflexão sobre "o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da efetividade do processo" (Moreira, 1983, p.9).

Conclusão

São aspectos relevantes de uma visão alternativa do direito: o reconhecimento da falácia da neutralidade, a admissão do caráter retórico do direito e o radical compromisso com o justo no caso concreto em uma perspectiva radical com a democracia.

Cumpra distinguir imparcialidade de neutralidade. A imparcialidade é dado objetivo que liga o juiz, enquanto pessoa, com as partes da relação processual. Aqui se leva em consideração o juiz-homem-individual. Já a neutralidade é um dado subjetivo que liga o juiz-cidadão-social, em sua visão de mundo, ao concerto da comunidade e da ciência. Em caso de parcialidade o juiz não deve comprometer-se deve omitir-se. Já no que diz com a neutralidade é diferente. A atuação do juiz dá-se pela sentença que provém de *sentire*, sentimento. Logo, o sistema quer que o juiz coloque o seu sentimento na decisão. (Não fora isto um computador decidiria melhor). Obrigado a relevar seu sentimento, o juiz tem que comprometer-se com ele e revelá-lo na decisão.

Consciente do subjetivismo que compõe qualquer ato interpretativo, o juiz, na sentença, deverá laborar no sentido de convencer os destinatários (públicos e particulares) de seu entendimento. Vale ressaltar, a lei nunca foi, e dificilmente será, obstáculo para qualquer jurista fundamentar nela seus interesses. O complexo legislativo não oferece a segurança pretendida tradicionalmente. Pelo contrário, contém, como visto, nor-

mas gerais - e por tanto aplicáveis a todos os casos - verdadeiros tipos abertos cujo conteúdo deve ser preenchido diante das peculiaridades de cada caso concreto. Nisto reside o caráter retórico do direito na faceta jurisdicional. Daí a importância da motivação pluridimensional da sentença onde o juiz vai buscar convencer sobre a prevalência dos valores colocados em sua decisão.

Comprometido radicalmente com a democracia e com a igualdade substancial, o juiz buscará o justo. Contudo, não decidirá absolutamente desprovido de amarras. As peculiaridades do caso posto em juízo serão; nos limites das postulações, na revelação de suas provas e à vista dos argumentos controvérsos pelas partes; o ponto concreto para início do raciocínio, o dado objetivo do desenvolvimento da argumentação e a referência indispensável da conclusão centrada na justiça.

Indispensável reconhecer-se: a idéia de justiça não é neutra, não é una e não é estável. A idéia de justiça é ideológica, pois traduz os interesses dos grupos detentores do poder e é utilizada para manutenção dessa relação de poder. Em consequência, existe uma idéia de justiça que está a serviço da contestação, dos oprimidos, dos dominados e uma justiça a serviço da conservação (Aguiar, 1984, p.59). Como diz José Reinaldo de Lima Lopes, principalmente no Brasil, com o progressivo isolamento econômico de parcelas consideráveis da população vê-se clara duas idéias de justiça: de um lado uma justiça que vê a pobreza como subproduto indesejado de qualquer ordem social (um acaso conforme o discurso liberal) e de outro lado a legitimidade das pretensões de indivíduos, como classes e camadas sociais, à distribuição diferente da riqueza social (1992, p.74). Por fim, a idéia de justiça não é estável. É, sim, uma justiça que trata os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente; que favorece a emancipação humana e a vida em uma comunidade sem exploração e opressão; que ultrapassa os individualismos, os privilégios e os limites éticos do mercado; é uma justiça, enfim, substancial; mas não é uma justiça acomodada. Busca-se

uma *justiça in fieri*," uma percepção do Direito como processo e modelo de liberdade conscientizada ou conscientização libertadora, a afirmar-se, evolutivamente, nos padrões de justiça histórica estabelecida dentro da convivência social de indivíduos, grupos, classes e povos" (Souza Júnior, 1992, p.178)

Vale ressaltar, a segurança - tal como propugnada por uma visão tradicional - traz em si idéias de imutabilidade, conservação e repetição. Isto é incompatíveis com o direito em geral ("pois o Direito não é matemática e em Direito tudo é discutível". Coelho, 1992, p.10). Há descompasso, ainda, com o direito posto no processo judicial enquanto ação humana. Como diz Gert Bornheim a ação humana persegue um sentido que ela mesma ignora. Diferente dos animais, o ser humano elabora inesgotavelmente no novo. O "importante está em apreender todas as nuances desse sentido que se transforme, dessas sucessivas condensações históricas, e não em julgá-las por uma norma ou por um modelo que se pretenda rijo e imutável" (1983, p.236).

Como se vê, engana-se quem pensa que a visão alternativa do direito propugna por um juiz absolutamente livre para decidir o que quiser. Pelo contrário. Constatado o inarredável e indispensável subjetivismo do julgador, busca-se, além da lei, outras amarras para quem julga. Quer-se um juiz que não esteja *preso só na lei*, pois ela nunca foi capaz de conter a liberalidade no julgar (as decisões conflitantes em todas as Cortes comprovam a afirmação). O juiz deve obrigatoriamente estar "preso", pelo menos, aos fatos, aos valores e às normas, como também querem os teóricos. O juiz deve estar obrigatoriamente "preso" aos escopos jurídicos, políticos e sociais do processo e da jurisdição, como também querem os processualistas.

Bibliografia

- Aguiar, Roberto A.R. *Direito, poder e opressão*. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
Bornheim, Gert. *Dialética. Teoria. Praxis*. 2.ed. Porto Alegre: Globo, 1983.

- Brutau, José Puig. *A jurisprudência como fonte do Direito*. Tradução de Lenine Nequete. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977.
Cappelletti, Mauro. *Processo, ideologias, sociedade*. Tradução Saantiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974.
— *Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. In: *Revista de Processo*. RT. v.60 p.110-117, 1990
Capra, Fritjof. *O ponto de mutação. A ciência, a Sociedade e a Cultura emergente*. Cultrix. São Paulo, 1982.
Carmona, Carlos Alberto. *Considerações sobre a evolução conceitual do processo*. In: *Revista de Processo* v.57. São Paulo: 1990.
Carvalho, Amiltom Bueno de. *A lei. O juiz. O justo*. In: *Ajuris*. Porto Alegre: v.39, p.132-152, mar. 1987
— *Apresentação*. In *Revista de Direito Alternativo*. v.1 p. 7-8. 1992. Editora Acadêmica. São Paulo.
Carrion, Eduardo Kroeff Machado. *O Poder Judiciário, o juiz e a lei*. In *Revista de Direito Alternativo* v.1 p.65-70. São Paulo: Ed. Acadêmica. 1992.
Castro, Maria da Glória Lins da Silva. *Os mitos do processo*. In: *Revista de Direito Processual*. v.51 p.73-91.1986.
Cintra, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. (col. Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco.), 4.ed, nona ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1992,1993.
Coelho, Fábio Ulhoa, *Direito e poder*. Saraiva. São Paulo: 1992.
Coelho, Luiz Fernando, *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1979
— *Do direito alternativo*. In: *Revista de Direito Alternativo*. v.1. 1992 p. 9-18. Ed. Acadêmica. São Paulo.
Costa, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1979.
Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo* (col. Carlos Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1983.
— *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1987.
— *Teoria geral do processo*. (col. Carlos Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1992. Nona Edição.
Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. v.I. Saraiva. São Paulo. 1991
— *As lacunas do Direito*. Ed. Revista dos Tribunais. 1981.
Faria, José Eduardo (org.) *A crise do Direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988
Figueiredo, Diogo de. *O abuso de direito na retomada de imóveis por livre conveniência do locador*. In *Revista*

- de direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, v. 15 p. 253-261. Sem data.
Freitas, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989
Giustina, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*. Aide. São Paulo: 1991.
Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. (col. Carlos Araújo Cintra e Cândido Dinamarco.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 4.ed. (1983) e nona ed. (1992)
Levada, Claudio Antonio Soares. *Anotações sobre o abuso de direito*. In: *Revista dos Tribunais*. v.667 p.44-50.1991
Lima, Alcides Mendonça. *Os princípios informativos no código de processo civil*. *Revista de Processo*. v.34. p.9, sem data
Lopes, José Reinaldo de Lima. *Voltar à teoria da justiça?* In: *Revista de Direito Alternativo* v.1, p.71-76. São Paulo: Ed. Acadêmica. 1992.
Lacerda, Galeno. *O código e o formalismo processual*. In *Ajuris* v.28 p.9-14 Porto Alegre. 1983.
Lyra, Roberto Filho. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense. 1986
Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 1979
Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Saraiva. São Paulo. 1991.
Morais, Maria Amália Dias de. *Do abuso de direito. Alguns aspectos*. In: *Estudos Jurídicos*. v.43 p.5-28. 1985.
Moreira, José Carlos Barbosa, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. In: *Ajuris* v. 29, p.77-96. 1983
Müller, Sérgio J.D. *Pela imparcialidade*. In: *Ajuris*, Porto Alegre, v.45 p. 118-122 1989
Oliveira, Carlos Alberto Álvaro, *Procedimento e ideologia no Direito brasileiro atual*. *Ajuris*, Porto Alegre: v.33 p.79-85, mar. 1985
Oliveira, Regis Fernandes de. *Lacuna e sistema normativo*. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*. v.53 p. 13-30. 1978
Passos, José Joaquim Calmon. *Democracia, participação e processo*. In: *Participação e processo* (org. Ada Pellegrini Grinover et al.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.83-97
Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Forense. Rio de Janeiro. v.II. 1972.
Puggina, Márcio de Oliveira, *A inconstitucionalidade da denúncia vazia*. In: *Ajuris*. v.57 p.272-277. 1993
Portanova, Rui. *Penhorabilidade dos bens de sócios de sociedades irregularmente dissolvidas*. In: *Ajuris* v.29 p.127-132. 1983.
— *Denúncia vazia e microempresa*. In: *Ajuris* v.42 p.187-205. 1988

- *Motivações ideológicas da sentença* Ed.Livraria do Advogado. 1992.
- Reale, Miguel. *Teoria tridimensional do (situação atual)*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- Rezek, José Francisco. *A independência do Poder Judiciário*. In: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília. p.89. 1990.
- Rodrigues, Leda Boechat. *Direito e política. Os direitos humanos no Brasil*. Coleção Ajuris. Porto Alegre: 1977.
- Roenick, Henrique Osvaldo Poeta. *Da necessidade de uma interpretação crítica do Direito*. Ajuris, Porto Alegre, v.44, p.153-165, nov. 1989.
- Ruivo, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação*. In: Direito e Justiça. A função social do Judiciário (org. José Eduardo Faria). São Paulo: Ática 1989.
- Santos, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1984.
- Silva, Clóvis Veríssimo do Couto e *A obrigação como processo*. José Bushatsky, Editor. São Paulo. 1976.
- Silva, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. v.I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- *Democracia moderna e processo civil*. In: Participação e processo. (org. Ada Pellegrini Grinover et al.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.98-113.
- Sousa, José Geraldo de Jr. *A crise do golfo: a deriva do direito*. In: *Revista de direito alternativo*. v. 1 1992 p. 175-183. Ed. Acadêmica. São Paulo.
- Tucci, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 1987.
- Valadão, Haroldo. *Justiça social e interpretação*. In: Revista dos Tribunais v. 564. 1982.
- Watanabe, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: Participação e processo. (org. Ada Pellegrini Grinover et al.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

A noção de sistema no direito privado: unidade ou pluralidade

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.
Professor Orientador: Dr. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva

Carlos Eduardo López Rodriguez
Professor Adjunto em Direito Comercial da Universidade da República Oriental do Uruguai e Mestrando em Direito da UFRGS.

... I suspect that in but few of you has this problem occasioned sleepless nights, and I should not be astonished if some of you told me it had never vexed you. I myself have come, by long brooding over it, to consider it the most central of all philosophic problems, central because so pregnant ...
William James, Pragmatism, *The one and the many*.

SUMÁRIO. Introdução. I. O Direito Privado como Sistema Único. A. A Configuração Teórica da Noção de Sistema Único. 1. A Concepção Jusracionalista. 2. A Concepção Positivista. 3. O Idealismo Alemão e suas Vertentes Jurídicas. B. A Consagração da Noção de Sistema Único no Direito Positivo. 1. As Codificações Jusracionalistas. 2. O Código Civil Alemão. II. O Direito Privado como Pluralidade de Sistemas. A. A Refutação Teórica da Noção de Sistema Único. 1. O Movimento do Direito Livre. 2. A Jurisprudência de Interesses. 3. As Escolas Sociológicas e o Realismo. B. O Sistema Policêntrico. 1. A Descodificação. 2. As Reformulações Contemporâneas. Conclusão.

Introdução

Em toda teoria do conhecimento se faz um questionamento básico: é o universo um cosmos ou um caos? Constitui o universo um sistema ordenado ou uma acumulação de elementos que se encontram em confusão, em desordem?

É possível se estabelecer este mesmo questionamento no âmbito da teoria do Direito e, em particular, na teoria do Direito privado.

A esse respeito, o Curso de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tem respondido tomando partido entre os que consideram o Direito como um sistema e propondo aprofundar a investigação de temas

concretos na matéria. Cumpre neste estudo analisar se a noção de sistema permite atribuir um caráter unitário ao Direito privado ou se deve admitir que o sistema do Direito privado tem um caráter pluralista.

Previamente, deve advertir-se para algum dos obstáculos que se enfrentam num estudo específico do tema. Para começar, a própria noção mesma de sistema da qual se utilizam os diferentes autores, não é coincidente. A palavra sistema sofreu uma evolução semântica muito importante através da história da Ciência e do Direito, analisada em profundidade por Losano, na sua obra *Sistema e Struttura nel Diritto*¹.

Aliás, num mesmo momento histórico, os autores se referem a coisas diversas quan-