

REVISTA

DIREITO, INOVAÇÃO E REGULACÕES

II. DOCTRINA INTERNACIONAL

5

**AS INOVAÇÕES LATENTES NO SISTEMA LEGAL E
AS CATEGORIAS DE DIREITO CIVIL**

**LATENT INNOVATIONS IN A LEGAL SYSTEM
AND CIVIL LAW CATEGORIES**

Francesco Gambino¹

1 Francisco Gambino. Doutor em Direito Civil, Universidade de Turim, 2001. Graduado em Direito - Universidade La Sapienza de Roma. Professor Titular de Direito Privado, Faculdade de Direito, Universidade de Macerata. Professor Visitante em 2000 na Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Professor Associado de Direito Privado, 2002. Professor Titular de Direito Privado, Faculdade de Direito, Università di Macerata desde 2007. Membro da Associazione Civilisti Italiani. Membro da Associação Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Membro da Unione dei Privatisti. Inscrito na Ordem dos Advogados, Itália, 2000. francesco.gambino@unimc.it

Traduzido por Julio Cesar Garcia. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UEM. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da UNIVEL. julio.garcia@univel.br

GAMBINO, Francesco. **As inovações latentes no sistema legal e categorias de direito civil.** Trad. GARCIA, Julio Cesar. Revista Direito, Inovação e Regulações - Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Cascavel. Jan. 2022; V. 1 (1): 15-30. DOI 10.5281/zenodo.14064388

RESUMO

Entre os temas decorrentes de uma reflexão sobre *inovação e transição* num sistema jurídico, destaca-se um em particular: o que é "novidade" no mundo jurídico. A lei assume muitas faces. Portanto, ao concordar em dar à transição uma função "ascripiva", como forma de a inovação se manifestar é, no entanto, essencial marcar uma distinção geral. Este texto busca analisar a manifestação da inovação no sistema legal e sua relação com as categorias do direito civil.

Palavras-chave: Inovação. Direito civil. Hermenêutica.

ABSTRACT

Among the issues arising from a reflection on innovation and transition in a legal system, one in particular stands out: what is "new" in the legal world. Law takes on many faces. Therefore, in agreeing to give transition an "ascriptive" function as a way for innovation to manifest itself, it is nevertheless essential to mark a general distinction. This text seeks to analyze the manifestation of innovation in the legal system and its relationship to the categories of civil law.

Keywords: Innovation. Civil law. Legal interpretation.

INTRODUÇÃO: AS INOVAÇÕES RADICAIS E LATENTES EM UM SISTEMA LEGAL

Entre os temas decorrentes de uma reflexão sobre *inovação e transição* num sistema jurídico, destaca-se um em particular: o mais problemático, que poderia ser definido como o tema das "passagens" que constituem o que é "novidade" no mundo jurídico. A lei assume muitas faces¹; tantas faces quantas o fenômeno jurídico pode assumir de acordo com diferentes concepções. Portanto, ao concordar em dar à transição uma função "ascripiva", como forma de a inovação se manifestar², é no entanto, essencial marcar uma distinção geral. Para os fins deste artigo, num sistema legal (ou, se desejar, numa ordem jurídica³), é necessário diferenciar as *inovações patentes e radicais* das *inovações sub-reptícias ou latentes*.

¹ Basta considerar o debate que teve lugar nas primeiras décadas do século XIX sobre a confusão entre as diferentes tarefas atribuídas à ciência jurídica e aos profissionais do direito (em particular na perspectiva do exercício voluntário de uma função) que produziu o resultado pelo qual o primeiro se tornou "o leito da prática" (A. MERKL, *Il duplice volto del diritto* (1918), em *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tradução italiana de C. Geraci, com prefácio de M. Patrono, Milão, 1987, 122).

² M. MECCARELLI, *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, editado por M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler, Madrid, 2020, p. 37-39.

³ Nesta reconstrução preliminar, deixemos de lado a questão do que pode ser definido como ideal e do que é real e eficaz numa ordem, ou seja, a diferença entre um conjunto de normas e os poderes que as produzem e as fazem cumprir, transformando a lei em "organização, estrutura, a própria posição tomada pela sociedade" (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2nd edição, Florence, 1962, p. 27). A lição dada por Santi Romano, que relatou a crise da hierarquia das fontes e recusou o positivismo jurídico (P. GROSSI, *Ordinamento*, in *Jus*, LIII, 2006, agora em *Paolo Grossi - Maestri del diritto*, editado por Guido Alpa, Roma-Bari, 2011, op. cit., p. 49), é agora ecoada em estudos sobre a sociologia do direito. Neste contexto, podemos ler os ensaios de Gunther Teubner traduzidos para italiano e publicados em *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, traduzido e editado por R. Prandini, Roma, 2005. Mais recentemente, uma série de contribuições sobre o

As primeiras - as inovações *radicais* - resumem-se aos fatos históricos que deram origem a novas instituições e novos quadros regulamentares que são operacionais, vinculativos e eficazes. As outras - as inovações *latentes* que também projetam novos conteúdos dentro de determinadas formações⁴ semânticas - surgem daqueles que assumem a tarefa de interpretar um determinado sistema (profissionais do direito, teoria jurídica, jurisprudência) e da forma como narram a lei, com vista a satisfazer as expectativas e as expectativas esperadas de uma comunidade. Aqui, a dificuldade - como será delineado abaixo - reside na compreensão e reconhecimento da *autenticidade* da inovação, uma vez que ela surge do significado, dimensão e estabilidade do *fenômeno que rompe* com o passado.

Para dar uma ideia da inovação radical - e da sua incidência sobre a língua e a cultura - podemos recordar alguns acontecimentos históricos.

A título de exemplo, pensemos no período de meados do século XIX em que a Itália se preparava para tomar o caminho da unificação política, legislativa, econômica e administrativa, em nome da continuidade com as experiências do passado⁵. Este foi o período em que as elaborações teóricas e as categorias jurídicas sofreram o impacto da história. O quadro cultural que consagrava o Código Civil de 1865, moldado no Código Napoleônico de 1804, apresenta as necessidades econômicas e sociais da ideologia burguesa⁶: o indivíduo, os direitos subjetivos, o contrato, a sucessão *mortis causa*. O método exegético, exercido em conformidade com a ordem estabelecida pelo Código Civil, resulta da interligação estreita entre a teorização jurídica e as atividades legislativas, "reunidas na unidade do Estado liberal"⁷.

Para dar outro exemplo, pode ser feita referência às mudanças introduzidas na ordem política e jurídica através da introdução de uma Constituição⁸. Na Itália, a Constituição Republicana de 1948, ao colocar-se no ápice da ordem jurídica, rebaixou as *Disposições sobre a lei em geral* para um nível hierárquico inferior. A solidez do método normativo difundido entre estudiosos e praticantes do direito até esse momento foi fatalmente abalada. A entrada em vigor da Constituição marcou uma nova abordagem filosófica - a filosofia dos valores⁹ - que se abriu aos interesses prevaletentes consagrados na Constituição. Os pontos de vista "baseados em valores" que apoiam as argumentações ditadas pelos valores socialmente reconhecidos¹⁰ satisfazem a necessidade axiológica de controlar os esforços interpretativos e construtivos do jurista.

pensamento de Teubner por estudiosos do direito civil, sociologia e filosofia do direito foram publicadas em *Il diritto frammentato*, editado por A. Febbrajo e F. Gambino, Milão, 2013.

⁴ Se seguirmos o raciocínio de R. KOSELLECK [*Repetitive structures in language and history*. In: Tilmans, Karin; Vanvree, Frank; Winter, Jay. (eds.). *Performing the past: memory, history and identity in Modern Europe*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010, p. 51-66] podemos esclarecer que "innovating means finding a way to project new content into semantic vehicles that, created for the sake of newness or not, can be adequately mirrored in common knowledge already shared by the community" (C. Roesler, *Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective*, in *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, editado por M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler, Madrid, 2020, p. 127).

⁵ A preocupação generalizada de preservar a continuidade com o passado, especialmente em assuntos administrativos, é destacada no ensaio de S. CASSESE, "Fare l'Italia per costituirli poi". *Le continuità dello Stato*, em *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, 305 ff.; cujo título cita as palavras que Camillo Benso di Cavour escreveu numa carta de 19-10-1860 (306, nt. 4).

⁶ N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, em *La cultura del diritto civile*, Turim, 1990, p. 4.

⁷ N. Irti, *La cultura del diritto civile*, op. cit., p. 5.

⁸ A relação entre a lei e a Constituição é citada como exemplo de *transição e inovação* na contribuição de M. MECCARELLI, *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodology approach from legal history*, op. cit., p. 30-33.

⁹ Para explorar esta abordagem, que na Itália seguirá outros caminhos de raciocínio, veja a reconstrução feita por N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, em *Diritto senza verità*, Rome-Bari, 2011, 98-100.

¹⁰ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 85.

Podemos finalmente recuar ainda mais na história e recordar a abolição do *nexo* com o qual o devedor foi escravizado ao credor, que tinha "o direito de manter o *nexo*, ou seja, o *obligatus*, acorrentado, espancá-lo com uma bengala, e obrigá-lo a trabalhar para ele" ¹¹. A "terrível eficácia" do *nexo*, que foi a causa de lutas indisciplinadas entre credores patrícios e devedores plebeus, persistiu até à morte da *Lex Poetelia* em 326 a.C., que aboliu esta instituição. Este é o ponto da história em que surgiu o moderno sentido da obrigação ¹²: a transição da subjugação pessoal e coercitiva do devedor para uma relação de natureza pecuniária. A "obrigação" perde a sua conotação original e é normalizada, se me é permitido usar este termo.

A palavra, despojada da sua origem etimológica e adquirindo uma nova fase evolutiva de significado, liberta-se da pessoa material do devedor.

É o primeiro vestígio de todo o processo de objetificação que, com o pleno desenvolvimento de uma cultura jurídica, acabará por ancorar a responsabilidade decorrente da obrigação ao património do devedor.

1 A LINGUAGEM JURÍDICA NAS INOVAÇÕES CONCEPTUAIS, CULTURAIS E JURÍDICAS. A LINGUAGEM COMO ÓRGÃO FORMADOR DE PENSAMENTOS.

No que aqui definimos como *inovação*, tanto patente como latente, a base comum é estabelecida pela linguagem ¹³. É dentro da estrutura linguística que as inovações - formas de pensamento capazes de estabilizar e prevalecer na resolução de problemas legais e sociais - são criadas e reconhecidas ¹⁴. O processo de estabilização - na presença de uma autêntica inovação conceptual, cultural ou jurídica - é tornado possível pela interação de uma determinada língua com a nossa forma de conceber e perceber o mundo. Porque a linguagem, como podemos ler nos escritos de Humboldt, é "o órgão que forma o pensamento" e deve existir em estreita ligação com as leis da gramática e as leis do pensamento ¹⁵.

Na minha opinião, ao seguir esta linha de pensamento - desenvolvida nos estudos de Franz Boas e Roman Jakobson ¹⁶ - podemos afirmar que a linguagem jurídica não funciona de forma diferente das outras línguas e também podemos dizer que ela - exatamente como qualquer outra língua - não se caracteriza tanto pelo que permite pensar como pelo que "habitualmente obriga determinados tipos de informação a pensar" ¹⁷.

Na reconstrução do Guy Deutscher, quando uma língua "obriga os seus falantes a prestar atenção a certos aspectos do mundo cada vez que abrem a boca ou abrem os seus ouvidos, no final estes hábitos linguísticos podem traduzir-se em hábitos mentais que produzem consequências na memória, percepção, associações ou mesmo competências práticas". ¹⁸

À luz destas descobertas, poderíamos dizer que a estabilidade de uma inovação no mundo do direito é marcada pela conversão de uma opção linguística num hábito linguístico. É

¹¹ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (1896), 10ª edição, Turim, 1946 (reimpresso em Milão, 1987), p. 372.

¹² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., pp. 304, 372.

¹³ C. ROESLER, *Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective*, op. cit., p. 126.

¹⁴ C. ROESLER, *Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective*, op. cit., p. 125-126.

¹⁵ A visão de Wilhelm von Humboldt sobre o tema da influência da língua na mente é citada nos escritos de G. DEUTSCHER, *La lingua colora il mondo. Come le parole deformano la realtà* (2010), tradução italiana de E. Griseri, Turim, 2016, pp. 151-158.

¹⁶ Ver o princípio Boas-Jakobson como recordado nas palavras de G. DEUTSCHER, *La lingua colora il mondo*, op. cit., pp. 173-179.

¹⁷ G. DEUTSCHER, *La lingua colora il mondo*, op. cit., p. 175.

¹⁸ G. DEUTSCHER, *La lingua colora il mondo*, op. cit., p. 175.

um sentimento de constrangimento que, na totalidade dos significados em que vivemos, leva a aumentar ou a diminuir as nossas opções possíveis.

O significado de certas coisas nas nossas vidas e objetivos manifestam-se de uma nova forma. Poderíamos até falar de uma nova forma de usabilidade ¹⁹ das coisas legais. Assim, por exemplo, com a abolição do *nexo*, o conceito de obrigação começa a perder a sua conotação material e entra num novo domínio de constituição e validade ²⁰, gera novas regras de utilização, e lança novos processos teóricos. Com a abolição da instituição do *nexo* ou, em tempos mais recentes, da prisão por dívida (prevista no código civil de 1865) ou da "pedra da vergonha" usada numa pequena cidade da Sicília até aos anos 20 ²¹, a dívida está necessariamente destinada a assumir um significado menos aflitivo e ameaçador, psicologicamente distante de ser sinónimo de culpa e vergonha social.

Tanto em inovações radicais e latentes, palavras, conceitos e suas variações de significado, penetram no sistema legal, modificando as suas características ²². Enquanto nas inovações radicais a construção de um novo espaço simbólico é alcançada no sinal de uma evidente ruptura com o velho mundo ²³, nas inovações latentes é a medida oculta da ruptura com o passado que indica o grau de autenticidade da inovação.

Na minha opinião, neste último existe a necessidade decisiva - apontada por Koselleck - de provar efetivamente a sua novidade e o que resulta ser apenas uma nova forma de aparecer de estruturas não variáveis ²⁴. Aqui, o sentimento de constrangimento subjacente a um novo hábito mental surge de um ponto de intersecção não especificado entre uma certa forma de narrar e de interpretar a lei através das expectativas das comunidades num determinado período histórico.

2 CONFINANDO O ESPAÇO SEMÂNTICO DE REFERÊNCIA

Na perspectiva delineada pelos estudiosos da língua, deve agora ser feita referência à tendência evidente no direito civil para substituir categorias sólidas e antigas do passado por novos paradigmas e ordens conceptuais. Numa abordagem que também envolve outras disciplinas, torna-se essencial confinar o espaço semântico de referência.

Este espaço - contra o qual as inovações latentes do sistema são medidas - é ocupado por decisões judiciais nas quais a seleção dos critérios de julgamento legal, ao refletir sobre as formas como o certo ou o errado é atribuído no julgamento, carrega o peso de uma responsabilidade cultural subjacente. Estamos aqui a referir-nos ao contexto de atos intencionais que, ao decidir o resultado de uma controvérsia, requerem técnicas de controle sobre as argumentações utilizadas para justificar a solidez da decisão.

¹⁹ Gianni Vattimo insiste no termo alemão *Zuhandenheit*, usado por Martin Heidegger [em *Essere e Tempo* (1927), tradução italiana de Chiodi, 17ª ed, Milão, 1971, § 14, pp. 88-92] no contexto da "mundialização" do mundo, em que a usabilidade do sentido das coisas em relação às nossas vidas "é a sua forma de se darem a si próprios um sentido mais original, a forma como surgem na nossa experiência" (in *Introduzione a Heidegger* (1971), Rome-Bari, 2000, p. 23).

²⁰ Veja a referência feita aos estudos realizados por Georges Canguilhem sobre "transformações" e sobre a "mudança" de conceitos, M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura* (1969), tradução italiana de G. Bogliolo, Milão, 1999, p. 7.

²¹ Veja a este respeito a *lectio brevis* intitulada *Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"* entregue por Giuseppe B. Portale na Accademia dei Lincei no dia 15 de Abril de 2016.

²² Aqui, vemos o retorno da ideia da "ascriptive valence" da transição como uma inovação: "a temporal condition capable of attributing to law specific regimes and contents" (M. MECCARELLI, *Tempo de inovação e tempo de transição moldando a dimensão jurídica: uma abordagem metodológica da história jurídica*, op. cit., p. 29).

²³ Ver M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, op. cit., pp. 6-7.

²⁴ Ver sobre este ponto C. ROESLER, *Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective*, op. cit., p. 124-128.

A questão do fato é que o direito civil, nem sempre necessariamente ligado aos fatos, apresenta a possibilidade de elementos inventivos numa situação em que o *público*²⁵ é normalmente constituído pelas partes no julgamento, pelo juiz superior e pela comunidade científica.

3 PRINCÍPIOS, DISPOSIÇÕES GERAIS, NOVAS FORMAS DE RACIOCÍNIO

São agora vinte anos que na Itália a ideia de uma lei "fatal" - já presente nos nossos estudos e nos nossos Tribunais de Justiça - tem vindo a crescer. O terceiro que decide sobre o caso já não é "a boca da lei". Ele ou ela está relutante em manter a letra da lei e, ao conceder o certo ou o errado, não hesita em basear a sua decisão em princípios constitucionais, princípios gerais, critérios de julgamento extrajudiciais, a nova *lex mercatoria*, a lei da União Europeia e também em ordens jurídicas estrangeiras.

Um sistema rigidamente hierárquico está a ser desafiado por um sistema flexível e heterárquico, mais de acordo com o ambiente cultural dos sistemas de *direito comum*. Princípios gerais e disposições gerais funcionam como "elementos flexíveis" que, ao penetrarem nas decisões dos juízes, ameaçam a primazia da lei, tornando-a inconstante e incerta. É a consequência de uma concepção global do direito que, refletindo a erosão da natureza jurídica do Estado, vê o direito como um fenómeno em perene movimento, em que o equilíbrio na relação legislador-jurisdicional muda, as disposições gerais tornam-se o núcleo conceptual a partir do qual uma nova lei evolui, e os princípios gerais penetram nas normas e anulam a sua interpretação.

Em certas abordagens, o objetivo é ajustar o direito aos fatos sociais, económicos e naturais e adaptar as formas jurídicas à especificidade e urgência do caso em apreço. Isto pode ser feito de várias maneiras. Da perspectiva das atividades de interpretação realizadas no âmbito da teoria e da jurisprudência jurídica italiana, deve aqui ser tomado em consideração dois novos fenómenos: *a)* princípios e disposições gerais aplicados contra as normas; *b)* a construção de um paradigma jurídico sobre princípios. No primeiro caso, as disposições e princípios gerais prevalecem sobre a regulamentação legislativa. O segundo caso levanta o problema da construção de um paradigma legal na ausência de uma norma.

As páginas seguintes focarão a atenção na aplicação da disposição geral de boa fé, com base nas definições dadas pela jurisprudência italiana. A decisão de um tribunal distrital estabelece que o Art. 1375 do Código Civil, que estabelece que "o contrato deve ser executado de boa fé", deve ser entendido como referindo-se ao princípio da boa fé objetiva que, como regula cada fase do contrato - desde a sua formação e interpretação até à sua execução - configura uma disposição geral fundamentada no dever de solidariedade estabelecido no Art. 2 da Constituição e funciona como um critério de reciprocidade, independentemente da existência de obrigações contratuais ou legais para o efeito²⁶.

Aqui, o raciocínio pode desdobrar-se em termos simplificados e intuitivos, mais abertos para interceptar a aplicação de outras disciplinas.

Agir de boa fé na execução de um contrato significa cumprir um dever geral - que se aplica a todas as partes de qualquer contrato - de salvaguardar (ou, se quiser, proteger) os interesses da outra parte, na medida em que isso não implique um sacrifício significativo dos

²⁵ No desenvolvimento da nova retórica proposta por Chaïm Perelman, a *audiência* é definida como "the group of people that the speaker wants to influence through his argumentations" (in *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), com Lucie Olbrechts Tyteca, tradução italiana, com um prefácio de N. Bobbio, Turim, 1966, p. 21).

²⁶ Tribunal de Recurso de Roma, Secção II Acórdão N.5300 de 16 de Dezembro de 2010, aqui em resumo, no banco de dados de *De Jure*.

seus próprios interesses. A disposição geral de boa fé baseia-se na ideia de que os acordos contratuais são incapazes de expressar tudo. Eles são necessariamente programas incompletos.

A abordagem adotada por alguns profissionais do direito ao lidar com contratos economicamente relevantes é clarificar e especificar uma multiplicidade de comportamentos requeridos (declarando a definição dos termos usados no contrato nos “considerandos” para indicar analiticamente o conteúdo das cláusulas contratuais).

A abordagem mais comum é deixar ao intérprete a tarefa de preencher, por assim dizer, alguns dos efeitos dos contratos através da aplicação da disposição geral. É isto que torna litigioso o princípio da boa fé nos contratos. Sob a relação jurídica de um contrato e sem a indicação da importância de um determinado comportamento, é dado às partes um amplo campo de discricção. Se as partes chegarem a um acordo sobre um comportamento controverso na execução de um contrato, então não há problema. Se, pelo contrário, entrarem em conflito, caberá ao juiz decidir denunciando, por assim dizer, a existência legal do comportamento que, considerado relevante do ponto de vista do princípio da boa fé, obrigará o infrator a indenizar ou reparar o dano.

Imaginemos uma primeira situação. Pergunta-se: é a parte contratante é obrigada a tolerar que - por razões inesperadas, alheias à vontade das partes - os bens adquiridos sejam entregues num endereço não muito diferente daquele indicado no contrato? A lei tende para a proporcionalidade e, portanto, a resposta aqui é positiva. Neste caso, por força do princípio da boa fé, o credor é obrigado a tolerar uma execução defeituosa do contrato. Já as palavras "tolerar" e "execução defeituosa" (ao invés de "não execução") exprimem bem a ideia subjacente ao princípio da boa fé contratual de proteger os interesses de terceiros, na medida em que isto não implica um sacrifício significativo dos próprios interesses.

Diferente é o caso, de acordo com a disposição geral de boa fé, da reconhecida possibilidade de extinção das obrigações pecuniárias com cheque²⁷ (o que, de acordo com uma abordagem adotada na jurisprudência, abre a porta ao uso de meios de pagamento alternativos que não o dinheiro). Esta é uma solução inovadora que se sobrepõe à redação literal do Art. 1277, Par.1, do Código Civil Italiano que diz o seguinte: "as dívidas pecuniárias são extintas com a moeda corrente no Estado no momento do pagamento e pelo seu valor nominal".

Do ponto de vista da interpretação, existe o problema da compreensão se a boa fé contratual - como especificação do princípio constitucional da solidariedade social - é capaz de converter a expressão "moeda corrente" (que significa dinheiro em espécie) numa expressão mais genérica (por exemplo: "valor monetário") a fim de atribuir ao devedor a faculdade de pagar com um meio que não seja em dinheiro. Com base em uma interpretação constitucionalmente orientada do Art. 1277 do Código Civil italiano, o Tribunal de Cassação, em sessão conjunta, impôs ao credor - que é obrigado a comportar-se de boa fé - a obrigação de aceitar meios de execução contratual alternativos à entrega - em casa - de dinheiro em espécie²⁸. Esta interpretação do Art. 1277 do Código Civil - de acordo com o Tribunal de Cassação - "vai além do texto literal e, ao compreender o seu sentido autêntico, adapta-se à realidade alterada"²⁹.

Esta é uma abordagem que - embora sensível aos novos e cada vez mais sofisticados instrumentos de circulação de dinheiro - levanta o problema de uma nova forma de raciocínio ou, se preferir, de uma nova técnica de argumentação jurídica. O termo de referência na seleção dos critérios para o julgamento - critérios que, em última análise, visam atribuir o certo ou o errado num julgamento - já não é o "sentido feito patente pelo significado específico das palavras" usado pelo legislador, significando assim o significado literal ao qual o intérprete está

²⁷ Ver - sobre a questão dos pagamentos sem dinheiro - a decisão do Tribunal de Cassação, Sessão Conjunta, N. 26617, 18 de Dezembro de 2007, em *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ff., com uma nota de A. DI MAJO.

²⁸ Tribunal de Cassação, Sessão Conjunta, Acórdão N. 26617, de 18 de Dezembro de 2007, op. cit.

²⁹ Tribunal de Cassação, Sessão Conjunta, Acórdão N. 26617, de 18 de Dezembro de 2007, op. cit.

vinculado nos termos do Art. 12 das *Disposições sobre a lei em geral*³⁰, mas sim o dever fundamental de solidariedade social consagrado no Artigo. 2 da Constituição, o que é útil para reforçar o argumento da boa fé contratual no caso em apreço.

Viremos agora a nossa atenção para as disputas legais sobre a natureza abusiva do exercício da faculdade de rescisão sem justa causa³¹ de um contrato de concessionário. Pergunta-se: o licenciante (neste caso, o construtor de automóvel *Renault*), detentor de um direito que lhe é atribuído por uma cláusula - considerada válida - pode rescindir o contrato (no caso em apreço, com aviso prévio) sem ser obrigado a indenizar os danos causados aos concessionários³² assim excluídos da relação contratual?

De acordo com o Tribunal de Cassação, também neste caso, a boa fé, o fair play e o "dever fundamental de solidariedade social" (Art. 2 da Constituição) são os argumentos que revelam o controle judicial sobre o comportamento das partes (neste caso, a natureza abusiva do exercício concreto do direito de rescisão por parte do licenciante)³³.

Como a ordem jurídica italiana carece de uma disposição sobre o abuso de um direito, cabe aos tribunais o poder de controlar os objetivos e as formas de uma rescisão de contrato que foi acordado como livre e incondicional. No acórdão citado, o Tribunal de Cassação baseia-se na disposição geral de boa fé para julgar as razões da rescisão, para estabelecer se o quadro legal formal foi utilizado para um fim diferente da razão pela qual foi desenvolvido e se o exercício de um direito foi realmente abusivo.

Esta conclusão, que levanta alguma perplexidade, dilui e reduz o valor argumentativo de algumas categorias de direito civil, ordens concetuais antigas, e abordagens interpretativas bem fundamentadas dos problemas legais (também presentes na decisão do Tribunal de Recurso de Roma anulada pelo Tribunal de Cassação). Para o juiz da causa, as razões da retirada do fabricante de automóveis são inquestionáveis ou, se preferir, não são perceptíveis, porque sustentadas pelo conceito de *validade*, a noção de *direito potestativo* e o princípio da *autonomia*³⁴ *privada*.

Declarar uma cláusula (a cláusula de rescisão) *válida* significa avaliá-la por estar em conformidade com as normas superiores contidas no Código Civil, marcando-a como pertencente ao sistema legal que, através das suas regras, aprova o conteúdo da cláusula. Em outras palavras, o ato de rescindir um contrato em conformidade com uma cláusula válida, não é abrangido pela proteção da cláusula de boa fé³⁵. De acordo com a escola de pensamento tradicional, os cursos universitários ensinam que um direito potestativo (no caso em apreço, o direito de revogação) é o poder de produzir uma mudança na esfera jurídica de outra pessoa. Não é um direito que, para ser cumprido, necessita da cooperação do devedor, mas um direito potestativo. O exercício deste direito coloca a outra parte numa posição de sujeição: ela não pode evitar estar sujeita aos efeitos das mudanças na sua esfera jurídica. Por último, é feita referência ao princípio da autonomia privada que, numa ordem liberal, decorre também do poder de determinar livremente o conteúdo do contrato (Art. 1322, Par. 1 do Código Civil).

³⁰ No caso em questão, o significado unívoco das palavras "curso legal" contidas na Arte. 1277 do Código Civil.

³¹ Acórdão do Tribunal de Cassação n.º 20106, de 18 de Setembro de 2009, em *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671.

³² Devem ser tomados em consideração os investimentos feitos pelos concessionários e outras perdas económicas.

³³ Ver sobre este ponto o acórdão do Tribunal de Cassação n.º 20106 de 18 de Setembro de 2009, em *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671.

³⁴ Neste sentido, o Tribunal de Recurso de Roma (N.º 136/2005, Seita. XI, de 28-9-2004-13-1-2005, na decisão anulada pelo Tribunal de Cassação) estabeleceu que " if autonomy recognised the possibility of withdrawing from the contract, there is no need to control the cause of the exercise of power".

³⁵ Relativamente ao problema da extensão da aplicação das disposições gerais de boa fé, deve ser feita referência ao meu livro *Le obbligazioni, vol. 1, Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, Editor-Chefe Rodolfo Sacco, pp. 207-239.

Estes são os argumentos invocados pelo Tribunal de Recurso de Roma para formar a sua decisão legal sobre o exercício concreto da rescisão contratual sem uma causa. Contudo, como já foi salientado, o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Cassação toma uma direção diferente. O comportamento de execução - no exercício do direito de rescisão - já não é narrado de acordo com a ordem conceptual com que os juristas estavam habituados a interpretar os fenômenos jurídicos (a categoria de validade, a noção de direito potestativo, o princípio da autonomia), mas é colocado numa nova perspectiva em que os termos de referência mudam na formulação de um julgamento e na atribuição de um direito ou erro (disposição geral de boa fé, dever de solidariedade social, o caso específico).

CONCLUSÕES

À luz desta abordagem, podemos agora tirar algumas conclusões. O âmbito do inquérito sobre as inovações de um sistema jurídico suporta os efeitos da relevância histórica de determinações específicas (uma constituição, instituições jurídicas, a interpretação de uma lei, a categoria jurídica de um povo num determinado momento). Não envolve - ou pelo menos ainda não envolve - a questão radical da filosofia do direito: *quid ius?*³⁶. Não pretende incluir o que resta para além das condições de espaço-tempo de determinações específicas³⁷. Não questiona - ou pelo menos ainda não questiona - porque é que o direito existe no Homem; nem destaca, estabelece ou limita a autonomia conceitual dentro da atividade "jurídica" propriamente dita. A área das *inovações* ou *transições jurídicas* é um campo de pesquisa que se aprofunda no conhecimento do que pertence ao direito (*quid sit iuris*) num determinado lugar e num determinado tempo.

Nesta perspectiva e ao ilustrar o sentido de inovações latentes num sistema legal, o foco tem sido colocado nas novas formas de raciocínio em certas decisões judiciais, a fim de justificar uma solução bem fundamentada. Será sempre possível manter a prevalência argumentativa ora da lei, ora de um princípio constitucional, ora de uma categoria tradicional e ora do caso específico a ser decidido. Estas oscilações muitas vezes escondem posições culturais únicas, princípios ideológicos, concepções abrangentes da lei. O problema subjacente é estabelecer o *lugar de certeza* que abriga a possibilidade de medir legalmente os nossos comportamentos; o que significa estabelecer as regras do jogo para que os indivíduos possam saber o que fazer³⁸. Este espaço simbólico - tal como revelado em relação às questões acima apresentadas - é por vezes disputado pelas palavras unívocas utilizadas pelo legislador, por vezes pela força programática das palavras com que os particulares se comprometem com ações futuras e expressam a sua autonomia face à ordem jurídica, e por vezes pelo precedente judicial³⁹ que, como vimos, é cada vez mais sensível a ocorrências históricas, casos concretos e comportamentos de desempenho.

³⁶ Ao levantar esta questão fundamental (*qual é a lei?*), Immanuel Kant, na sua famosa introdução à teoria legal (em *La metafísica dei costumi* (1797), traduzida e editada por G. Vidari, Roma-Bari, 2009), faz questão de a distinguir da pergunta sobre "saber e afirmar o que se enquadra na lei (*quid sit iuris*), que significa "o que as leis num determinado lugar e num determinado tempo dizem ou disseram", avisando as pessoas para abandonarem "uma teoria meramente empírica que é nula de princípios racionais", e "procurando as fontes de tais julgamentos, a fim de estabelecer uma base real para uma legislação positiva real" (§ B). (Tradução livre).

³⁷ Isto teria apenas o propósito de estabelecer porque é que tudo o que é comumente qualificado como lei existe (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milão, 1985, pp. 13-14).

³⁸ No que respeita às diferentes concepções da lei, será sempre possível questionar os critérios de legalidade, mas não a necessidade indeclinável de sermos capazes de *prever, controlar e prever* as consequências legais das nossas acções. A lei, pela sua própria natureza, considera e planeia o futuro na perspectiva - e arrogância - de dar uma nova direcção às acções do Homem.

³⁹ Já nos anos 90, Luigi Mengoni percebeu a necessidade, no direito italiano, da urgência de uma teoria de precedentes judiciais compatível com as ordens jurídicas do *diritto civile* (in *I principi generali del diritto e la*

Num sistema democrático baseado em vasos comunicantes, subjacente a estas diferentes formas de raciocínio está o equilíbrio de poder e o conflito entre os poderes legislativo e judicial, entre a "palavra" do legislador, que sempre raciocina sobre coisas gerais e futuras, e a "palavra" do juiz, que representa o lugar em que a lei, ao decidir sobre questões particulares, é feita *ex post*⁴⁰. Se, por um lado, a ideia de uma lei *ex post* - cada vez mais presente nos sistemas judiciais modernos - de um fenômeno judicial desligado do poder político, e de decisões judiciais criativas e incalculáveis, em alguns casos torna-se uma *defesa*⁴¹, por outro lado, levanta o problema dos *limites de compatibilidade* entre o âmbito alargado da liberdade de um poder e a sobrevivência de um determinado sistema social que confiamos continuar a funcionar.

Uma vez que os paradigmas que agora fazem o seu caminho para os Tribunais de Justiça se tornem estruturas permanentes, repetitivas e uniformes, acabarão por envolver os elementos estruturais do sistema legal. Será a longevidade da eficácia da persuasão de novas formações linguísticas e ordens conceptuais ou, se preferir, *da continuidade da ruptura com o passado ao longo do tempo*, que qualificará a inovação como autêntica.

O problema continua a ser o de combinar uma certa forma de interpretar a lei com as expectativas de uma sociedade. Poderíamos dizer que um número não especificado de narrações individuais⁴² de uma memória histórica, cultural ou legal, feitas num determinado momento, corresponde ao sentido esperado por uma comunidade.

Contudo, o grau de intensidade dessas expectativas é impossível de conhecer e de provar. A correspondência entre os horizontes cognitivos individuais - onde as ideias se desenvolvem e os impulsos e sentimentos psicológicos prosperam⁴³ e onde os julgamentos são formados e os fatos e as leis são interpretados - e o consenso generalizado dentro de uma sociedade, mesmo que apoiado por índices quantitativos e dados estatísticos, só pode ser inferido. Afinal, o processo pelo qual o desenrolar de certas coisas ao longo do tempo é representado ou narrado não é típico da ciência, mas da criação artística⁴⁴.

scienza giuridica, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317 ff. agora em *Metodo e teoria giuridica*, in Scritti II, editado por C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milão, 2011, p. 253).

⁴⁰ Sabino Cassese escreveu: "today the law is, to a large extent, fruit of the *ex post* research into sets of separate rules deriving from the multiplication of norm-producing centres", em *Eclissi o rinascita del diritto?*, em *Fine del diritto?*, editado por P. Rossi, Bolonha, 2009, p. 34.

⁴¹ Hoje em dia, deve-se ter em conta a ambiguidade da linguagem legislativa, a redacção de textos que não correspondem à acção política pretendida e a introdução de normas obscuras e inacessíveis, difíceis de compreender.

⁴² Ao comentar a humanidade europeia, a incredulidade religiosa e a atitude de renunciar à filosofia até à cientificidade, Edmund Husserl escreveu: "O homem só é capaz de desenvolver uma ideia a partir da sua própria posição, dos seus próprios horizontes cognitivos e sentimentais, formando assim caminhos nos quais acreditar, uma vez que constituem a sua visão do mundo, fornecer-lhe evidência pessoal de uma ideia e de uma norma da acção guiada pelo que se pensa e se crê ser absoluto. Esta atitude existe em grupos humanos que partilham as mesmas tendências originais que posteriormente se concretizam numa forma comum de sentir e agir" (in *Il destino della filosofia* (1976), tradução italiana de Nicola Zippel, 2014, pp. 41-42).

⁴³ A experiência psicanalítica recordada nos escritos de Douglas Pinheiro dedicados à melancolia como método para compreender a modernidade (*A democracia melancólica como transição permanente*, Working Paper de 17/18 de Junho de 2019, p. 1 e seguintes.), há muito que revelou o erro de considerar "a nossa inteligência como uma força autónoma", independente da "vida emocional" e dos interesses afectivos (S. FREUD, *Considerazioni attuali sulla guerra e la morte* (1915), in *Opere (1915-1917), Introduzione alla psicoanalisi e altri scritti*, com o prefácio de C. L. Musatti, Turim, 1976, pp. 134-135).

⁴⁴ É útil considerar aqui as descobertas de Benedetto Croce sobre a redução da história sob o conceito geral da arte, em *La storia ridotta sotto il concetto generale dell'arte* (1893), editado por G. Calasso, Milão, 2017, especialmente, pp. 33-37.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFANTE, Pietro (1946), **Istituzioni di diritto romano**. (1896), 10th edição, Torino, G. Giappichelli (reimpresso em Milão, Giuffrè, 1987).

CASSESE, Sabino (2009), **Eclissi o rinascita del diritto?**. In: Rossi, Pietro (ed.), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino.

CASSESE, Sabino (2011), **Fare l'Italia per costituirla poi: Le continuità dello Stato**. In: Riv. trim. dir. pubbl.

COTTA, Sergio (1985), **Il diritto nell'esistenza: Linee di ontofenomenologia giuridica**. Milão, Giuffrè.

CROCE, Benedetto (2017), **La storia ridotta sotto il concetto generale dell'arte**. (1893), editado por G. Calasso, Milano, Adelphi.

DEUTSCHER, Guy (2016), **La lingua colora il mondo: Come le parole deformano la Realtà**. tradução italiana de E. Griseri, Torino, Bollati Boringhieri

FEBBRAJO, Alberto, Francesco Gambino (2013), **Il diritto frammentato**. Milano, Giuffrè
Foucault, Michel (1999), *L'archeologia del sapere: Una metodologia per la storia della cultura* (1969), tradução italiana de G. Bogliolo, Milano, Rizzoli

FREUD, Sigmund (1976), **Considerazioni attuali sulla guerra e la morte**. (1915), em *Opere (1915-1917)*, Introdução à psicanálise e outros escritos, com o preâmbulo por C. L. Musatti, Torino, Bollati Boringhieri.

GAMBINO, Francesco (2015), **Le obbligazioni**. vol. 1, Il rapporto obbligatorio, in: Sacco, Rodolfo, *Trattato di diritto civile*, Milano, UTET.

GROSSI, Paolo (2011), **Ordinamento**. In: Paolo Grossi - *Maestri del diritto*, editado por Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011

HEIDGGER, Martin (1976), **Essere e Tempo**. (1927), tradução italiana de Chiodi, 14th ed., Milano, Longanesi & C.

HUSSERL, Edmund (2014), **Il destino della filosofia**. (1976), tradução italiana por Nicola Zippel, Roma, Castelvecchi.

IRTI, Natalino (1990), **La cultura del diritto civile**. In: *La cultura del diritto civile*, Torino, UTET.

IRTI, Natalino (2011), **La filosofia di una generazione**. In: *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza.

KANT, Immanuel (2009), **La metafisica dei costumi**. (1797), traduzido e editado por G. Vidari, Roma-Bari, Laterza.

KOSELLECK, Reinhart (2010), **Repetitive Structures in Language and History**, In Tilmans Karin, Frank Vanvree, Jay Winter (eds.), *Performing the Past: Memória, História e Identidade na Europa Moderna*, Amsterdam, Amsterdam University Press.

MECCARELLI, Massimo (2020), **Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history**. In *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, editado por Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Claudia Roesler, Madrid, Dykinson.

MENGONI, Luigi (2011), **Metodo e teoria giuridica**. Editado por Carlo Castronovo, Antonio Albanese, Andrea Nicolussi, Scritti II, Milano, Giuffrè.

MENGONI, Luigi (1992), **I principi generali del diritto e la scienza giuridica**. In: Mengoni (2011).

MENGONI, Luigi (1996), **Ermeneutica e dogmatica giuridica**. Milano, Giuffrè.

MERKL, Adolf (1987), **Il duplice volto del diritto**. (1918) In: *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tradução italiana de C. Geraci, com prefácio de M. Patrono, Milano, Giuffrè.

PERELMAN, Chaïm (1966), **Trattato dell'argomentazione: La nuova retorica** (1958), com Lucie Olbrechts Tyteca, tradução italiana, com um prefácio de N. Bobbio, Torino, Einaudi.

PORTALE, Giuseppe B. (2016), **Dalla "pietra del vituperio" al "bail-in"**, entregue na Accademia dei Lincei a 15 de Abril de 2016.

ROESLER, Claudia (2020), **Legal concepts from the standpoint of innovation and preservation of meaning: a rhetorical perspective**, *In Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, editado por Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Claudia Roesler, Madrid, Dykinson.

ROMANO, Santi (1962), **L'ordinamento giuridico**. 2ª edição, Firenze, Sansoni.

TEUBNER, Gunther (2005), **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione**. L'emergere delle costituzioni civili, tradução italiana de R. Prandini, Roma, Armando Editore.

VATTIMO, Gianni (2000), **Introduzione a Heidegger**. (1971), Roma-Bari, Laterza.

Artigo recebido em: 02/12/2021
Autor convidado.