

# A Influência de Fatores Metajurídicos no Sistema de Direito Privado "Modelo Aberto Externo"

ROBERTO SCHAAN FERREIRA

## SUMÁRIO

*I. O Direito e o homem. I.1 Momento inconsciente. I.2 Momento instrumental. I.3 Momento científico. Primeiras conclusões. II. Sistema, abertura e metajuridicidade. II.1 Sistema. II.2 Abertura. II.3 Metajuridicidade. Segundas conclusões. Conclusão.*

A indagação fundamental proposta no presente trabalho diz respeito à influência de fatores estranhos ao direito — metajurídicos — em sua órbita; um pouco mais: respeita à valorização (ou consideração, ou qualificação) jurídica daquilo que, antes, era juridicamente irrelevante; mais ainda, e por fim: atine à propriedade estrutural de um sistema jurídico (limitado, aqui, à esfera privada) de transformar-se, de ser transformável.

Esta tarefa pode ser pensada em dois planos.

O primeiro visa a caracterizar o relacionamento entre o direito e o homem. Disso se ocupará a primeira parte do presente.

No segundo plano — que será a segunda parte —, esquece-se o homem — se isso é possível — e olha-se o direito privado como estrutura (ou sistema, ou ordenamento), a fim de delimitá-lo e, daí, definir o que lhe é externo, bem como os seus mecanismos de interação.

De cada uma das duas partes, porque planos, derivarão conclusões próprias (primeiras e segundas conclusões, respectivamente).

O tema sugere, ao ser proposto, uma divisão "original" entre o jurídico e não-jurídico. A abordagem aqui desenvolvida subverte essa idéia,

partindo da humanidade intrínseca do direito e da unidade do homem. Por isso, primeiro estuda-se a relação entre o homem e o que se chama de "direito", para depois caracterizar o que é predominantemente jurídico, apartá-lo de outros produtos humanos (e, portanto, de certa forma, do próprio homem, o que já é um falseamento) e, daí, estudar a penetração destes outros produtos naquele antes apartado, o direito.

O método é circular: parte-se da unidade, procede-se à divisão e, depois, à re-união. Mas essa "re-união" é vista sob o prisma do direito, portanto, parcialmente.

Noutra tentativa de explicação, é como se partisse de uma esfera, divide-se-a conforme características suas; depois, estuda-se como as outras características influenciam e penetram uma delas. Nunca, porém, a esfera deixou de ser esfera e a matéria que a forma deixou de ser única. Mais: a própria esfera é que se divide e se estuda. Então, esse dividir-se e estudar-se existe na própria esfera.

Face à amplitude do tema, a bibliografia consultada é diversa, compreendendo obras sobre sociologia, sociologia jurídica, filosofia do direito, teoria geral do direito e sobre a parte geral do direito privado. Especial atenção, por respeitarem ao objetivo último, merecem as obras que estudam o direito privado como sistema (ou como ordenamento). Também merecem uma palavra, aquelas que abordam, de alguma forma, a produção de direito, seja quanto a fontes jurídicas, seja quanto à integração e interpretação normativa. Por último — o que não termina —, é de referir aquelas que tratam da relação homem-direito sob o ângulo sociológico, e, às vezes, antropológico, e que suportam a primeira parte do presente trabalho.

## I — O Direito e o Homem

### I.1. *Momento inconsciente*

Muito já se disse, e os adágios o repetem, que o homem é um animal social (político, ou da "polis", para Aristóteles; que vive em sociedade, para a sociologia; cuja natureza — "humana" — só se desenvolve no convívio social, para a psicologia social). Igualmente, tanto já se disse, e os adágios tanto o repetem, que são indissociáveis as entidades homem, sociedade, direito (*ubi societas, ubi jus; ex facto oritur jus*, bem compreendido; direito é produto cultural, no jargão antropológico)<sup>1</sup>.

O direito, para existir, prescinde da consciência humana. Desnecessário é que o homem pense em produzir direito, ou, menos, pense que ele existe, para que exista.

---

1 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, pp. 7 a 9: omnipresença e caráter basilar do direito.

O direito só existe com o homem, e, também, o direito existe com o homem, e isso basta <sup>2</sup>.

Em certo momento histórico-intelectual, o homem percebe o direito e (em nome de uma autoridade mitológica, divina ou própria) utiliza-o. Instrumentaliza-o. Antes, o direito existia, mas não era usado como instrumento humano consciente. Agora o é.

Sobrevém outro momento, e o direito passa a ser estudado com vistas ao seu conhecimento e aperfeiçoamento. Agora é objeto. É ciência <sup>3</sup>.

A existência desses dois "momentos" recém-referidos não extingue, não elimina o primeiro — momento inconsciente. A apropriação, seja como instrumento, seja como ciência, nunca é completa. Há um direito sendo contínua, eterna e inconscientemente produzido <sup>4</sup>.

Por sua prioridade histórica, o costume é o exemplo claro de parturição inconsciente de direito. Talvez mais claro do que devesse, já que decorrente da idéia (sedutora, quase sempre imperceptível, mas que, percebida, é de se afastar) de que o que ignoramos sobre o passado, também nele era ignorado. Mas, se se abdicar desse recurso histórico, nem por isso deixa de ser claro o exemplo. A resposta que certa sociedade (povo, etnia), num período histórico e num espaço geográfico, dá a certo problema (obstáculo ou estímulo) tende a ser uniforme. Isso, não só pela facilidade e segurança que a repetição propicia, mas e principalmente, porque os fatores concorrentes são os mesmos (lugar, tempo, etnia — cultura —, problema).

Há um momento, de apuração impossível, em que a repetição deixa de se dar por si mesma para ser obrigatória. Há um outro momento, e posterior, em que se perceberá a obrigatoriedade, seja em face da coatividade de certo comportamento, seja pela punição ao não-comportamento. Agora, e só agora, a consciência instrumentaliza a regra jurídica. Esta, entretanto, já havia <sup>5</sup>.

Mas a produção jurídica não consciente tem âmbito mais largo.

A sociedade (onde, e só onde, o direito existe) toma as regras já jurídicas (direito existente) e as deforma. Forma regras que não eram jurídicas. Esvazia ou enche (às vezes de conteúdo deformante) regras

---

2 MIRANDA, Pontes de. *A margem do Direito*, p. 34: o direito como efeito e causa dos processos naturais da sociedade.

3 Aqui um parênteses. A palavra 'momento' utilizada no título do presente espaço e dos dois seguintes, carrega, menos, uma noção temporal ou cronológica e, mais, a de estágio ou plano.

4 MIRANDA, Pontes de. *A margem do Direito*, pp. 111 e 112: inconsciência na formação jurídica.

5 MIRANDA, Pontes de. *Introdução à Sociologia Geral*, pp. 167 e 171.

que pretendem formalmente ser jurídicas<sup>6</sup>. Isso inconscientemente, pois a "consciência instrumental", no primeiro e no terceiro casos, indicaria outro sentido; no segundo, inexistente.

Se há uma relação de implicação entre homem e direito (ou sociedade e direito), basta uma compreensão histórica daquele (ou da sociedade) para se deduzir, por implicação, a mudança não consciente do direito. Pode-se afirmar, também, que o direito, ao se alterar, altera o homem; o homem forma e deforma o direito; o direito forma e deforma o homem. Isso, infinita e inconscientemente.

Mas já se vai longe demais para este tópico.

### 1.2. *Momento instrumental*

Acontece, porém, que nem tudo (e pode-se afirmar, até, que cada vez menos fenômenos) foge à percepção humana. Correlatamente, cada vez mais o homem quer mais comandar as coisas, a vida e a si mesmo<sup>7</sup>.

Nesse momento, o direito é percebido e utilizado como um vigoroso instrumento de ordenação. É vital à sociedade que a lei (palavra cujo sentido muitas vezes se confunde com o de direito) seja cumprida. Há a consciência de que existe e de que deve ser observada.

Importa menos, aqui, que esse direito (ou essas regras) provenha de um Deus que zela pela sociedade, ou dos costumes dos antepassados, ou de uma instituição humana. Importa, sim, que ele existe num plano de consciência social e é, assim, respeitado.

Para cada caso é preciso descobrir o direito que o rege (dizer o direito); para as situações novas é preciso criar direito novo.

O fenômeno da positivação do direito,<sup>8</sup> com a variabilidade e seletividade que lhe imprime, põe às claras o seu caráter instrumental, a sua funcionalidade. Não se trata de uma entidade pré-existente, pré-formada, mas de um instrumento humanamente moldável.

---

6 LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Mudança Social e Mudança Legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987, *Rev. de Informação Legislativa*, 94-45-58; RENNERT Karl, *The Institutions of Private Law*, p. 299; François Geny, apud. Oliveira Litrento, *Dialética e Técnica na Teoria Geral do Direito*, p. 79.

7 Isso porque "o homem é um animal não definido". (NIETZSCHE), ou porque "o homem parece lembrar-se de alguma coisa vista antes de qualquer existir universal". (PLATÃO). Apud. NÓBREGA DE ARAÚJO, Vandy, *Idéia de Sistema e Ordenamento no Direito*, pp. 13 e 14.

8 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 238; HASSEMER, Winfried. *O Sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do Juiz à Lei*, in *Direito Comparado I — Estudos de Direito Brasileiro — Alemão*, pp. 196 e 197.

Há legisladores para criar, alterar e revogar normas; há juízes e tribunais para aplicar,<sup>9</sup> interpretar e criá-las;<sup>10</sup> há o movimento, mais ou menos consciente, da sociedade (sociedade civil, no jargão político) a rebelar-se contra as normas, agindo, às vezes, segundo normas<sup>11</sup>.

Bem entendido: a existência do direito (como exposto no item I.1) é inevitável; seu conteúdo, porém, não o é. O homem o tem nas mãos, mas não completamente.

### I.3. *Momento científico*

Por não tê-lo completamente nas mãos, persiste a humana necessidade de "dominar" o direito (ou de conhecê-lo, ou de apropriar-se dele), o que, de certa forma, equivale a dominar a si mesmo (ou conhecer-se, ou apropriar-se de si).

Nesse momento, através de uma tentativa de ruptura com os momentos anteriores (inconsciente e instrumental), olha-se o direito como a um objeto a ser conhecido. A relação é vetorial de um sujeito para um objeto.

A preocupação dominante, agora, é conhecer o direito, classificá-lo, organizá-lo (o direito e o seu conhecimento)<sup>12</sup>.

Mas não se limita a essa descritividade. Não pára no olhar o real.

Incumbe às ciências sociais (e como tal à do direito) usar da especulação e das projeções e rumar para o ideal. É preciso indicar o aperfeiçoamento<sup>13</sup>.

---

9 Sobre esse verbo paira, a dar-lhe conteúdo correto, a afirmação de Roberto José Vernengo de que "a intervenção de um sujeito específico é condição suficiente e necessária de uma mudança normativa", *apud*. Antonio MARTINO, "Una Polémica a Buenos Aires" ..., in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, vol. 3, p. 658.

10 Sobre a construção jurisprudencial do direito anglo-saxão, a técnica do precedente e das "distinctions", Mário G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, pp. 120 e ss.; René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, pp. 372 e ss. Fundamental sobre o assunto, suportando-se tanto na experiência anglo-saxônica quanto na romana pretoriana, a obra de José Pulg BRUTAU, *A Jurisprudência como Fonte do Direito*.

11 Aqui se está sobre uma zona limítrofe entre os momentos inconsciente e consciente (de que participa o instrumental). Não cabe estender-se muito o assunto, mas vale notar que há uma produção consciente 'clandestina' de direito, que, mais ou menos, vale, mas não, ou só mais tarde, é conduzida pelas fontes formais criadoras do mesmo.

12 Notar que no momento instrumental a tônica é reger a sociedade. Angelo FALZEA, "Sistema Culturale e Sistema Giuridico", *Rivista di Diritto Civile*, 1988, p. 10, ao distinguir o sistema ideal do sistema real, põe o direito neste e a ciência (onde a do direito) naquele.

13 Sobre o papel das ciências sociais, D. F. MOREIRA NETO e Ney PRADO, "Uma Análise...", *Revista de Informação Legislativa*, 96:124-125.

Nesse ponto já se adentra os territórios da filosofia do direito. Não é de se descartá-la deste momento científico. No direito, os limites entre a ciência e a filosofia são por demais nebulosos.

Também no outro extremo deste momento há indefinição.

A doutrina, com seus dogmas, com sua ortodoxia, situa-se numa zona intermediária entre os momentos instrumental e científico. É, um pouco, forma (busca) de conhecimento; é, um pouco, forma de regulação. É isso, enquanto presa à regra positiva e aos dogmas; é aquilo, quando alarga seus horizontes, desfaz-se do preconcebido, amplia o leque de fatores, considera as conseqüências possíveis, enfim, procura uma verdade jurídica (e não mera decorrência da aplicação de uma regra e um dogma) <sup>14</sup>.

Antes de prosseguir, são necessárias duas anotações.

A primeira toca à interligação dessa primeira parte do presente trabalho com a segunda parte. É que as idéias de cientificidade e sistematização estão amarradas desde a origem <sup>15</sup>. Daí que, quando se fala em sistema no direito, se está neste plano (ou momento científico).

A segunda anotação é de capital importância daqui para a frente. É impossível um conhecimento objetivo do direito. Ou seja, a cisão (referida ao início deste item I.3) entre sujeito e objeto, entre cientista e fenômeno jurídico, é impraticável. É relativa. Assim como a pessoa do cientista participa, não cientificamente, do fenômeno jurídico (como do econômico, do moral, do psicológico, do antropológico, do sociológico, do religioso, do político, etc.) também o produto científico, que, muitas vezes, pretende abarcar o fenômeno jurídico, é por ele abarcado fatalmente. O sujeito não percebe, mas, em muito, já é objeto; o objeto (cuja função não é perceber) muito absorve do sujeito <sup>16</sup>.

Note-se que, circularmente, acabou-se voltando a um dos momentos anteriores (inconsciente), como denota a frase "o sujeito não percebe" do parágrafo anterior. É irônico que nem na ciência tudo seja consciência (com ciência).

---

<sup>14</sup> Sobre ciência e doutrina, pensamento ortodoxo e heterodoxo, Sílvia de MACEDO, "Doutrina Jurídica e Ciência Jurídica" (distinções), *Revista de Direito Civil*, 36:112-11.

<sup>15</sup> Sobre Leibniz, Francisco dos SANTOS AMARAL NETO, "A Técnica Jurídica na Obra do Telxela de Freitas ...", *Revista de Direito Civil*, 38, p. 21. Sobre Kant, Vandyc Nóbrega de Araújo, *op. cit.*, p. 12.

<sup>16</sup> "Nós pertencemos ao direito como o direito nos pertence, e nosso conhecimento do direito é o indispensável motor de sua constituição." (Tradução livre), J. L. VULLIERME, *Les Anastomoses du Droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, 27, p. 14. Sobre a relação sujeito-objeto, Miguel REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, pp. 87 e ss.

## *Primeiras conclusões*

É o mesmo homem que participa, e é agente, dos momentos inconsciente, instrumental e científico. Homem que, por sua não-especificidade jurídica (17), está sujeito à influência de fatores não-jurídicos de toda ordem (políticos, econômicos, morais, sociais, etc.). Agrava-se essa influência porque, no plano científico, a neutralidade, ou objetividade, está mais distante, via de regra, no direito do que em outras ciências sociais. O produto científico jurídico participa já do fenômeno jurídico, e altera-o, enquanto, por exemplo, uma obra sociológica (ou antropológica, ou histórica) não participa (e nem altera; ou só indireta e tenuamente poderá vir a alterar) do fenômeno sociológico (ou antropológico, ou histórico). E note-se que nessas outras ciências é, modernamente, bastante enfatizada a impossibilidade de objetividade, já que o homem (sujeito) é o objeto e o instrumento do conhecimento (mais ou menos).

Igualmente, os três momentos de relacionamento entre homem e direito são reciprocamente influentes. São interativos. A mudança produzida em um deles, altera os demais. A relação é dinâmica, processual 18.

Portanto, a mutabilidade é intrínseca ao direito (aí incluída a ciência do direito), e a própria compreensão dessa mutabilidade já o altera. Também intrínseca a ele é a influência de fatores metajurídicos. O homem não é (apenas) um animal jurídico, e o direito é fenômeno humano.

## II — Sistema, abertura e metajuridicidade

### II.1 — Sistema

“Sabem que un sistema no es otra cosa que la subordinación de todos los aspectos del universo a uno cualquiera de ellos. Hasta la frase ‘todos los aspectos’ es rechazable, porque supone la imposible adición del instante presente y de los pretéritos. Tampoco es lícito el plural ‘los pretéritos’, porque supone otra operación imposible...” 19

A aplicação da idéia de sistema ao direito (e ao direito privado), pelo que se vê do exposto e concluído na primeira parte do presente trabalho, é de exequibilidade relativa. A precariedade da compreensão sistêmica, registrada na citação acima, agrava-lhe a relatividade. A historicidade (mutabilidade) do homem 20 eleva-a (a relatividade) a níveis subvertedores.

17 Conforme Giorgio DEL VECCHIO, *O “homo juridicus” e a insuficiência do direito como regra da vida*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XVI, pp. 117 e ss.

18 Conforme Emil LASK, cujo pensamento é traduzido por Tércio FERRAZ SAMPAIO JÚNIOR, *Conceito do Sistema no Direito*, p. 136.

19 Jorge Luis BORGES, *Ficciones*, conto denominado “Tlón, Uqbar, Orbis Tertius”, p. 24.

20 Conforme Miguel REALE, *op. cit.* — “O homem é enquanto deve ser”.

Entretanto, modernamente, a compreensão sistêmica do direito privado atende à própria relatividade, sendo por ela (relatividade ou mutabilidade) abrangida (a compreensão sistêmica do...), mas, imediatamente, abrangendo-a.

(Começou-se pelo fim. Volte-se).

A palavra 'sistema' ingressa no vocabulário dos pensadores no momento em que estes pretendem uma compreensão científica do direito. Está historicamente ligada ao método classificatório, objetivo, das ciências naturais.<sup>21</sup>

A onda de relatividade, que, no corrente século, abala mesmo as ciências ditas exatas,<sup>22</sup> aliada ao desenvolvimento da compreensão dialética, nas ciências sociais, conferem uma nova e própria dimensão à palavra sistema no direito.

A amplitude do fenômeno a ser sistematizado, o que significa que os fatores que conduzem à sistematização variam de autor para autor. Falta, aqui, espaço e interesse para anotar essas variações.

Importa, sim, a partir do exposto na primeira parte, averiguar a possibilidade e forma de um sistema jurídico privado responder às determinantes lá expostas sem prejuízo do próprio sistema.

Idéia de todo, segurança, coerência, previsibilidade, são expressões ligadas à concepção sistemática. Emerge, pois, a palavra codificação.

Porém, os códigos, que vieram para resolver todos, e para sempre, os problemas, foram subvertidos pelas alterações sociais e, daí, pela proliferação legal extravagante. Igualmente, os princípios, antes claros e poderosos, mostraram-se insuficientes.

O direito, é inevitável perceber, não deriva apenas das leis, ou de si mesmo. "O direito não é apenas o direito."

Daí, há autores que negam a possibilidade de sistematizá-lo.<sup>23</sup>

Porém, tal negação implica não ciência (conhecimento), não justiça (verdade) e não ordem (segurança). Ou seja, é a negação de, pelo menos, uma dimensão (momento científico) do direito.

---

21 Conforme Norberto BOBBIO, *Teoria dell Ordinamento Giuridico*, p. 78. Sobre a evolução do método clássico ao sistêmico, MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, p. 122.

22 MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, p. 123.

23 Luiz RECASÈNS SICHES, *apud*. Toshio MUKAI, "A Dogmática Contemporânea e o Problema da Sistematização da Ciência Jurídica", *Revista de Direito Civil*, 35, pp. 79 e 80.

Há que se tomar a relatividade e a mutabilidade, para conceber um sistema relativo e mutável, como são o homem, o direito e o conhecimento.

É o que procede a concepção problemática do direito.<sup>24</sup>

Há uma inversão de método, do dedutivo para o indutivo.<sup>25</sup> A regra positiva já não é uma impressora a deformar o fato, mas molda-se a ele, deformando-se. Logo, o fato contém valor e este tem poder deformante sobre a norma.

Tal encontro reciprocamente deformante entre norma e fato é presidido pelos princípios jurídicos orientadores do sistema (pertencentes a ele), mas que, concomitantemente, são dele (do sistema) extraídos.<sup>26</sup>

Nem norma, nem fato, nem princípio (infinitesimalmente) saem íntegros desse encontro.

Dizer que em torno desses princípios se processa a sistematização<sup>27</sup> é falsear a verdade. A compreensão do sistema há que ser processual, de relacionamento dinâmico, onde os princípios são um dos elementos. É certo, por outro lado, que são o elemento mais geral e mais perene. Agora, do lado oposto, por essas características mesmas, são, normalmente, o de menor força determinante caso a caso.

A sistematização é, justamente, a compreensão global do fenômeno jurídico privado e a percepção dos elementos interativos.

Não poderia ser diferente. Compreensão, que denota abrangência e conhecimento, é o máximo que se pode alcançar, pois se está, apenas, no "momento científico" (primeira parte, item 1.3). Quanto melhor se compreender os outros 'momentos' (inconsciente e instrumental) e o próprio 'momento' (científico), mais verdadeira e justa a influência irradiada (sobre os outros momentos e o próprio). Também, essa 'compreensão' permite o equilíbrio, a sintonia e os ajustes entre os momentos e internamente a eles.

## II.2 — Abertura

Desnecessário e redundante seria repetir, aqui, o desenvolvido, e concluído na primeira parte. É de invocá-lo, porém, porque em muito participa deste ponto.

<sup>24</sup> Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*; Josef ESSER, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, pp. 122 e 123; Toshio MUKAI, *op. cit.*, p. 80.

<sup>26</sup> "... os axiomas são sempre igualmente conseqüências de suas próprias conseqüências; eles são justificados por suas próprias conseqüências do mesmo modo que eles as justificam." J. L. VULLIERME, *op. cit.*, p. 12.

<sup>27</sup> Toshio MUKAI, *op. cit.*, p. 80.

Já se demonstrou que o direito (fenômeno jurídico) vive em osmose com os demais fenômenos sociais e humanos. Aliás, apartá-lo, ou apartá-los já é falsear.

No item anterior (II.1), pôs-se claro que a sistematização há que compreender (conhecer e abranger) os três momentos da relação homem-direito. A mutabilidade desses momentos não ocorre apenas pela interação entre eles. Decorre, também, da influência, da insinuação de outros fenômenos sociais e humanos, não jurídicos (ao menos até o momento em que se insinuem), nas fronteiras do direito (osmose antes referida).

Ora, o ingresso de valores não jurídicos no momento inconsciente é claro como a água. Dito momento é a própria valoração jurídica inconsciente do que antes não era jurídico.

Igualmente, no momento científico, os fatores não jurídicos agem mais ou menos livremente, de acordo com a concepção valorativa do agente (doutrinador, cientista).

A questão se põe, portanto, no momento instrumental, e na vigorosa influência que exerce sobre os outros.

No direito continental, a ideologia codificadora desenvolve a idéia de completude e imutabilidade do sistema (que se confunde com o código). Essa concepção, no início deste século, entra em crise. Substitui-se a idéia pela de seletividade legislativa. É claro que a substituição não é plena, pois as lacunas e insuficiências legislativas perduram, e o legislador não está sempre atualizado, nem sempre presente.

O juiz, ao contrário, não pode negar sua presença.

Interrompe-se, agora, o raciocínio acima, para incrustar algumas anotações sobre o sistema *common law*.

Generalizando (o que implica simplificação e, daí, deformação), o caminho é inverso. Sob o pretexto de aplicação do costume, forma-se a lei comum (*common law*) jurisprudencialmente<sup>28</sup>. Sofre o influxo da *equity*, que emana de origem diversa e tem caráter revisional da *common law*<sup>29</sup>. Modernamente há um conjunto organizado de precedentes a indicar, prévia e rigidamente, a solução de cada caso<sup>30</sup>.

Retoma-se o raciocínio relativo ao direito continental, sem perder a linha do *common law*.

É que ambos, por vias opostas, enfrentam o mesmo problema. Pode-se adiantar que as soluções também têm faces contrárias.

28 Mário G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, p. 120; René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 431.

29 René DAVID, *op. cit.*, p. 375.

30 Mário G. LOSANO, *op. cit.*, p. 127; René DAVID, *op. cit.*, p. 432.

O segundo (*common law*), até pelas determinantes histórias, vale-se da restrição. Quanto à *legal rule* (regra legal), interpreta-a, o juiz, restritivamente, de forma a sobrar-lhe maior campo criativo. Do precedente esquivava-se através da técnica das *distinctions* (distinções), que repousa sobre a novidade do caso a ser julgado<sup>31</sup>. Assim renova-se.

Já o direito continental, por sua ótica historicamente inversa, cumpre outros caminhos. Como a norma (legal) é tida como abstrata e geral, é mais fácil ampliá-la, (enchê-la de conteúdo ou atenuar-lhe o conteúdo) do que restringi-la, mesmo porque, se a tônica fosse a restrição, faltariam regras e o juiz não as pode criar (?). Evidente que, se algumas normas se alargam, outras se estreitam; se umas se deformam, outras se conformam.

Há elementos que catalisam e, ou orientam essa atividade ajustadora. Os princípios jurídicos, orientadores importantes e vagos, que se contrapõem dialeticamente, muitas vezes, com fronteira oscilante e indeterminável. A interpretação, canal entre princípio e norma, que a esta estende ou enclausura. As cláusulas gerais, os tipos abertos, que, pressupondo a insuficiência estática do restrito, assentam-se no relativo. As lacunas, o nada normativo a ser normatizado.

Todos esses elementos, esses mecanismos (além de outros), permitem sintonizar, equilibrar, ajustar o momento instrumental aos outros, conforme referido ao fim do item anterior (II.1). Como estes outros momentos do relacionamento homem-direito (inconsciente e científico) são abertos a fatores metajurídicos, recebe-os, também, o momento instrumental.

Falou-se da atividade do juiz instrumentalizando a norma. É óbvio demais que a atividade formalmente criadora de direito (legislativa) e o uso privado deste (ou seja, a instrumentalidade reguladora genérica e a instrumentalidade reguladora privada — pelos indivíduos — concreta) sofre influências metajurídicas (sociais, econômicas, emocionais, psicológicas, culturais, etc.).

### II.3 — Metajuridicidade

O limite entre o jurídico e o não jurídico é de apuração discutível. Quando se trata de influência de fatores metajurídicos no direito privado trabalha-se com um paradoxo: o que influi no direito alguma juridicidade possui.

A concepção positivista legalista traçou uma linha nítida separando o jurídico do não jurídico. Para isso amputou boa parte do direito.

A concepção problemática, como exposto, só valora juridicamente (juridiciza) os fatores no momento em que é necessário solucionar certo

31 René DAVID, *op. cit.*, p. 397.

caso. Portanto, é avessa à distinção prévia entre o jurídico e o não jurídico. O fato tem valor e os fatores desse valor serão apreciados juridicamente.

Não obstante, o próprio conjunto de normas positivas tem "claros" cujo preenchimento se dará com material de origem não jurídica<sup>32</sup>.

O conceito de "fins sociais" ou de "bem comum" é passível de enchimento com material eminentemente político e de variação equivalente à diferença existente entre os programas e a ideologia dos partidos políticos de direita e os de esquerda, pois ambos visam ao bem comum e aos fins sociais. A palavra "equidade" evoca emoção, bondade. As idéias de boa-fé, "bons costumes", "bom pai de família", têm conotação ética, e são variáveis do sul ao norte e do campo para a cidade. A "moral" tem conteúdo moral (e muito religioso). A "autonomia privada" não se desprende de sua origem econômica e filosófica; a "ordem pública" denota o intervencionismo econômico e social do Estado.

Entre outros, esses conceitos (princípios) transitam livremente pelo direito privado, nas leis, nas sentenças, nos contratos e convenções, etc. São poderosos, vagos<sup>33</sup> e não jurídicos.

#### *Segundas Conclusões*

O direito moderno, tanto o continental quanto o da *common law*, vive o impasse do "pré-jurídico". É preciso desprender-se dele.

Os caminhos que cumprem, para isso, são inversos, mas a experiência do direito continental vale ao insular, e reciprocamente.

Naquele, a concepção problemática põe fato e norma em plano de igualdade, e interagindo entre si e com os princípios, para desvelar o direito caso a caso. Aqui, pois, a influência da *common law*.

Nesta, restringe-se a abrangência dos precedentes, como a da regra legal, ampliando o campo criativo, cujo preenchimento se dá com base em princípios que se desenvolvem com finalidade organizadora (sistemadora)<sup>34</sup>. Aqui, pois, a influência do direito continental.

Em ambos, portanto, os princípios tomam relevância. Ambos, também, tendem a aproximar-se na descoberta do direito caso a caso.

---

32 Esse tipo de distinção, por todo o já explanado, deve ser tomado com a devida relatividade.

33 Como observa Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia de Diritto*, p. 210, os critérios de integração das normas são muito menos completos do que o que pretendem integrar, os critérios de determinação são muito mais indeterminados do que o que se quer determinar.

34 Josef ESSER, *op. cit.*, p. 303. Há autores que defendem o recurso a uma 'new equity', como afirma René DAVID, *op. cit.*, p. 383.

Especificamente quanto ao direito continental, os princípios e as cláusulas gerais (como também as lacunas, ainda que estas não contenham indicação do próprio conteúdo), além do conteúdo aberto, evocam conceitos não jurídicos, que tendem, pela interpretação e analogia, a se esparramarem sobre o conjunto normativo.

A própria concepção problemática é um "processo de juridicização", supondo a influência metajurídica.

Por fim, é preciso organizar o exposto.

A solução (problemática) dos casos passa-se no momento instrumental. Porém desprende-se do direito positivo (momento instrumental) abrindo-se à influência dos momentos inconsciente e científico. Este, por seu turno, age (interpreta, preenche, organiza) sobre o momento instrumental (regras positivas).

Quanto mais azeitados esses canais, mais equilibrado o direito, porque em sintonia com a sociedade, sua origem e razão; mais moderno e mais próximo de sua tarefa de regulá-la e organizá-la de forma justa. A injustiça é desequilíbrio, que é (ou tende à) desordem.

#### *Conclusão*

Da justaposição das duas partes do presente trabalho e, principalmente, de suas conclusões particulares resulta o que segue.

A mutabilidade intrínseca do direito e a não-especificidade jurídica do homem são fatores que se implicam reciprocamente e, igualmente, implicam a metajuridicidade do direito (ou seja, a influência e a juridicização do que, antes, não era jurídico). "O direito não é só o direito".

O pensamento "problemático" (aberto), que põe em interação reciprocamente deformante fato, norma e princípios, onde estes são orientadores que, dialeticamente, sofrem a orientação de suas conseqüências (esta palavra é excessiva, melhor seria "influências"), não basta, ou é insuficiente, para caracterizar um "sistema aberto externo". É necessária a compreensão global, panorâmica, do direito, de modo a perceber e promover a interação e o equilíbrio entre os três momentos (inconsciente, instrumental e científico), o que implica direito moderno, sociedade em ordem e justiça humana. Aquele (pensamento problemático) se dá no momento instrumental; esta (compreensão sistêmica processual), no científico. Ambos implicam-se.

Destas duas conclusões fundamentais (dois parágrafos acima) deriva o que segue.

A influência de fatores metajurídicos ocorre mesmo nos "sistemas fechados", através dos princípios, da interpretação, das lacunas, e outros. Nestes, porém, vigora a idéia limitativa do direito às normas positivas, reduzindo-o a uma parte do momento instrumental. A idéia vigora no

momento científico e se imprime sobre o instrumental (jurisprudência, jurisdição). O direito não se submete e entra em dissintonia com essa ordem (que tende a ser apenas força, não direito).

“O homem forma e deforma o direito”. Mas sua ação no momento instrumental tem elasticidade limitada, pois, também, “o direito forma e deforma o homem”.

Por outro lado, a caracterização de um sistema como fechado ou aberto é uma questão de grau, dependente dos homens que pensam, escrevem, pedem e aplicam o direito. Por trás disso, é claro, há a complexa realidade humana cultural e social.

A aplicação (*stricto sensu*) constantemente igual de uma regra perpétua se dá por fatores metajurídicos.

“Eu vejo o vir a ser.”

#### *Bibliografia*

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, 92:221-40, 1986.

———. A técnica jurídica na obra de Teixeira de Freitas — “A criação da dogmática civil brasileira”, *Revista de Direito Civil*, 38:21-35, 1986.

ARAÚJO, Vandyc Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Fabris, Porto Alegre, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. G. Giappichelli Editore, Torino, s/d.

BORGES, Jorge Luis. *Ficciones*. Editora Alianza Emecé, Madrid/Buenos Aires, s/d.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete, Ajuris, Porto Alegre, 1977.

COELHO, Luiz Fernando, *Teoria crítica do Direito*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1986.

CONTE, Amedeo G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1962.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Editorial Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1947.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Meridiano, Lisboa, 1973, tradução Hermínio A. Carvalho.

- DEL VECCHIO, Giorgio. *O 'homo juridicus' e a insuficiência do direito como regra de vida*. Boletim da Faculdade de Direito, 1939-1940, XVI:177-212, Editora Coimbra, 1940.
- . *O problema das fontes do direito positivo*. Boletim da Faculdade de Direito, XVII (1940-1941):185-205, Coimbra Editora, 1941.
- EHRLICH, Eugen. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Gluffrè, Milano, 1976, tradução Alberto Febbrajo.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, s/d.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch, 1961.
- FALZEA, Angelo. "Sistema culturale e sistema giuridico." *Rivista di Diritto Civile*, 1988, parte prima, 1-17, Padova.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- FRANÇA, R. Limongi. *O Direito, a lei e a jurisprudência*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- GARDIES, Jean-Louis. *En que sens en Droit, un système juridique peut-il être dit complet?* Archives de Philosophie du Droit, tome 24:285-96, Paris, 1979.
- HASSEMER, Winfried. *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*, Direito Comparado I:189-208.
- JACKSON, B. S. *Structuralisme et 'source du droit'*. Archives de Philosophie du Droit, 27:147-60, 1982.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Tradução Enrique Ginbernat Ordeig, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- LITRENTO, Oliveiros. *Dialética e técnica na teoria geral do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987", *Revista de Informação Legislativa*, 94:45-58, 1987.
- LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução Ana Falcão Bastos e Luís Leitão, Editorial Presença/Livraria Martins Fortes, Portugal/Brasil, s/d.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução Gustav Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.
- MACEDO, Sílvio de. "Simetria e dissimetria jurídicas". *Revista de Direito Civil*, 35:48-50, 1986.
- . "Doutrina jurídica e ciência jurídica" (distinções), *Revista de Direito Civil*, 36:112-4, 1986.
- . "Da heurística jurídica". *Revista de Direito Civil*, 27:115-7, 1986.
- . "Da exegese e dos níveis hermenêuticos" (a exegese jurídica atual), *Revista de Direito Civil*, 38:179-82, 1986.

- . *Das dimensões da ciência jurídica atual*. Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- MARINS, Victor A. A. Bomfim. "Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça." *Revista de Direito Civil*, 38:83-95, 1986.
- MARTINO, Antonio. "Una polemica a Buenos Aires: 'giudici creano diritto?' a proposito della completezza". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, vol. 3:645-65.
- MEIRA, Hérbat Spencer B. "Sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa*, 90:83-8, 1986.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "Metodologia Constitucional". *Revista de Informação Legislativa*, 91:63-112, 1986.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo & PRADO, Ney. "Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social". *Revista de Informação Legislativa*, 96:121-38, 1987.
- MUKAI, Toshio. "A dogmática contemporânea e o problema da sistematização da ciência jurídica". *Revista de Direito Civil*, 35:72-81, 1986.
- PONTES DE MIRANDA. *A margem do Direito*. Francisco Alves & Cia., São Paulo—Belo Horizonte, 1912.
- . *Introdução à sociologia geral*. Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1980.
- . *Sistema da ciência positiva do Direito*, 4 vols.
- RAISER, Ludwig. "O futuro do direito privado", *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 25:11-30, 1979.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1968.
- RENNER, Karl. *The institutions of private law*. Translated by Agnes Schwarzschild, Ed. Routledge & Kegan Paul Limited, London, 1949.
- RODRIGO, Luis Maria Dominguez. *Significado normativo de la Jurisprudencia: Ciencia del derecho o decisión judicial?* Centro de Publicaciones — Secretaría General Técnica — Ministerio da Justiça, Madrid, 1984, 2 vols.
- ROMARIZ, Edma. "Direito e justiça (a propósito da Constituinte)", *Revista de Informação Legislativa* 90:53-82, 1986.
- TOBERAS, José Castán. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del Mundo Occidental*. 2ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.
- VALLAURI, Luigi Lombardi. *Corso di filosofia del Diritto*. Cedam, Padova, 1981.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Taurus, tradução Luiz Díez Picazo Ponce de Leon, Madrid, 1964.
- VULLIERME, J. L. *Les anastomoses du droit* (spéculation sur les source du droit), *Archives de Philosophie du Droit*, 27:5-21, 1982.