

# A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NO ÂMBITO DE UMA VISÃO SISTÊMICA ABERTA E O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS COMO INSTRUMENTO DE PERMEABILIDADE E ADAPTABILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

*José Sebastião de Oliveira\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Noções de ordenamento e de sistema jurídico; 2.1. Classificação do sistema jurídico: aberto ou fechado; 3. O Direito de Família dentro de um contexto sistêmico: importância das concepções doutrinárias assumidas e o papel dos Códigos; 4. As cláusulas gerais como instrumento indispensável à organicidade e adaptabilidade do sistema jurídico; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Dentro da análise da trajetória por que passou a família brasileira, em especial a textura do Texto Constitucional de 1988, é necessário que examinemos sua localização no ordenamento e no sistema jurídico pátrio. Mais: é indispensável que abordemos a questão das cláusulas gerais, como meios de adaptabilidade do sistema jurídico às vicissitudes sociais.

O primeiro passo neste exame é a busca por uma noção de ordenamento jurídico e de sistema jurídico. Alertamos, desde já, que essas noções variam muito conforme o posicionamento doutrinário daquele que trabalha com esses institutos da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito. Daí então a inexistência de noções definidas ou unívocas a respeito da matéria. Desta forma não podemos aceitar a afirmativa de que o posicionamento de determinado doutrinador esteja certo ou errado: estará certo dentro do ângulo particular de visão com que trabalha.

---

\* Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá.

Assim, citaremos alguns posicionamentos doutrinários com o objetivo de servirem de base ao encadeamento lógico de nosso raciocínio, sem ter contudo a intenção de encontrar pontos de divergência ou de semelhança entre eles.

## 2. Noções de ordenamento e de sistema jurídico

Explica o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>1</sup> que a noção de ordenamento jurídico, abrange além de um conjunto de elementos normativos (normas), também elementos não-normativos.

O ordenamento jurídico contém a idéia de união ou conjunto de elementos. De quais espécies eles serão (se apenas normativos, ou se também não-normativos, como fatos, valores e normas),<sup>2</sup> dependerá do posicionamento particular de cada estudioso da matéria. Assim, as teorias ora restringem a noção de ordenamento apenas às normas (Kelsen), ora ampliam reconhecendo como seus elementos normas, fatos e valores (Miguel Reale).<sup>3</sup> Para nós, o ordenamento jurídico é um conjunto de elementos normativos e não-normativos, nestes incluídos os fatos e os valores.

A noção de sistema jurídico<sup>4</sup> radica na idéia de organicidade, nexos, coerência e logicidade entre os elementos componentes do ordenamento jurídico. Sistema é técnica de abordagem, de estudo e organização. O jurista, dentro de suas concepções jurídicas sistematizará, é dizer, organizará, dará nexos, colocará em ordem aquilo que está em desordem, para melhor examinar o objeto de seu estudo.

O Direito não é sistema jurídico. É uma realidade que pode ser estudada de maneira sistemática (organizada, lógica e coerente) pela Ciência do Direito.<sup>5-6</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 2ª tiragem, São Paulo, Atlas, 1989, p. 165.

<sup>2</sup> Cf. Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed., trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 19, que dá sua noção de ordenamento jurídico nos seguintes termos: "No primeiro livro - *está se referindo à Teoria da norma jurídica* - estudamos a *norma jurídica*, isoladamente considerada; neste, estudaremos aquele conjunto ou complexo de normas que constituem o *ordenamento jurídico*." "A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (e estas relações serão em grande parte objeto de nossa análise). Esse contexto de normas costuma ser chamado de 'ordenamento'".

<sup>3</sup> Cf. Ferraz Júnior, Tércio. *Introdução ...* cit., p. 166.

<sup>4</sup> Sobre sistema jurídico cf., amplamente, Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 e Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

<sup>5</sup> Cf. Diniz, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 184.

<sup>6</sup> Cf. Casali, Nely Lopes. *Reflexões sobre a ciência do direito*. In: "Scientia Iuris", Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina / Departamento de Direito

A função do jurista não é simplesmente descritiva, ou seja, sua análise não pode se limitar a apenas descrever normas. Sua obrigação é cotejá-las e estabelecer uma coerência entre elas, construindo uma forma lógica de entender o complexo de elementos que compõem o ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

“A ciência do direito não apenas enumera os elementos que formam o direito, pois o problema fundamental é saber como se articulam entre si esses elementos, qual a raiz de sua validade, qual o critério a adotar para se lhes definir unidade sistemática”.<sup>8</sup>

Nas palavras de Norberto Bobbio:<sup>9</sup>

*“Entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”.*

No escólio do Professor Nely Lopes Casali:<sup>10</sup> “Sistema é um conjunto de objetos e seus atributos e suas respectivas inter-relações, de conformidade com certas regras”.

## 2.1. Classificação do sistema jurídico: aberto ou fechado

O sistema jurídico pode ser classificado como aberto ou fechado. Será aberto quando fundado em dogmas de plenitude, de legalidade<sup>11</sup> e de generalidade.<sup>12</sup> Parte-se do pressuposto de que o sistema é completo e que todas as situações controvertidas estão abrangidas pelo sistema. Situações que se não subsumem ao sistema, são consideradas ilegais. As normas são tipos de descrição abstratas (abstratíssimas aliás!) de conduta. Para os partidários do sistema fechado

---

Público e Departamento de Direito Privado”, Londrina, Editora da Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 1, jul./dez./97, p. 62, sobre Ciência do Direito.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 71.

<sup>10</sup> Casali, Nely Lopes. *Reflexões sobre a ciência do direito*, cit., p. 66.

<sup>11</sup> Cf. Diniz, Maria Helena. *Compêndio ...* cit., p. 183: “O sistema fechado é completo porque contém uma norma que regula todos os casos e retrospectivo, uma vez que se refere a fatos que circunscreveu”.

<sup>12</sup> Essas idéias se auto-integram e se auto-complementam: a) plenitude: abrangência de todas as situações fáticas possíveis; b) legalidade: a produção normativa estatal só reconhece como hipótese dignas de proteção aquelas que encontrem ressonância na codificação, e c) generalidade: pretende-se que uma mesma norma seja aplicada a todas as hipóteses concretas que surgirem, utilizando-se de “grau máximo” de abstração.

não existem lacunas (inexistência de normas específicas para reger determinado caso concreto). Como se vê, a noção de plenitude está estreitamente ligada à idéia de legalidade e de generalidade. Os elementos componentes do sistema fechado resumem-se a normas. Elementos estranhos ao sistema nele não penetram (fatos e valores). É, por isso que se diz que o sistema fechado é também estático e introspectivo.

Por seu turno, o sistema jurídico se diz aberto quando se admite que entrem no sistema elementos que lhe são estranhos, a fim de que interajam com aqueles já reconhecidos, buscando-se uma constante adaptação às vicissitudes sociais. Esse modelo de sistema jurídico, portanto, é aberto, prospectivo, mutável e lacunoso, porque se parte do pressuposto de que é impossível ao restrito âmbito da normatividade (que constitui apenas pequena parcela do ordenamento jurídico) abranger a totalidade das complexas hipóteses de conflitos sociais que surgem diariamente. Nota-se, desde já, que o sistema aberto tem afinidade com a idéia de que o ordenamento jurídico não é apenas formado por normas, mas também por fatos e valores.

### **3. O Direito de Família dentro de um contexto sistêmico: importância das concepções doutrinárias assumidas e o papel dos Códigos**

Essas noções transportadas para o Direito de Família contemporâneo, dão origem a um embate de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o contexto sistêmico em que está inserido. Nessas discussões, ganha relevo o papel desempenhado pelos Códigos, na atualidade e no futuro, bem como a adoção de instrumentos de permeabilidade e de adaptabilidade das codificações (e das demais legislações esparsas) às mudanças sociais.

Os Códigos são produto de uma época - cujo apogeu está no século XVIII, com a Revolução Francesa - marcada pela ascensão da burguesia ao poder, que trouxe com ela toda a ideologia liberal. Sob o argumento de segurança e certeza nas relações jurídicas (em oposição ao Estado absolutista até então vigente), o que se buscava era na realidade (vale dizer, o que se ocultava) era o estabelecimento de normas jurídicas cujo conteúdo representava cargas axiológicas da classe que acabara de ascender ao poder, tornando, intocáveis, princípios como a autonomia da vontade e a propriedade privada. Encobria-se, assim, a verdadeira dimensão ideológica dos Códigos.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. Gomes, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*. In: "Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira", Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 161: "Realmente, quem quiser penetrar mais a fundo no conteúdo normativo das relações jurídicas sistematizadas, ou não, no código civil, no código comercial ou na legislação trabalhista, terá de atravessar o *nevoeiro ideológico* que mascara a sua real significação, bem atento para a sua espessura. Cingir o seu estudo a comentários aos respectivos textos legais, é ignorar que o direito positivo, nas expressões

Assim, os Códigos gravitavam sobre três dogmas indissociáveis: da legalidade, da completude<sup>14</sup> e da generalidade, pretendendo abranger toda a realidade. Todas as condutas que não se subsumissem às espécies tipológicas previstas no Código, ficariam fora do *sistema*, que é considerado como completo e fechado. Seriam tidas por ilegais e, portanto, excluídas do sistema jurídico e indignas de proteção estatal, por não representarem os valores guindados à categoria de normas jurídicas.<sup>15</sup>

*“Os Códigos representam a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam”.*<sup>16</sup>

A interpretação nesta seara não encontra campo propício de desenvolvimento, porque se veda, com raríssimas exceções, exegese dos textos legais. Os juízes tornavam-se automáticos aplicadores da lei<sup>17</sup> e operadores de um processo de subsunção silogístico simplista, desprezando-se a complexidade imanente ao processo construtivo de criação de normas individuais para os casos concretos. Impedia-se que os juízes, eles próprios formados neste contexto, pudessem se rebelar contra a lógica interna do sistema.<sup>18</sup> As esferas de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são consideradas como intransponíveis. O processo de “criação” da norma individual para o caso concreto não era aceito.<sup>19</sup>

---

de Lipari, é um dos ângulos visuais mais expressivos para uma análise crítica da sociedade (*Derecho Privado*, pág. 35). Qualquer estudioso do Direito, mas que não seja subserviente ao tecnicismo jurídico, reconhece a revolta dos fatos contra o Código, há tantos anos denunciada e sempre esquecida ou ignorada pelo legislador, pelo professor e pelo escritor de obras de texto. Tem-se a impressão de que não se aperceberam ainda dos impulsos renovatórios provenientes das transformações operadas na sociedade pelo desenvolvimento do capitalismo. Falta-lhes espírito crítico e sobra-lhes apego à tradição”.

<sup>14</sup> Cf. Ramos, Carmen Lúcia Silveira. Da relação existencial de fato a realidade jurídica: uma perspectiva da família sem casamento. Tese de Doutorado, Curitiba, UFPR, 1997, p. 4.

<sup>15</sup> Sobre o “estilo dos Códigos”, vide Gomes, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*, cit., pp. 165-166.

<sup>16</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 680, p. 48, jun./92.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>18</sup> Cf. Silva, Almiro de Couto. *Romanismo e germanismo no código civil brasileiro*. In: “Revista da Faculdade de Direito da UFRGS”, Porto Alegre, Síntese Editora, 1997, v. 13-14, p. 9.

<sup>19</sup> “Na concepção procustiana da função de julgar o juiz deve amoldar o fato à lei, ainda que, se necessário, haja de mutilar a realidade para atingir esse desiderato. Se essa posição não se coaduna com a verdadeira função de distribuir justiça, também não se pode ir ao outro extremo para transformar o magistrado, de aplicador e intérprete da lei, no *judge made law* que tanto preocupou Pedro Lessa”. “No sistema brasileiro não pode o juiz lançar mão da *liberal construction* do Direito norte-americano. A construção, no nosso Direito, há de ter como ponto de partida o texto legal e estar em harmonia com a ordem jurídica vigente. É usando desse mecanismo que não

O processo de codificação do Direito, possuindo como única fonte o Estado, coincide com a criação dos Estados modernos, que primavam pela centralização política, em oposição ao período medieval caracterizado pela pulverização do poder e da completa disseminação política, com diversas fontes de produção jurídica. A unificação política conduziu à unificação jurídica, eliminando regionalismos e constituindo um Direito abrangente como expressão da soberania estatal. Os Códigos baseavam-se, além dos dogmas da legalidade e da completude, em princípios próprios da sociedade burguesa e da ideologia liberal como a igualdade formal, a figura abstrata do sujeito de direito, o liberalismo econômico, a autonomia privada e a propriedade absoluta.<sup>20</sup>

É nesse contexto em que se insere o Código Civil brasileiro. Produto de uma sociedade oitocentista, o texto foi elaborado justamente sobre as vigas mestras até então prevalentes da plenitude e da legalidade.

A repulsa por elementos exteriores e que não fizeram parte dos valores e dos fatos que ganharam roupagem normativa, é facilmente sentida pela análise das uniões estáveis, à época qualificadas como concubinato. Como já mencionado neste trabalho nas poucas vezes em que o Código se referiu a ele fez-se para proscrevê-lo e qualificá-lo como uma relação ilícita e renegada pelo sistema.

A família sentia os impactos deste sistema fechado não só nas uniões estáveis, mas em praticamente todas as relações jurídicas, como ocorria com o casamento (centrado em relações de hierarquia, em que o elemento afetivo era quase inexpressivo), e na defesa da propriedade (típica de valores liberais).

Todavia, a complexidade das relações sociais e a ausência de respaldo positivo acabou marcando o século XX pela incongruência de um sistema jurídico fechado, imerso numa sociedade dinâmica. A consequência deste embate é que várias relações jurídicas que necessitavam ser tuteladas passaram a não encontrar respaldo no direito positivo. Antes disso, passaram a colidir com normas ultrapassadas, sem adaptação social e que estavam fundadas em conceitos rígidos, impróprios e inábeis para servirem à maioria da população pátria.

O reconhecimento do fracasso do sistema jurídico fechado veio com inúmeras leis esparsas, que foram sendo editadas sucessivamente ao longo do tempo com o objetivo de tutelar, ainda que maneira imediatista, as exigências criadas pela sociedade (sem a preocupação com uma organicidade sistêmica). Essas leis esparsas acabaram por resultar no final deste século numa malha de legislações que põem em cheque a própria coerência do sistema jurídico.

Foi justamente partindo dessa constatação que se iniciou o movimento tendente a conferir organicidade, coerência, racionalidade e nexos ao sistema

---

pronunciará o *non liquet* do Direito Romano". (Ap. Civ. 61.395-1 - 4ª Câ. Civ. TJSP - Rel. Des. Alves Braga - j. 03.10.85 - in *RT* 604/43). Os negritos estão no original.

<sup>20</sup> Cf. Ramos, Carmen Lúcia Silveira. *Da relação existencial de fato ... cit.*, pp. 7-9

jurídico pátrio. Não se pode mais admitir que um Código elaborado sob os influxos de uma sociedade do final século XIX e início do século XX (e que, saliente-se, não representava os anseios da maioria da população nacional já na época de sua edição) represente o centro do sistema jurídico. A contradição está evidente: O Código Civil foi elaborado em uma época quando nele se via refletido, um componente de um sistema jurídico fechado!

#### **4. As cláusulas gerais como instrumento indispensável à organicidade e adaptabilidade do sistema jurídico**

Contemporaneamente, é inaceitável qualquer idéia que defenda a completude do sistema jurídico, pelos efeitos nefastos que são causados: engessamento das relações jurídicas; estigmatização de situações que ficam fora da normatividade; ausência de respaldo popular e maior liberdade ao juiz na "criação" da norma individual para o caso concreto.<sup>21</sup>

Buscaram-se, assim, mecanismos para que houvesse coerência entre todas as espécies normativas que se seguiram ao longo dos anos. Uma das propostas que se fez (e é por nós aceita) é a adoção das cláusulas gerais, a fim de que atuem como mecanismos de adaptação das normas às vicissitudes axiológicas e fáticas.

Dentre os estudiosos da matéria, merece destaque o trabalho de Karl Engisch<sup>22</sup>. Esse jurista, após abordar como um sistema jurídico fechado, buscou segurança e certeza jurídica, ou seja, com o estabelecimento de uma normatividade rígida e sem espaços à interpretação (vinculando o juiz cegamente à aplicação da lei), examinou os diversos mecanismos pelos quais se relativizou o princípio da legalidade.

Diz Engisch que as leis, hoje, são elaboradas de tal forma que os magistrados e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam suas decisões apenas na subsunção dos fatos aos conceitos jurídicos fixos. Eles adquirem autonomia em face da lei. São instados a valorar, e, por vezes decidir semelhantemente ao legislador. Frisa ainda o jurista que essa é uma tendência na

---

<sup>21</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, cit., p. 49: "O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um 'sistema aberto', porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: 'o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita, afastando-se, por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo - seja através das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto 'sentido imanente'".

<sup>22</sup> Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7ª ed., trad. J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 204 e ss.

atualidade e no futuro. Trata-se do “Direito equitativo” em contraposição ao Direito estrito.

Engisch examina vários instrumentos que garantem esta elasticidade ao sistema jurídico e garantem sua atualidade no tempo e entre eles aborda as cláusulas gerais.

Por cláusula geral havemos de entender “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.<sup>23</sup>

A utilização da cláusula geral consiste em

*“uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de ressitura intencionalmente ‘aberta’, fluída’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”.*<sup>24</sup>

Trata-se de uma técnica legislativa que se opõe aos conceitos rígidos e ao casuísmo, e tem relevo sobre eles, na medida em que correm o risco de apenas “fragmentária” e “provisoriamente” “dominar a matéria”, risco este que é afastado pela utilização das cláusulas gerais, que, pela sua textura aberta, têm o condão de abranger o maior número de casos possíveis na aplicação concreta da lei.<sup>25</sup>

São exemplos de cláusulas gerais a utilização nas normas de termos de sentido fluído como boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico,<sup>26</sup> comunhão plena de vida e outras similares.

As cláusulas gerais são vocacionadas à aplicação a um caso concreto. Aliás esta é a característica reitora deste técnica legislativa destacada pela doutrina, qual seja a concretude.<sup>27</sup> Não são princípios. São normas especiais, “à

<sup>23</sup> Engisch, Karl. *Introdução ... cit.*, p. 229.

<sup>24</sup> “Apud” Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil - a importância das cláusulas gerais na regulação do direito pessoal e patrimonial de família*. In: “Revista da Faculdade de Direito da UFRGS”, Porto Alegre, Síntese Editora, 1998, v. 15, p. 56.

<sup>25</sup> Cf. Engisch, Karl. *Introdução ... cit.*, pp. 233-234.

<sup>26</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais ... cit.*, p. 50.

<sup>27</sup> Cf. Reale, Miguel. *O projeto do novo código civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 13, que dá noção (fluída, porque até o termo ter de ser visto como vago) de concretude: “Concretude, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao

medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz 'a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de base e de densidade empírica variável'<sup>28</sup>. São, assim, ontologicamente destinadas ao juiz que "criará" a norma do caso concreto de acordo com os valores impregnados na realidade social. O conteúdo vago da cláusula geral será preenchido por esses valores e a esta norma (já agora uma norma individual) será subsumida à hipótese concreta.

O magistrado no julgamento encontra nas cláusulas gerais um poderoso instrumento de adaptabilidade da situação concreta à normatividade, diante do seu intenso grau de plasticidade.<sup>29</sup> Na síntese de Claus Wilhelm Canaris<sup>30</sup> as cláusulas gerais "são pontos de erupção da equidade".

Essa realidade bem demonstra como as cláusulas gerais são factuáveis e adaptáveis às vicissitudes sociais, permitindo sempre um elevado grau de atualidade à norma jurídica. Esta inter-relação entre fato, valor e norma estabelecida dialeticamente (a expressão é do Professor Miguel Reale), faz do sistema jurídico aberto um modelo que, coerentemente, estará organizado e apto a atender à realidade dos destinatários das normas, porque a fluxo mútuo entre o trinômio fato-valor-norma lhe garante constante aderência à realidade.

Está corretíssima a Professora Maria Helena Diniz quando diz que o magistrado "cria" norma individual para o caso concreto.<sup>31</sup> Sob este ângulo de vista, toda sentença é constitutiva. Expliquemos melhor: toda pretensão submetida à apreciação do Poder Judiciário merecerá por parte do julgador a criação de uma norma concreta para aquele caso específico.

Todavia, o que assistimos no presente é uma incongruência sistêmica: várias leis extravagantes editadas tendo o Código Civil como pseudo-referencial.

Ora, o atual Código Civil foi editado sob os valores do final do século XIX e início do século XX, e, como vimos, está basificado sob os dogmas da legalidade, plenitude e generalidade do sistema jurídico. Não possui cláusulas gerais. Ao contrário, a maioria das disposições normativas contém conceitos rígidos que impedem sua mobilidade no tempo. Diminuem, um pouco, esta rigidez, sem contudo eliminá-la, os arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Todavia, é mister que tenhamos um novo estatuto civil adequado não só ao nosso

---

poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta."

<sup>28</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais ... cit.*, p. 50.

<sup>29</sup> Cf. Diniz, Maria Helena. *As lacunas no direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

<sup>30</sup> Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema ... cit.*, p. 142.

<sup>31</sup> Cf. Diniz, Maria Helena. *As lacunas no direito*, cit., p. 107.

tempo, mas elaborado com técnicas legislativas que lhe confirmam maior plasticidade e, via de consequência, atualidade permanente à realidade social. Mais: é necessário que um novo Código Civil sirva de “eixo central” (a expressão é de Clóvis de Couto e Silva) do sistema jurídico, dando-lhe coerência e harmonia (objetivos reitores das técnicas de sistematização).

É por isso que defendemos, aqui e “de lege ferenda” que, não só deva o novo Código Civil possuir técnicas legislativas que lhe confirmem atualidade (através da utilização das cláusulas gerais), como também toda legislação que se refira à família deva adotar esses poderosos e inteligentes instrumentos de permeabilidade.

Para fundamentar essas considerações, utilizamos os ensinamentos de Karl Engisch. Esse jurista marcou a literatura jurídica pela forma clara e precisa com que abordou a necessidade de uma coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Para ele, quando algum caso concreto chega às mãos do magistrado, ele não pode contentar-se com a aparente e simples referência a algum ou alguns artigos de lei mencionada pelas partes. Sua atividade (de criação de norma particular para aquele caso concreto) demanda intensa investigação crítica e busca de todos (frise-se, todos!) os dispositivos normativos que, em tese, podem reger a hipótese. Deve o julgador reunir esses dispositivos formando uma premissa maior, o que, desde já, demonstra que leis ou dispositivos de leis não constituem normas, mas fragmentos de normas. Todos eles somados e reunidos sistematicamente pelo magistrado é que formação a *norma* que servirá de apoio ao julgamento.<sup>32</sup>

Nas palavras de Engisch:<sup>33</sup>

*“O jusfilósofo Stammler cita esta frase: ‘Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código’. Podemos considerar esta tese como um pequeno exagero. Todavia, ela põe em evidência a unidade da ordem jurídica, a qual no nosso contexto se traduz em que as premissas maiores jurídicas têm de ser elaboradas a partir da consideração de todo o Código e, mais ainda, socorrendo-nos também de outros Códigos ou leis. Subentendemos que as regras de um ordenamento contém um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos”.*

Na criação da premissa maior a que se refere Engisch (vale dizer na criação da norma geral), podem, sem dúvida nenhuma, ser utilizadas as cláusulas

<sup>32</sup> Cf. Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p.116: “Uma primeira e mais complicada tarefa que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões ‘técnicas’ se encontram dispersas - para não dizer violentamente separadas. Mais exatamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto”.

<sup>33</sup> Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., p. 118.

gerais; não como “fragmentos de lei”, mas como “fragmentos” extraídos de dados da realidade. A latente “vida” das cláusulas gerais (porque estão em íntima e direta relação com a realidade) é simplesmente inegável.

A aversão de alguns juristas a uma maior liberdade do magistrado no desempenho do seu mister, através da criação de normas individuais tendo como ponto de apoio cláusulas gerais, está radicada justamente nos dogmas ultrapassados do Código Civil. A maior liberdade conferida ao julgador na captação de dados da realidade para colmatar conceitos vagos contidos em cláusulas gerais, possibilitando subsumir a hipótese concreta à norma individualmente criada para reger aquele caso específico, é obra do engenho humano que não pode simplesmente ser desprezada. Antes é preciso conhecer os benefícios desse sistema e de quão válida seria sua adoção em nosso país.

Citem-se a título de exemplo os ordenamentos jurídicos alemão,<sup>34</sup> argentino<sup>35</sup>, espanhol<sup>36</sup> e italiano<sup>37</sup>. Neles, a utilização das cláusulas gerais tem garantido resultados proveitosíssimos, porque o julgador na criação da norma particular para o caso concreto adere à realidade a hipótese lamentada, abrangendo todos os seus contornos, não deixando absolutamente nada fora. A generalidade e abrangência pretendidas pelas codificações, pela própria massificação que lhes é peculiar, não garantem uma justiça distributiva como a que se propõe pela utilização das cláusulas gerais, por motivos óbvios: normas genéricas não conseguem abranger todas as peculiaridades dos conflitos surgidos na sociedade.

O elastério dos poderes conferidos ao juiz não gerará arbítrio, porque a própria característica da cláusula geral não confere poderes desmedidos. Ao contrário, toda a atividade (não bastasse a confiança que o jurisdicionado deve depositar no Judiciário) se desenvolverá em perímetro restrito e impeditivo a qualquer abuso de poder.<sup>38</sup>

Na feliz expressão de Almiro de Couto e Silva,<sup>39</sup> as cláusulas gerais funcionam como verdadeiros e “delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações dos meios a que se aplicam”.

Com efeito, o art. 1.509, do Projeto do Código Civil, estabelece:

---

<sup>34</sup> Parágrafos 138, 157, 162, 242 e 826, BGB.

<sup>35</sup> Art. 1.198, CC argentino.

<sup>36</sup> Art. 7º, Lei Civil espanhola.

<sup>37</sup> Art. 1.337, CC italiano.

<sup>38</sup> O receio da adoção das cláusulas gerais é afastado no Direito alemão diante da comprovação da plena recepção pela jurisprudência do exato sentido e da importância que representam. No dizer de Wieacker (“apud” Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais ... cit.*, p. 52), ela revelou-se “suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais aderem à ‘obediência inteligente’ do juiz, de modo a preenchê-las, em face às modificações estruturais, ‘com uma nova ética jurídica e social’, adaptando-se a ordem jurídica aos novos tempos ...”.

<sup>39</sup> Silva, Almiro de Couto e. *Romanismo e germanismo no código civil brasileiro*, cit., p. 26.

"Art. 1º O casamento estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade dos cônjuges e institui a família".

A vaguidade da cláusula *comunhão plena de vida*, possibilitará a adaptação de todas as normas referentes à sociedade conjugal aos valores de cada época, garantindo, assim, total atualidade ao Código. Esta cláusula será preenchida com o conteúdo valorativo que for captado ao longo dos anos do que representará, em determinado momento histórico, *comunhão plena de vida*. Parte-se de termos vagos e imprecisos que serão colmatados com valores que emergirão através da evolução social do casamento. Não se tem assim conceitos rígidos do que seja *comunhão plena de vida*.<sup>40</sup>

Atualmente, pela necessidade de sobrevivência, pela exigência a cada dia de maior especialização, em ordem inversa à remuneração, ambos os cônjuges acabam sendo obrigados a trabalhar e se especializar, o que provoca, muitas vezes, separações momentâneas, ocasionadas pelos fatores tempo-modernidade.

Assim, a circunstância de estarem separados, ainda que por considerável tempo, não quer dizer que os cônjuges não estejam em *comunhão plena de vida*, vez que, aquilo que representava comunhão plena de vida há algumas décadas (vivência inseparada), relativiza-se sem perder a essência da relação socioafetiva matrimonial.

Pela própria relatividade e fluidez semântica dos termos, não ficaremos exemplificando o vasto (e até impensável) número de hipóteses que podem ser subsumidas à essa cláusula geral.<sup>41</sup>

Percebe-se também que a aplicabilidade constante da cláusula geral aos casos concretos, constituirá uma plêiade de soluções que será reenviada ao sistema jurídico, na busca de sua coerência. Os casos já decididos servem de amparo a futuros casos que possuam semelhante razão de decidir. Trata-se de um fluxo recíproco - e sem fim - de informações entre cláusula geral e soluções já encontradas.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Cf. Couto e Silva, Clóvis de. *Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 520, pp. 20-21, fev./79: "A 'comunhão plena de vida' é conceito ético, operativo, com conteúdo não totalmente definido; estabeleceu-se uma 'lacuna interna', a ser preenchida pelas normas resultantes de sua concreção. Essa 'lacuna interna' deverá se constituir, para o Direito de Família, em disposição análoga à de outras 'cláusulas gerais' de natureza ética, como a do § 242 do BGB, para o Direito das Obrigações".

<sup>41</sup> Outra cláusula geral é encontrada no art. 1.510, do Projeto do Código Civil: "Art. 2º É defeso a qualquer pessoa, de direito público privado, é dado interferir na *comunhão de vida*, instituída pelo matrimônio".

<sup>42</sup> Cf. Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil ... cit.*, p. 64, sobre comunhão plena de vida contida em uma cláusula geral pondera que ela "oportunitiza a sua fácil aplicação pelo órgão julgador que *abstratiza através do reenvio aos tópicos e aos grupos de casos reunidos em função de possuírem semelhante ratio decidendi e decide, de modo que também a sua decisão possa enquadrar-se em grupos de casos existentes ou iniciar a formação de novos grupos ou tópicos*". Grifos no original. Como se vê a cláusula geral não é princípio; é norma. Como princípio torna-se

É imanente à aplicação da cláusula geral a utilização de raciocínio tópico. Segundo Viehweg, citado por Maria Helena Diniz, a tópica “é uma técnica de pensar por problemas ou de discussão problemática”<sup>43</sup>; “... a tópica é a teoria dos lugares comuns, vale dizer, das classes gerais nas quais podem ser encontrados todos os argumentos ou raciocínios. O conhecimento destes lugares forma, por consequência, um conjunto de repertórios que facilita a invenção”.<sup>44</sup> “A tópica é uma técnica que, dado um problema, procura assinalar sugestões e indicar possibilidades, desvendando caminhos, tendo por fim uma decisão”.<sup>45</sup>

As cláusulas gerais são responsáveis pela manutenção de uma coerência no sistema jurídico. Atuam conferindo unidade “valorativa e conceitual”. A idéia do que representará *comunhão plena de vida*, nos sucessivos períodos históricos, se disseminará pelo Código Civil informando cada dispositivo que estará ligado indissociavelmente a esse sentido fluído.

Garantirão também uniformidade, na medida em que os diversos microssistemas e as legislações esparsas só serão aplicados tendo como ponto de referência um Código moderno e maleável pelas cláusulas gerais.<sup>46</sup> As cláusulas gerais servirão de paradigma às legislações futuras que, certamente, na busca de permeabilidade, as adotarão.

Essa coerência colocará fim à verdadeira produção legislativa descontrolada que se tem testemunhado nos últimos anos, com todos os males e incoerências respectivos<sup>47</sup> e à perigosa via da casuística e das leis de ocasião a que aludiu a Professora Judith Martins Costa.<sup>48</sup>

As colocações supra demonstram a necessidade de que um sistema jurídico tenha o máximo possível coerência, e não é preciso muito esforço para se perceber que, no que se refere de perto ao Direito de Família, passamos por uma “crise”

<sup>43</sup> Diniz, Maria Helena. *As lacunas no direito*, cit., p. 123.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>46</sup> Com o devido respeito às críticas que são feitas à edição de um novo Código Civil (cf. GOMES, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas ...* cit., p. 167), porque seria de todo inócuo a pretensão de nele incluir matérias intuitivamente vocacionadas a sofrerem mudanças sociais e a demandarem mudanças legislativas, entendemos, na estelra dos ensinamentos do Professor Miguel Reale (*O novo projeto do código civil*, cit., p. 3), que o novo estatuto não pretende ser casuístico. Deve tratar dos temas essenciais ao homem, porque, como bem acentuou o Professor Reale, o Código Civil deve ser visto como a “Constituição do homem comum”. Assuntos e matérias que transcendem essa abrangência devem sim ser tratadas em legislações esparsas, e, mais especificamente, em microssistemas legislativos. Esse ângulo de visão prestigia a certeza e a segurança que devem ser princípios maiores do sistema jurídico. Reconhece o Professor Miguel Reale a maior competência às legislações especiais para tratarem de assuntos ligados à evolução biológica, econômica e tecnológica. Sem prejuízo disso, a existência de um Código como “eixo central” do sistema jurídico, ordenando e conferindo coerência ao sistema, é de inegável necessidade.

<sup>47</sup> Cf. Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil ...* cit., pp. 70-72.

<sup>48</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais ...* cit., p. 53.

legislativa, em que o que se assiste é uma verdadeira produção incessante de leis, editadas sem a preocupação de estarem em coerência com o sistema jurídico.

A consequência inexorável disso é que, quando o magistrado for estabelecer a "premissa maior" a que alude Engisch para julgar o caso concreto, encontrará verdadeira divergência senão contrariedade entre dispositivos legais que deveriam ser harmônicos entre si, diante da absoluta inexistência de uma sistematização das diversas normatividades que compõem o ordenamento jurídico nacional: cada qual possui seus próprios pressupostos e foram editadas para regular de imediato os problemas a que se propuseram solucionar (sem uma preocupação sistemática), não possuindo instrumentos de adaptabilidade aos desgastes do tempo e à evolução social.

Vigem, atualmente, além da Constituição Federal, várias legislações relativas ao Direito de Família, inclusive vários microssistemas<sup>49</sup>, como já tivermos oportunidade de verificar.

Dessa forma, o jurista depara-se com um complexo objeto de estudo, contendo normas materiais e processuais assistemáticas. Ressente-se o Direito de Família contemporâneo daquilo que o Professor Clóvis de Couto e Silva qualificou como "unidade valorativa e conceitual, ou seja de um núcleo valorativo e uma técnica comum no Código Civil e nas leis especiais".<sup>50</sup>

Outrora essa unidade valorativa e conceitual era emprestada pelos dogmas disseminados pelo Código Civil (poder marital e pátrio poder absolutos nas mãos do marido e pai), que, todavia, não encontram mais respaldo no mundo contemporâneo diante dos novos valores conquistados e que são refratários à antiga forma de unidade sistêmica: mulheres e filhos, tornaram-se sujeitos de direito e merecem tratamento digno e compatível com essa condição.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> A idéia de microssistema radica na existência harmônica e interdisciplinar conjunta de várias normas que, em essência, pertencem a diversos ramos do Direito (civil, processual civil, penal, administrativo etc.), mas que, são reunidas sistematicamente porque destinadas a reger especificamente determinadas e especiais relações jurídicas de conteúdo mutável. Nos microssistemas reúne-se esta plêiade de normas que se inter-relacionam harmoniosamente. Subjazem a estas normas princípios específicos da matéria normada. Exemplos emblemáticos de microssistemas são o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), bem como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Uma grande característica dos microssistemas é que são destinados a regulamentar matérias sujeitas à constante evolução. Logo, seria de todo inconveniente e até mesmo ilógico que se pretendesse enquadrar seus dispositivos em Códigos, que devem se preocupar em normatizar relações um pouco mais estáveis, sem que se esteja com essa afirmativa pregando a perenidade de suas normas. O que é importante é que os microssistemas desempenhem seu mister tendo coerência com o sistema jurídico, e esta coerência deve ser dada por um novo Código Civil em sintonia com a realidade atual.

<sup>50</sup> Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil ... cit.*, pp. 57-58.

<sup>51</sup> Silva, Eduardo Silva da. *Projeto ... cit.*, p. 58.

A fragmentação do sistema jurídico fechado pela edição de sucessivas legislações era inevitável:<sup>52</sup> um ordenamento não pode pretender impedir a evolução social.

Aqui, entra a necessidade de um Código que reúna elementos que sirvam de modelo e de respaldo às normatizações passadas e futuras. As conseqüências de um sistema desarmônico são gravíssimas. Sistema desarmônico gera insegurança e incerteza, fatores contra os quais deve o jurista lutar para que não se instalem na ordem jurídica.

Não pregamos o engessamento das divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Ao contrário, somos inteiramente favoráveis a elas, desde que contribuam para o alcance de um sentido unívoco e, portanto, de coerência do sistema jurídico. Todavia, não podemos aceitar divergências que poderiam ser evitadas através do estabelecimento de técnicas que possibilitem o maior grau de congruência possível.

A edição do novo Código Civil, com normas adequadas à realidade, trazendo cláusulas gerais, servirá de “eixo central” para a indispensável sistematização do ordenamento jurídico pátrio, colocando em ordem aquilo que está em desordem, clarificando os valores e os princípios do moderno Direito de Família, extirpando incongruências tantas vezes apontadas neste trabalho. O novo estatuto civil servirá de paradigma a outras legislações futuras. Suas cláusulas gerais, além de desempenharem este papel, também poderão ser aplicadas em cotejo com os dispositivos das legislações esparsas, pois funcionarão como verdadeiras *normas de extensão*, na busca da *premissa maior*, a que se referiu Engisch, e como “delicados sensores” (Almiro de Couto e Silva), que captarão dados da realidade, ao mesmo tempo em que garantirão permeabilidade e adaptabilidade de todos os elementos normativos do ordenamento jurídico.

O Projeto do Código Civil está sendo trabalhado dentro de uma visão de sistema jurídico aberto que, como explica o Professor Nely Lopes Casali,<sup>53</sup> “é capaz de absorver elementos que vêm de fora e que são incorporados dentro de um certo limite”.

O emprego das cláusulas gerais faz mudar até mesmo a noção de Código,<sup>54</sup> porque este já não se sustentará nos dogmas outrora defendidos da completude, legalidade e da generalidade. Sua função será servir de ponto de referência no sistema jurídico às demais normatividades. Um Código mais atualizado no mundo contemporâneo e que contenha cláusulas gerais, cumprirá este mister com absoluta certeza.

---

<sup>52</sup> Cf. Fachin, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1996, p. 85.

<sup>53</sup> Casali, Nely Lopes. *Reflexões sobre a ciência do direito*, cit., p. 67.

<sup>54</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais ... cit.*, p. 55.

Assim, é perfeitamente possível a coexistência harmônica entre um Código atualizado à sua realidade, leis esparsas, microssistemas e atividade judicial criadora, baseada nas cláusulas gerais<sup>55</sup>.

Dentre tantas soluções apontadas (adaptar o atual Código Civil através de reformas, editar um Código só para o Direito de Família e das Sucessões, apostar nos microssistemas<sup>56</sup>),<sup>57</sup> parece-nos que a opção mais coerente e que trará “unidade valorativa” para nosso sistema jurídico é a que fazemos no presente trabalho.

Está correto Eduardo Silva da Silva, quando ressalta que parte da sociedade tem se preocupado em tecer críticas a aspectos secundários do Projeto do Código Civil. Todavia, não se pode simplesmente desprezar grandes inovações trazidas como as cláusulas gerais, sob o grande engenho do Professor Clóvis de Couto e Silva, na elaboração de um Livro que está em consonância com os valores de nossa época e tem a grande virtude de possuir instrumentos de permanente atualidade e de auto-renovação, ou seja, as cláusulas gerais.<sup>58</sup>

Todavia, não pregamos abandono absoluto dos conceitos precisos, o que, bem sabemos, seria fonte de caos. Defendemos uma dosagem adequada para dar nexos ao estatuto civil e às diversas leis que o cercam. E a dosagem adequada vem através de um estatuto civil harmônico com nossa realidade, e que utilize cláusulas gerais para garantir atualidade permanente.

Não obstante a intensa evolução social, é preciso que a sociedade brasileira encontre no Código Civil as grandes diretrizes da sua vida social, pois a ele compete dar as estruturas da sociedade civil e não da sociedade política, cuja competência cabe à Constituição Federal. O acompanhamento da evolução social pelo Código far-se-á através de um “modelos jurídicos abertos” que permitirão a evolução e a interpretação dos doutrinadores e da jurisprudência, razão por que

---

<sup>55</sup> Cf. Martins-Costa, Judith. As cláusulas gerais ... cit., p. 52. Sobre cláusulas gerais, cf., ainda, por todos, Martins-Costa, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro). In: “Revista da Faculdade de Direito da UFRGS”, Porto Alegre, Síntese Editora, 1998, v. 15, pp. 129-154.

<sup>56</sup> Cf. Gomes, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*, cit., p. 161 e ss.

<sup>57</sup> Cf. Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil ... cit.*, pp. 58-59.

<sup>58</sup> Cf. Reale, Miguel. *O projeto do novo código civil*, cit., pp. 7-12, sobre os princípios mais marcantes do Projeto do novo Código Civil: a) princípio da socialidade: maior aderência do Código à realidade de seus destinatários; b) princípio da elasticidade: abrandamento dos conceitos rígidos e imutáveis por normas de concreção, conferindo maior liberdade do magistrado na formulação da norma individual do caso concreto, e c) princípio da operabilidade: tornar o Direito realizável de maneira concreta, sistematizando de maneira mais coerente e clara normas que davam ensejo à discussões doutrinárias e jurisprudenciais e prestigiando as “normas abertas” (em sentido oposto às normas cerradas, contrárias à evolução social). Sobre este tema, cf., também, Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil ... cit.*, p. 56. Como se vê as cláusulas gerais estão em perfeita consonância com os princípios ditados pelo Projeto do Código Civil, o que por si só é o quanto basta a demonstrar a necessidade de um estatuto social, aberto e operativo.

merece acolhimento o Projeto do Código Civil em tramitação no Congresso Nacional.<sup>59</sup>

## 5. Conclusões

- a) A família contemporânea só pode ser compreendida e examinada dentro de um contexto sistêmico aberto;
- b) A vigência de um Código Civil que prega os valores do final do século XIX e início do século XX associado ao grande número de legislações esparsas (muito das quais constituem microssistemas), gerou uma incongruência no sistema jurídico pátrio;
- c) A existência de um sistema jurídico coeso, harmônico, aberto, prospectivo é condição indispensável para segurança e certeza de uma sociedade melhor estruturada;
- d) Para que exista coerência no sistema jurídico pátrio nacional é mister a edição de um novo Código Civil que esteja em sintonia com os valores atuais sociais e que funcione como “eixo central” de coerência sistêmica, ordenando os princípios e as características do moderno Direito de Família, garantindo coerência, organicidade e logicidade ao verdadeiro caos normativo implantado até agora;
- e) Como sugestão, “de lege ferenda”, deve ser aceita a idéia-força contida no Projeto do Código Civil de prestígio às cláusulas gerais que, pela textura polissêmica e fluída dos termos que emprega, garantirá plasticidade e atualidade não só ao estatuto civil, mas também a toda normatividade jurídica (passada e futura), vez que provocará aderência constante à realidade. O prestígio às cláusulas gerais, garantindo uma responsável “criação” pelo Poder Judiciário de normas individuais para os casos concretos, abrangendo todas particularidades específicas de cada um, é o que a família contemporânea espera: ser tutelada exatamente desta maneira; sem generalidade, mas de maneira específica, velando-se pelas qualidades particulares de cada situação fática, o que é plenamente garantido pela utilização das cláusulas gerais, que constituem um dos mais modernos instrumentos de auto-renovação do sistema jurídico, eficazmente utilizado em vários países (Alemanha, Itália, Espanha, Argentina etc), cujo sucesso pragmático nos deve servir de paradigma para lutarmos pela sua implementação urgente.

---

<sup>59</sup> Cf. Reale, Miguel. *O projeto do código civil*, cit., p. 147.

## 6. Referências bibliográficas

- Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 7ª ed., trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996.
- Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- Casali, Nely Lopes. *Reflexões sobre a ciência do direito*. In: "Scientia Iuris", Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado", Londrina, Editora da Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 1, jul./dez./97.
- Couto e Silva, Clóvis de. *Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 520, pp. 20-21, fev./79.
- Diniz, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- Diniz, Maria Helena. *As lacunas no direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7ª ed., trad. J. Baptista Machado, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- Fachin, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1996.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, 2ª tiragem, São Paulo, Atlas, 1989.
- Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.
- Gomes, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*. In: "Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira", Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- Martins-Costa, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 680, p. 48, jun./92.
- Martins-Costa, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção" (as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro)*. In: "Revista da Faculdade de Direito da UFRGS", Porto Alegre, Síntese Editora, 1998, v. 15, pp. 129-154.
- Ramos, Carmen Lúcia Silveira. *Da relação existencial de fato a realidade jurídica: uma perspectiva da família sem casamento*. Tese de Doutorado, Curitiba, UFPR, 1997.
- Reale, Miguel. *O projeto do novo código civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- Silva, Almiro de Couto. *Romanismo e germanismo no código civil brasileiro*. In: "Revista da Faculdade de Direito da UFRGS", Porto Alegre, Síntese Editora, 1997, v. 13-14, p. 9.
- Silva, Eduardo Silva da. *Projeto do Código Civil - a importância das cláusulas gerais na regulação do direito pessoal e patrimonial de família*. In: "Revista da Faculdade de Direito da UFRGS", Porto Alegre, Síntese Editora, 1998, v. 15, p. 56.