

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

A AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES
CONTRATUAIS: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cimon Hendrigo Burmann de Souza

Belo Horizonte
2008

Cimon Hendrigo Burmann de Souza

**A AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES
CONTRATUAIS: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: César Fiuza

Belo Horizonte

2008

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729a Souza, Cimon Hendrigo Burmann de
A autonomia privada no âmbito das relações contratuais: do Estado liberal ao Estado democrático de direito / Cimon Hendrigo Burmann de Souza. Belo Horizonte, 2008.
172f.

Orientador: César Fiuza
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Autonomia privada. 2. Hermenêutica. 3. Contratos. I. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. II. Título.

CDU: 347.44

Cimon Hendrigo Burmann de Souza

A autonomia privada no âmbito das relações contratuais: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

César Fiuza (Orientador) – PUCMinas

Taísa Maria Macena de Lima – PUCMinas

Walsir Edson Rodrigues Júnior- PUCMinas

Giordano Bruno Soares Roberto - UFMG

Nelson Rosenvald – Escola Superior do MPDF

Belo Horizonte, 12 de novembro de 2008.

A Michelle, minha esposa e meu grande amor,
pelo carinho e companheirismo, imprescindíveis
para esta e todas as demais conquistas.

AGRADECIMENTOS

Toda conquista, independentemente de sua dificuldade e importância, é sempre fruto de um trabalho coletivo. Isso significa que por mais que um ou alguns, apenas, colham os louros do trabalho realizado, este jamais resulta dos esforços de uma única pessoa. Na verdade, direta ou indiretamente, muitos acabam participando dele. Alguns com conselhos, outros com sugestões ou, simplesmente, com o apoio tão importante nas horas em que bate o desânimo. Por isso, é com o coração cheio de alegria e gratidão que gostaria de agradecer imensamente a todos os que foram decisivos para a realização deste grande sonho.

A DEUS, pelo dom da vida e por me mostrar que tudo é possível quando lutamos pelos nossos propósitos e ideais.

A Michelle, com quem tenho a honra e o orgulho de dividir mais esta conquista, pelo companheirismo e amor, absolutamente fundamentais ao longo de todas as empreitadas.

A meu querido filho, Luca, que assim que chegou já encheu nossas vidas de muita alegria e esperança.

A meus pais, Jener e Ivone, pelo amor incondicional, dedicação e confiança, que despertam em mim a vontade de ser um pai digno de tudo aquilo que ainda recebo.

A Dr. Carlos e D. Marlene, pelo amor paternal, apoio e carinho, que só fazem aumentar minha admiração e respeito.

A Li, Maria Clara, Carol e Sil, pela paciência, atenção e incentivo, que transformam minha vida em algo muito mais prazeroso.

A tia Cyria, pelo exemplo de sabedoria, perseverança e bondade. Minha gratidão por todo o carinho e incentivo.

A Neto, Karina, Luiza e Júlia, pela amizade sincera, companhia e carinho, tão preciosos para nossa vida.

A meu orientador, César Fiuza, a quem tenho a honra e alegria de chamar de amigo, pela dedicação exemplar e por toda a atenção, que conseguem aumentar ainda mais minha enorme admiração e respeito. A você eu devo meu amor pela área acadêmica e a vontade de continuar crescendo.

A meu co-orientador, Giovanni Ferri, pelas horas agradáveis passadas a seu lado. Minha eterna gratidão pela acolhida maravilhosa, fundamental para a concretização deste trabalho.

Aos amigos do escritório Ferreira, Kumaira e Fiuza Advogados, especialmente a

Marco e Marcella, pela amizade, compreensão e disponibilidade, sem as quais este trabalho teria sido impensável.

Aos demais amigos, em especial a Tarcísio, Ana Elise, Michel, Stael, Sávio, Frede, Marcão e Leco, pelo carinho e atenção que tanta alegria me trazem.

Aos queridos amigos da PUCMinas, principalmente a Teodoro, Érica, Rodolpho, Dierle, Fatinha e Taísa pela troca de idéias e, sobretudo, pelos momentos agradáveis ao longo de todos esses anos.

Ao coordenador da Pós-graduação em Direito da PUCMinas, Marcelo Galuppo, pelo apoio e incentivo, indispensáveis para a conquista da bolsa de doutorado sanduíche.

Ao prof. Márcio Túlio, pela simplicidade e atenção, minha eterna gratidão pelo empenho para a realização de um grande sonho: a pesquisa na Itália.

À CAPES pelo período inesquecível vivido durante o estágio de doutorado.

À PUCMinas, pela confiança e apoio, fundamentais não apenas para a concretização deste projeto, mas para todo meu crescimento pessoal e profissional.

RESUMO

A autonomia privada é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes conceitos não apenas do Direito Civil, mas do ordenamento jurídico como um todo. Acontece, porém, que a maior parte dos estudos até então realizados a respeito do tema leva em conta ora uma perspectiva Liberal, ora uma perspectiva paternalista, típica do Estado Social, sendo inegável, portanto, a necessidade de mudanças. Daí, aliás, o propósito do presente trabalho: apresentar uma releitura da autonomia privada, visando adaptá-la ao contexto atual, superando também um paradigma filosófico em franco declínio, que é a filosofia da consciência. Para tanto, passa-se a concebê-la de uma forma mais ampla, conferindo às partes não apenas a possibilidade de fixar, *in abstracto*, as cláusulas contratuais que irão reger suas relações, mas, principalmente, o poder de discutir concretamente o sentido que elas deverão assumir e a melhor solução para os problemas surgidos ao longo da execução da relação contratual.

ABSTRACT

Without any doubt, private autonomy is one of the most important concepts not only of private law, but of the legal system as a whole. However, most of the studies that were made so far about this subject are based at times on a liberal perspective, at times on paternal one, typical of the Welfare State; therefore, changes are undeniably needed. Hence the purpose of this work: to present a new view of private autonomy, with the aim of adapting it to the present context and surpassing a declining philosophical paradigm, the philosophy of conscience. To accomplish this purpose, we conceive it in a wider manner, giving the parties not only the possibility of fixing *in abstracto* the clauses intended to govern their relationship, but also the power of discussing openly the meaning they shall have and the best solution for the problems that may arise during the applicability of the contract.

RIASSUNTO

L'autonomia privata è senz'altro uno dei più importanti concetti non soltanto del Diritto Civile, ma di tutto l'ordinamento giuridico. Finora, però, la maggior parte dei saggi realizzati sul tema si basa ora su un atteggiamento liberale, ora su un atteggiamento paternalistico, tipico dello Stato Sociale, perciò è innegabile la necessità di cambiamenti. Da qui dunque l'obiettivo del nostro lavoro: presentare una rilettura dell'autonomia privata, con l'intenzione di adattarla alla situazione attuale e superare un paradigma filosofico in franca decadenza, cioè la filosofia della coscienza. A questo fine si passa a concepirla in maniera più ampia, attribuendo alle parti contrattuali non soltanto la possibilità di fissare, in astratto, le clausole che dovranno regolare i loro rapporti, ma soprattutto il potere di discutere il senso che esse dovranno assumere e la soluzione migliore dei problemi nati durante l'esecuzione dei rapporti contrattuali, sempre davanti al caso concreto.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DO ESTADO LIBERAL.....	16
2.1 Aspectos históricos.....	16
2.2 Teorias subjetivas.....	18
2.3 Características do Estado Liberal.....	24
2.4 O movimento das Codificações e o mito da completude do ordenamento jurídico.....	26
3 O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL E AS REPERCUSSÕES PARA A AUTONOMIA PRIVADA.....	32
3.1 A descodificação do Direito Civil.....	36
3.2 A nova técnica adotada na elaboração dos microssistemas e o fim do mito da neutralidade do Direito.....	40
3.3 A Constitucionalização do Direito Civil e a busca da reunificação do ordenamento.....	41
3.4 A revisitação da clássica dicotomia do Direito: um problema superado.....	53
3.5 O Código Civil de 2002 e o descompasso com a evolução do Direito Civil.....	56
3.6 A proteção da dignidade humana e a repersonalização do Direito Privado.....	59
3.7 A função social dos contratos.....	62
3.8 Dirigismo e revisão contratual.....	68
3.9 A cláusula geral da boa-fé objetiva.....	75
3.10 A objetivação da autonomia da vontade: a proposta do Estado Social.....	88
3.10.1 As teorias objetivas da formação do contrato.....	90
3.11 A crise do Estado Social e a busca de novos paradigmas.....	94
4 O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO FENÔMENO JURÍDICO.....	97
4.1 A filosofia da consciência e suas conseqüências para o fenômeno jurídico.....	113
4.2 Da impossibilidade de aplicação da máxima: “ <i>interpretatio cessat in claris</i> ”.....	114
4.3 A discussão metodológica clássica e a necessidade de superação da discussão: <i>mens legis x mens legislatoris</i>	117
4.4 A crise da filosofia da consciência e a busca por um novo paradigma filosófico.....	120
4.5 A hermenêutica filosófica e a tentativa de superação da filosofia da consciência.....	123
4.5.1 A aplicação da hermenêutica filosófica no âmbito jurídico: a proposta de Gadamer	135
4.6 A crítica Habermasiana.....	143
4.7 A proposta de Habermas.....	145

4.8 As críticas à proposta Habermasiana.....	149
5 A AUTONOMIA PRIVADA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	153
6 CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS.....	165

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma releitura sobre a autonomia privada na perspectiva do Estado Democrático de Direito, entre nós consagrada pela Constituição de 1988. Antes, porém, visando a uma melhor compreensão do tema, cumpre efetuar uma breve análise histórica, abordando as transformações sofridas pelo conceito ao longo do tempo.

Nesse sentido, é importante destacar que a evolução da autonomia privada está intimamente ligada às mudanças do sistema econômico e, conseqüentemente, da própria forma de Estado. Mesmo porque, cabe a ela presidir o processo de circulação de riquezas, extraíndo seu conteúdo das mesmas regras que delimitam a liberdade econômica. Daí, refletir-se em seu sentido e limites, sobretudo em seu aspecto evolutivo, o desenvolvimento das relações entre a Economia e o Direito, como também entre o Estado e os cidadãos.

Por isso mesmo, visando a compreender e delimitar o aludido tema em face do atual contexto, é imprescindível a análise dos principais paradigmas de organização do Estado, enfatizando suas diferenças e reflexos para o objeto do presente estudo. É com esse propósito que analisaremos a autonomia privada tal como concebida pelos modelos liberal e social, obtendo subsídios para melhor compreendê-la diante do paradigma constitucional atualmente em vigor.

Antes, porém, é importante ressaltar que a maioria das pesquisas até então realizadas ora se assenta em uma perspectiva liberal, ora tem por base uma postura paternalista, típica do Estado Social. Nenhuma delas, contudo, se justifica diante do atual contexto. Até porque vivemos sob a égide de um novo paradigma de organização estatal: o Estado Democrático de Direito. Advém, então, a necessidade de uma releitura não apenas da autonomia privada, mas dos principais conceitos e institutos presentes no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo do Direito Civil, que é o mais antigo e tradicional ramo do Direito, normalmente avesso às mudanças profundas que ocorrem no âmbito social.

É incontestável que a maioria dos conceitos empregados pelo Direito Civil teve origem no Direito Romano ou no período caracterizado pelas grandes codificações (século XVIII e XIX), em contexto, portanto, completamente diverso do atual. Daí, seu total descompasso em face da realidade contemporânea, a ensejar mudanças profundas e necessárias, visando a adaptar todo o ordenamento civil aos grandes desafios presentes na sociedade moderna.

Para tanto, é fundamental romper com um paradigma filosófico há muito dominante no meio científico, denominado filosofia da consciência. Desenvolvida a partir de estudos

realizados por filósofos do prestígio de Descartes e Kant, a filosofia da consciência parte da dicotomia entre sujeito e objeto. Para ela, razão e matéria, sujeito e objeto, são coisas completamente distintas e autônomas. Por isso mesmo, o homem, através de um processo racional, estaria perfeitamente habilitado a estruturar cognitivamente e definitivamente a realidade que o cerca. É como se ele pudesse, de uma vez por todas, captar a essência da realidade que está a sua volta (a qual independeria dele mesmo), plasmando-a por meio de leis que têm por pretensão a perenidade.

Com o desenvolvimento da filosofia moderna, no entanto, chegou-se à conclusão de que a realidade que nos cerca não existe como algo que independe de nós mesmos. Ao contrário, tudo aquilo que está a nossa volta possui um sentido que sempre depende do próprio homem. Sendo assim, não há como contestar o fato de que este é que atribui sentido às coisas com as quais convive, o que significa que esse sentido é algo essencialmente mutável, que se transforma de acordo com as mudanças sociais.

Daí, portanto, as críticas à filosofia da consciência, a qual teria confundido, em linguagem Heideggeriana, o ser com o ente das coisas, ou seja, a essência dos objetos com aquilo que percebemos a partir de nossos sentidos. Na verdade, chegou-se à conclusão de que, através dos sentidos, o homem consegue perceber apenas alguns aspectos dos fenômenos e objetos que lhe cercam, mas sua verdadeira essência (o ser) é algo fundamentalmente dinâmico, que jamais pode ser captado de uma vez por todas. Até porque, ela depende do próprio homem e do contexto no qual ele está inserido.

Diante do exposto, é evidente toda a repercussão para o fenômeno jurídico. Se até então se buscava, por meio da interpretação, o sentido exato, a essência das normas jurídicas, a partir da ruptura do aludido paradigma chegou-se à conclusão de que tal empresa é absolutamente impossível. Ora, o jurista jamais conseguirá, por maior que seja seu prestígio, fixar um sentido imutável para as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Sendo assim, é correto afirmar que a idéia tradicional de fonte do Direito, que atribuía à Lei, ao negócio jurídico e à jurisprudência papel preponderante e exclusivo na criação do fenômeno jurídico, não mais se sustenta. Isso porque a Lei, por mais importante que seja, e por mais clara que se apresente, não conterá um sentido que encerre a essência das normas nela estabelecidas. Na verdade, todo o fenômeno jurídico resulta sempre de um processo interpretativo. Assim, por mais que se parta dos instrumentos acima mencionados (e aqui não pretendemos diminuir a importância deles), o sentido e a solução mais adequada devem sempre ser buscados diante do contexto social e do caso concreto a ser resolvido.

É importante que se diga, no entanto, que por solução mais adequada não entendemos

a que resulta do trabalho intelectual realizado isoladamente pelo juiz, por mais preparado que ele esteja do ponto de vista técnico. Ao contrário, no mundo plural e altamente complexo como este em que vivemos, a solução para os conflitos deve sempre ser fruto de um trabalho desenvolvido dialeticamente pelas próprias partes, juntamente com o órgão julgador. Tal postura se justifica em face da pluralidade de valores e idéias, característica da sociedade moderna, que não mais admite a existência de uma pessoa acima do bem e do mal, capaz de alcançar as melhores respostas para os problemas concretamente apresentados.

De todo modo, em face das mudanças acima delineadas, são inegáveis os reflexos para o Direito, o qual deve ter seus fundamentos repensados para se adaptar a essa nova conjuntura. Daí, a importância da tentativa de reconstrução da idéia de autonomia privada, que, sem dúvida alguma, deve ser reformulada à luz de um novo paradigma filosófico e, principalmente, contextualizada diante da nova realidade social.

A esse respeito, não é demais ressaltar que vivemos em um mundo altamente globalizado e digital. Nele, boa parte dos contratos realizados é de adesão, sendo que a liberdade de uma das partes – na maioria das vezes o adquirente do produto ou serviço – limita-se, única e exclusivamente, a clicar com o mouse sobre a opção “li e concordo com as cláusulas acima descritas”, ou, ainda, a assinar um contrato cujo conteúdo foi inteiramente fixado pela outra parte.

Diante dessa tão difundida prática contratual, a parte mais fraca da relação contratual, normalmente o consumidor, não possui liberdade sequer para escolher com quem contratar. Tanto é verdade que muitas dessas atividades ou serviços são oferecidos de forma monopolística, sem que haja, portanto, concorrência entre os prestadores de serviço. Sem contar, ainda, os casos em que o contrato é obrigatório, como o DPVAT, por exemplo. Neste último caso, além de não haver liberdade para discutir o conteúdo da relação contratual, ou escolher com quem contratar, não se pode sequer admitir uma suposta liberdade para celebrá-lo ou não.

Ante o exposto, se é certo afirmar que o contrato não resulta, simplesmente, da vontade das partes, como outrora se entendia, sobretudo no Estado Liberal (autonomia da vontade), também não é correto conceber a autonomia privada como o simples poder conferido às partes para regular abstratamente seus próprios interesses. Como restará demonstrado, muitas vezes essa liberdade é absolutamente inexistente.

Daí, a pertinência e importância do presente trabalho, que pretende propor, exatamente, uma releitura da autonomia privada, buscando uma ruptura com a filosofia da consciência e, ao mesmo tempo, uma adaptação aos moldes da realidade atual.

Para tanto, iniciaremos nosso estudo pela análise das principais características do Estado liberal, abordando seus reflexos na forma de conceber a autonomia privada. É importante frisar, porém, que, em face deste paradigma estatal, ao invés de autonomia privada, falava-se em autonomia da vontade. Isso porque era corrente o entendimento de que cabia à vontade o papel de principal fonte produtora de efeitos jurídicos no campo contratual.

Em seguida, no âmbito do Estado Social, ressaltaremos as principais modificações advindas deste novo paradigma, entre as quais podemos citar a proteção da boa-fé objetiva, o dirigismo e a revisão contratual. É evidente que todas essas mudanças irão repercutir sobre a autonomia privada, trazendo inegáveis avanços em face do paradigma anterior.

Ocorre que, com a falência do modelo social, que sequer chegou a ser efetivamente implantado nos países em desenvolvimento, despertou-se a necessidade de uma nova proposta, mais adequada à pluralidade de valores que caracteriza o mundo moderno. Surge, assim, o Estado Democrático de Direito, consagrado, no Brasil, a partir do Texto Constitucional de 1988.

De todo modo, apesar da mudança, ainda é muito forte o apego aos modelos anteriores, o que se justifica por vários motivos. O primeiro e mais importante deles é o medo ou insegurança diante do novo. Não há dúvidas de que toda mudança de paradigma implica certo desconforto diante do novo e a necessidade de trabalhar de forma árdua para apresentar teorias que se adaptem melhor ao novo contexto.

Dessa conjuntura é que decorre a proposta do presente trabalho: adaptar a autonomia privada, sem dúvida alguma um dos conceitos basilares do Direito Privado, ao novo modelo de organização estatal. Para alcançar esse objetivo, entendemos ser fundamental romper com a filosofia da consciência. Por isso mesmo, buscaremos alternativas a partir de algumas propostas de enorme importância do ponto de vista filosófico.

É o caso, por exemplo, da filosofia hermenêutica, desenvolvida por Martin Heidegger (1889–1976), adaptada ao Direito pelo seu mais importante discípulo, Hans-Georg Gadamer (1900–2002). Outra importante contribuição veio a partir da teoria do discurso, apresentada pelo também alemão Jürgen Habermas ([Düsseldorf, 18 de Junho de 1929](#)). Buscando estabelecer uma nova forma de racionalidade centrada na dialética e no discurso entre as partes, Habermas apresenta uma alternativa de enorme importância para este trabalho.

Por último, cumpre também frisar que o presente estudo se ocupará da autonomia privada apenas no âmbito das relações negociais, sobretudo das relações contratuais. Isso significa que, embora o tema tenha uma abrangência muito maior, sendo de fundamental importância também para as relações existenciais, tais como as que se desenvolvem no âmbito

do Biodireito ou do Direito de Família, tal análise não será objeto deste trabalho. Até porque, em virtude de suas especificidades, tal perspectiva merece um estudo próprio, que extrapola o objeto deste estudo.

2. A AUTONOMIA PRIVADA EM FACE DO ESTADO LIBERAL

2.1 Aspectos históricos

A autonomia privada, tradicionalmente denominada de autonomia da vontade, é, sem dúvida alguma, um dos princípios basilares do Direito Privado, sobretudo do Direito Obrigacional, a partir do qual se estruturam institutos de grande valor para todo o ordenamento jurídico, como o contrato, a propriedade privada e a própria família.¹

Historicamente, a autonomia privada, embora já concebida durante o Medievo, sobretudo pelo *Ius Mercatorum*, teve seu sentido plenamente firmado apenas nos séculos XVII e XVIII. Isso se deve à reação ao despotismo do Poder Público, o que culminou nas revoluções liberais-burguesas, assentando uma nova forma de Estado, baseada nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade de todos perante a Lei.

Nesse contexto, o citado princípio assume grande importância para as pretensões da nova classe social que emerge ao poder. Ao se falar em liberdade, bem como em legalidade, tinha-se, como pressuposto, o fato de que ninguém podia ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei. Sendo assim, na ausência de um dispositivo legal, somente pela exteriorização da vontade é que poderia surgir uma relação obrigacional capaz de criar direitos e deveres para seu emitente.

Daí, aliás, o fato de se usar a expressão “autonomia da vontade”, em vez de “autonomia privada”, como vem ocorrendo na atualidade. Essa mudança, como se verá mais claramente adiante, vai muito além de uma simples alteração terminológica, pressupondo uma nova postura frente ao elemento volitivo do negócio jurídico, dando o devido realce ao ordenamento e, conseqüentemente, ao interesse social, sem descuidar, é claro, da vontade individual exteriorizada.

Desse modo, o aludido princípio passou a ser um dos mecanismos de liberação do indivíduo diante dos privilégios feudais, tornando-se um dos pilares de sustentação do Estado liberal burguês. Conseqüentemente, foi amplamente acolhido pelos Códigos Civis que se seguiram à Revolução Francesa. A esse respeito, é interessante a observação de Lucarelli, segundo o qual:

Propriedade e autonomia privada simbolizam, nos códigos oitocentescos, a idéia da força dos direitos subjetivos, o elemento emblemático de liberação do indivíduo dos privilégios feudais, das discriminações pessoais e dos proveitos dominicais, instrumento do poder político e econômico concentrado nas classes nobres e no

¹ Na realidade, propriedade e autonomia privada são dois institutos que pressupõem uma relação de complementaridade. Nesse sentido, afirma Pietro Barcellona (1996, p. 320) que o direito de se apropriar, com exclusividade, de uma parcela da riqueza social comporta sempre o direito de realizar um ato de livre troca, instituindo, assim, uma relação contratual com quem é disposto a realizá-la.

clero.² (LUCARELLI, 1990, p. 262, tradução nossa)

Importa observar, porém, que a importância da autonomia privada não se restringiu ao direito privado. Ao contrário, teve ampla repercussão também no direito público, sobretudo na filosofia política. A esse respeito, não é demais recordar que as doutrinas contratualistas foram a tônica da filosofia política do período moderno.

Rousseau, por exemplo, assentava o estado de sociedade na vontade geral. Segundo ele, a organização do ente estatal somente se tornou possível graças a um “acordo originário”, por meio do qual cada um dos indivíduos abria mão de uma parcela de suas prerrogativas e direitos, transferidos, imediatamente, à figura do Estado. Dessa forma, viabilizava-se a vida em sociedade, tornando-se evidente, por outro lado, o papel preponderante da vontade na produção de efeitos também no âmbito público.

Tal análise, porém, extrapola os objetivos do presente trabalho. Para nós, importa apenas ressaltar, ainda que de forma sucinta, a repercussão das teses voluntaristas também para o direito público (se é que ainda se justifica essa clássica dicotomia do direito, como se verá adiante), além, é claro, de destacar a própria influência exercida pelas teorias políticas no âmbito do próprio direito privado.

Naturalmente, se entendemos que toda a sociedade e seus regramentos encontram-se ancorados no acordo de vontades, nada mais natural do que permitir a esta mesma vontade o estabelecimento de vínculos obrigacionais no âmbito individual. É, aliás, o que observa José Carlos Moreira da Silva Filho:

Ora, se a sociedade e seus regramentos estavam ancorados na vontade individual, o acordo de vontades entre os indivíduos na esfera jurídica, em especial no plano contratual, bastava enquanto critério de justiça do certame. (SILVA FILHO, 2003, p. 242)

Tão logo assentada como uma das vigas mestras do direito privado, a autonomia da vontade passou a ser objeto de uma série de estudos e debates, os quais buscavam, principalmente, delinear seus contornos. Assim, por exemplo, muito se discutiu (como ainda se discute, pelo menos na perspectiva liberal) o verdadeiro papel da vontade na formação dos contratos.

Classicamente, define-se contrato (ou negócio jurídico, de um modo geral) como a

² Proprietà ed autonomia privata simboleggiano nei codici ottocenteschi l'idea-forza dei diritti soggettivi, l'elemento emblematico di liberazione dell'individuo dai privilegi feudali, dalle discriminazioni personali, dal censo e dai profitti dominicali, strumento del potere politico ed economico accentrato nelle classi nobili e nel clero.

manifestação ou acordo de vontades que tem por fim a produção de efeitos jurídicos, os quais decorreriam diretamente dessa vontade manifestada. Como se vê, nos termos da aludida definição, o elemento anímico assume grande relevo, sendo, na realidade, responsável pela gênese e extensão dos vínculos obrigacionais.

A esse respeito, afirma Galgano que, nos contratos, “as partes contratantes se acordam para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial. O efeito jurídico, constitutivo, regulador ou extintivo é aqui produzido pela vontade das partes interessadas [...]”³ (GALGANO, 1992, p. 213, tradução nossa)

Exatamente por atribuir primazia ao elemento volitivo na gênese das relações contratuais, passou-se a falar em uma teoria subjetiva do contrato, de grande repercussão no meio jurídico, por todos os motivos acima expostos.

2.2 Teorias subjetivas

Acontece, porém, que não houve consenso na doutrina no que tange a esta teoria e, principalmente, ao papel atribuído à vontade na formação dos contratos. Na verdade, do ponto de vista histórico, é fácil perceber que a aludida teoria passou por profundas transformações, evidenciando um tratamento nada homogêneo do elemento volitivo deste importante instrumento jurídico.

Assim, por exemplo, em Roma, a partir de meados do período republicano (de 510 a.C. a 27 a.C.), é inegável o enorme apego ao formalismo, fundamental para a produção de efeitos no mundo jurídico. Tanto é verdade que se tornou corrente a afirmação de que os efeitos dos atos jurídicos são conseqüências muito mais da forma adotada do que da vontade de seus agentes.

Nesse contexto, utilizava-se o termo *conventio* para designar todo e qualquer acordo de vontades, abrangendo, portanto, os *contractus* e os *pacta* (*pacta*). Os *contractus* eram aqueles que pressupunham a observância de uma forma específica. Em contrapartida, os *pacta* se realizavam *solo consensu*, ou seja, somente mediante o acordo de vontades, sem necessidade, portanto, da adoção de qualquer requisito formal.

³ le parti contraenti si accordano per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. L'effetto giuridico, costitutivo o regolatore o estintivo del rapporto, è qui prodotto dalla volontà delle parti interessate [...].

Tal distinção tinha enorme importância prática. Mesmo porque somente os primeiros recebiam a proteção da *actio*, o que significa que a observância da forma prescrita em lei era não apenas um elemento com eficácia probatória, mas, sim, um pressuposto indispensável para que a parte pudesse mover ação no sentido de ver resguardado qualquer interesse lesado, o que não ocorria no caso dos pactos.

Com o tempo, porém, foram atribuídas ações também a alguns pactos, sobretudo àqueles de utilização mais freqüente, como a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade. Com isso, o formalismo começou a cair por terra, fato que se intensificou consideravelmente durante a idade média. Para tanto, conforme bem constatou Fiuza (2006), contribuiu a prática dos escribas de fazer constar, no instrumento escrito das convenções, a pedido dos contratantes, a menção de que todas as formalidades tinham sido cumpridas.

Tal fato acabou representando, sem dúvida alguma, mais um duro golpe no formalismo até então predominante. Mesmo porque, embora, de fato, tais formalidades não tivessem sido atendidas, a dispensa expressa pelas partes produzia efeitos como se isso tivesse acontecido. Como consequência, tal fato acabou representando considerável impulso para o domínio da tese subjetivista, perdendo prestígio a concepção anterior. (FIUZA, 2006, p. 33-41)

Ainda neste contexto, outro fator que contribuiu para a queda do formalismo foi o costume de se introduzir, no instrumento contratual, um juramento, com fundamento religioso, a fim de atribuir força às convenções, que resultaria, exclusivamente, do acordo de vontades, ainda que não se exigisse uma forma específica.

Tal fato deixa evidente a influência da Igreja Católica e do Direito Canônico para o domínio da tese subjetiva no campo contratual. Nesse sentido, é inquestionável o grande valor atribuído pela Igreja à vontade empenhada. Por isso mesmo, sua violação deveria ser severamente combatida, sendo cominadas, inclusive, além das sanções humanas (a cargo do Direito), também consequências divinas. Para a Igreja, descumprir aquilo que foi pactuado era considerado pecado, devendo ser evitado a todo custo pelos fiéis.

Foi, porém, com a revolução francesa que a teoria subjetiva atingiu seu ápice, alcançando o posto de verdadeiro dogma do Direito. A esse respeito, além da contribuição de Rousseau (1712–1778), como acima observado, importa destacar a importância de Kant (1724–1804), sem dúvida alguma, um dos maiores defensores do elemento volitivo como determinante da substância e efeitos do instrumento contratual.

Foi Kant quem lançou as bases e os fundamentos filosóficos da aludida doutrina. A partir dele, generalizou-se a crença na vontade como fonte geradora de efeitos jurídicos. Foi

ele também um dos responsáveis pela difusão do termo “autonomia da vontade” no meio jurídico.⁴ Para Kant, autonomia da vontade era, exatamente, a capacidade proveniente da vontade humana de se autodeterminar, sempre segundo uma lei moral por ela mesma estabelecida. Daí, não aceitar o filósofo alemão qualquer fator estranho ou exógeno que pudesse subjugar esta vontade interna. Segundo ele, a razão é a única lei a governar a autonomia. Por isso mesmo, não aceitava qualquer tipo de interferência do ente estatal na esfera volitiva.

Em linhas gerais, porém, é fácil perceber os motivos pelos quais a teoria Kantiana foi amplamente acolhida pelo movimento revolucionário francês e, principalmente, pela nova classe social que ascendia ao poder. Conforme ressaltado, a burguesia encontrava-se ávida por se ver livre dos enormes entraves ao crescimento econômico impostos durante o Medievo. Como consequência, acolheu com grande satisfação as concepções kantianas a respeito da liberdade contratual e da vontade como fundamento de toda e qualquer relação contratual.

Nesse sentido, cumpre transcrever as observações de Cabral:

Na época da revolução francesa, o dogma da vontade atinge o seu ápice, sob a impulsão conjugada de Kant e Rousseau, cujos fundamentos filosóficos se sustentavam na liberdade e no individualismo. A política torna-se contratual (o contrato social) e o contrato politiza-se em torno do princípio da autonomia da vontade, núcleo central das convenções. A vontade torna-se a expressão da liberdade humana. Ninguém podia se obrigar senão por sua vontade livre e espontânea. É o reino do individualismo categórico: o direito não pode compelir ou impedir ninguém de contratar; a pessoa pode contratar com quem ela quiser e sobre o que ela pretender. Por outro lado, a seguridade contratual depende do direito: as obrigações livremente assumidas devem ser cumpridas, sob pena de sanção jurídica. (CABRAL, 2004, p.87-88)

É importante ressaltar, ainda, que o predomínio da tese subjetivista se fez sentir também no campo interpretativo, influenciando na forma de compreensão dos negócios jurídicos. Isso porque, em face do predomínio da tese em questão, o intérprete passa a se orientar, predominantemente, pela indagação acerca da vontade interna das partes, deixando de lado o sentido objetivo dos termos expressos no negócio.

Desse modo, a pergunta básica a ser respondida em face de qualquer negócio jurídico (seja ele formal ou não) passa a ser: Qual o fim pretendido pelas partes? O que elas queriam quando da realização do referido negócio jurídico? (CABRAL, 2004, p. 87) Assim, havendo conflito entre a declaração e a vontade interna ou real, não há o que discutir, deve prevalecer

⁴ Embora tenha sido Kant um dos responsáveis pela difusão do termo autonomia da vontade como causa determinante dos contratos, o primeiro a utilizá-lo foi Gounot. Coube, portanto, a este importante jurista francês, segundo Fernando Noronha, a apresentação da *théorie de l'autonomie de la volonté*, segundo a qual a vontade dos interessados não só criaria o contrato, como determinaria livremente o seu conteúdo. (NORONHA, 1994, p. 112)

esta última.

Conseqüentemente, nos termos acima preconizados, a vontade exteriorizada deve ser entendida como um simples meio auxiliar, capaz apenas de oferecer subsídios para a compreensão daquilo que realmente importa: a vontade interna.

Nesses termos, ao se propugnar a primazia da vontade na formação das relações obrigacionais, leva-se em conta a vontade como elemento interno (psíquico) das partes e não sua declaração.

Por outro lado, em período um pouco mais recente, como que preparando o solo para o advento da concepção objetiva, a qual será analisada mais adiante, começa a ganhar espaço a tese segundo a qual a vontade que realmente importa é aquela declarada (e não a interna), como antes se apregoava. Sendo assim, em caso de conflito entre a declaração e o foro íntimo do agente, a balança deve, necessariamente, pender a favor daquela, única capaz de ser socialmente percebida. Por isso mesmo, esta concepção ficou conhecida como teoria da declaração, em contraposição à anterior, denominada teoria da vontade.

Como se vê, duas são as correntes que surgiram em torno da mesma doutrina. A diferença entre elas é que, enquanto a primeira atribui maior importância à vontade como elemento interno ou psíquico dos agentes, a segunda está calcada, mais propriamente, sobre aquela que foi efetivamente exteriorizada. Ambas, porém, têm em comum o fato de atribuírem primazia ao mesmo elemento (a vontade), que é, de qualquer modo, determinante para a existência das relações obrigacionais.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume a lição de Ferri, que muito bem destaca a dualidade acima destacada. Segundo ele,

As teorias subjetivas fundam a essência do negócio jurídico substancialmente sobre a vontade do seu autor ou dos seus autores, e isto acontece seja quando tal vontade é considerada como momento prevalente sobre aquele da sua manifestação (como é nas primeiras formulações do conceito), seja quando a atenção se dirige não tanto à vontade entendida como o elemento psicológico (interno à manifestação), mas à manifestação mesma, na qual a vontade se exteriorizou. Em substância, estas teorias, essencialmente ligadas à definição de negócio como declaração de vontade, se desenvolvem segundo uma linha que, depois de ter atribuído uma primitiva prevalência ao conteúdo (a vontade) em relação ao continente (a declaração), se atestou sobre posição que, jogando por terra o ponto de vista precedentemente seguido, vêem prevalecer a declaração sobre a vontade.⁵ (FERRI, 2004, p.31,

⁵ Le teorie soggettive fondano sostanzialmente l'essenza del negozio giuridico sulla volontà del su autore o dei suoi autori, e ciò accade sia quando tale volontà è considerata come momento prevalente su quello della sua manifestazione (come è nelle prime formulazioni del concetto), sia quando l'attenzione si rivolge non tanto alla volontà intesa quasi come elemento psicologico (interno alla manifestazione), ma alla manifestazione stesse, in cui la volontà si è esteriorizzata. In sostanza queste teorie, essenzialmente legate alla definizione di negozio come dichiarazione di volontà, si evolvono secondo una linea che, dopo aver attribuito una primitiva prevalenza al contenuto (la volontà), rispetto al contenente (la dichiarazione), si è attestata su posizione che,

tradução nossa)

Ainda no que diz respeito a essa discussão, e pendendo para a primeira teoria, afirma Bianca (2002, p.19) que a teoria da vontade reconhece a essência do negócio jurídico na vontade criadora do indivíduo. Assim, uma declaração que não corresponda à vontade interna seria inidônea a formar o negócio jurídico. Segundo ele, “A vontade tem necessidade de manifestar-se externamente, mas uma manifestação à qual não corresponda uma real vontade do sujeito não teria valor de negócio.”⁶ (BIANCA, 2002, p. 19, tradução nossa)

Enquanto isso, para a teoria da declaração, o que constitui o contrato não é a vontade internamente configurada, mas, sim, a declaração, como pode ser entendida diante das circunstâncias. (BIANCA, 2002, p. 19)

De todo modo, independentemente de prevalecer a vontade interna ou a declarada, é inquestionável que esse elemento anímico passou a gozar de grande importância no âmbito jurídico, assumindo *status* de principal fonte geradora de vínculos e efeitos obrigacionais. Tanto é verdade que se tornou corrente o entendimento de que “o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido.” (NORONHA, 1994, p. 43)

Na realidade, com o tempo, percebeu-se que nenhuma dessas duas teorias (em sua pureza original) poderia prevalecer. Sendo assim, outros elementos, como a boa-fé e a diligência, passaram a ser utilizados para amenizar o rigor das sobreditas teorias, buscando proporcionar, dessa forma, uma solução mais justa para o caso em questão. Nesse sentido, afirma Stanzione que:

O conflito foi, com efeito, resolvido pelo ordenamento em base à regra da responsabilidade, da boa fé e de diligência que, em certo sentido, contrabalanceiam os interesses em jogo. Em outras palavras, o ordenamento tutela a confiança que cada um deposita na seriedade de uma intenção declarada por um outro sujeito; mas a tutela até o limite da boa fé e da diligência e isto apenas se aquele que recebe a declaração não sabia (boa fé) ou não tivesse a possibilidade de saber (diligência) da divergência entre declaração e vontade.⁷ (STANZIONE, 2006, p.200, tradução nossa)

rovesciando la prospettiva precedentemente seguita, vedono prevalere la dichiarazione sulla volontà.

⁶ La volontà ha bisogno di manifestarsi esternamente, ma una manifestazione alla quale non corrisponda una reale volontà del soggetto non avrebbe valore di negozio.

⁷ Il conflitto è stato in effetti risolto dall'ordinamento in base a regole di responsabilità, di buona fede e di diligenza che in un certo senso bilanciano gli interessi in gioco. In altre parole, l'ordinamento tutela l'affidamento e cioè la fiducia che ciascuno ripone nella serietà di un intento dichiarato da un altro soggetto; ma lo tutela fino al limite della buona fede e della diligenza e cioè soltanto se colui che riceve la dichiarazione non abbia saputo (buona fede) o non sia stato nella possibilità di sapere (diligenza) della divergenza tra dichiarazione e volontà.

No mesmo sentido, afirmam Torrente e Schlesinger que tanto a teoria da vontade, que dá relevo exclusivo ao elemento anímico, quanto a teoria da declaração, que destaca a exteriorização da vontade, por si só, são insuficientes para a compreensão da gênese contratual. Por isso mesmo, outras teorias são propostas. É o caso, por exemplo, da teoria da confiança e da responsabilidade. De acordo com a primeira, adotada no Código Civil Italiano de 1942, deverá prevalecer a vontade declarada sobre a interna apenas quando ela suscitar em seu destinatário uma justa expectativa em torno de sua seriedade e exatidão. A esse respeito, ainda segundo os citados juristas italianos,

[...] pode-se dizer que o código tenha seguido, pelo menos como endereço geral, a teoria da confiança. Segundo esta teoria, se a declaração diverge da vontade interna, mas aquele a quem ela é destinada não era em grau de conhecer a divergência, o negócio é válido; é inválido se o destinatário sabia ou era em grau de perceber que a declaração não correspondia à vontade interna do declarante. ⁸ (TORRENTE; SCHLESINGER, 2004, p.174, tradução nossa)

Do mesmo modo, afirma Vicente Ráo (1997, p. 172) que a teoria da confiança faz prevalecer a vontade declarada apenas quando esta houver suscitado no destinatário “um grau tal de confiança que ele, com razão e levando em conta as circunstâncias objetivas do caso, tenha acreditado na normalidade da declaração, procedendo, em conseqüência, de acordo com essa crença legítima.”

Por sua vez, a teoria da responsabilidade, intimamente ligada à da confiança, assenta-se inteiramente no comportamento adotado pelo destinatário da declaração. De acordo com essa corrente, deve prevalecer a vontade interna caso o destinatário da declaração haja sem a devida cautela, ou com culpa, não considerando, regularmente, os elementos objetivos que envolvem o negócio realizado. Neste caso, segundo observa ainda Ráo, tal doutrina baseia-se “na culpa imputável ao destinatário, atribuindo-lhe, na expressão dos autores, uma ‘auto-responsabilidade’, ou seja, as conseqüências resultantes de sua própria conduta.” (RÁO,1997, p. 172)

É evidente, contudo, que toda a importância atribuída à vontade fundamenta-se nos valores consagrados pelo liberalismo econômico, que, além de defender a não-ingerência do Estado na economia, sustentava uma liberdade quase absoluta aos particulares para que pudessem manifestar validamente sua vontade.

⁸ (...) si può dire che il codice abbia seguito, almeno come indirizzo generale, la teoria dell'affidamento. Secondo questa teoria, se la dichiarazione diverge dall'interno volere, ma colui cui essa è destinata non era in grado di conoscere la divergenza, il negozio è valido; è invalido se il destinatario sapeva o era in grado di accorgersi che la dichiarazione non corrispondeva all'interno volere del dichiarante.

Por isso mesmo, visando a contextualizar a autonomia privada, assim como a compreender sua evolução histórica, torna-se fundamental a análise das principais características do Estado liberal. Conforme já afirmado anteriormente, o tema em questão está intimamente ligado às mudanças do sistema econômico e, conseqüentemente, da própria forma de Estado.

2.3 Características do Estado Liberal

Dentre as características mais marcantes do Estado liberal, importa destacar, exatamente, a não intromissão do Estado na economia e na esfera privada em geral. Esta, aliás, é a tônica marcante deste paradigma de organização estatal. A esse respeito, afirma Bianca que:

O ordenamento jurídico devia limitar-se a garantir ao indivíduo as condições para o exercício de suas liberdades e, entre estas, de sua liberdade de iniciativa econômica. O negócio era reconhecido como afirmação da liberdade econômica do indivíduo, e, como tal, ele era o meio jurídico através do qual se realizava uma economia liberal confiada, exclusivamente, à iniciativa do privado.⁹ (BIANCA, 2002, p. 54, tradução nossa)

Também nesse sentido, cumpre transcrever as observações de Magalhães, segundo o qual:

Em linhas gerais, o Estado Liberal caracteriza-se pela omissão perante os problemas sociais e econômicos, não consagrando direitos sociais e econômicos no seu texto além da regra básica de não-intervenção no domínio econômico. As constituições liberais declaram os direitos individuais, entendidos como direitos que regulam condutas individuais e protegem a esfera de interesses individuais contra o Estado, sendo o limite desses direitos o direito do outro, além de assegurarem, ainda, os direitos políticos. (MAGALHÃES, 2002, p. 63)

Tal entendimento, verdadeira base de sustentação dos primeiros textos constitucionais, também gozava de enorme prestígio entre os civilistas. Tanto é verdade que passou a ser tratado como verdadeiro dogma, pressuposto de todo o direito obrigacional, cujo fundamento encontrava-se assentado, exatamente, na idéia de que a justiça nas relações contratuais

⁹ L'ordinamento giuridico doveva limitarsi a garantire all'individuo le condizioni per l'esercizio delle sue libertà e, tra queste, della sua libertà d'iniziativa economica. Il negozio veniva riconosciuto come affermazione della libera volontà dell'individuo, e come tale esso era il mezzo giuridico attraverso il quale si realizzava un'economia liberistica affidata esclusivamente all'iniziativa del privato.

decorria, exclusivamente, da liberdade atribuída às partes de negociarem livremente suas cláusulas.

Nesse contexto, afirmava-se que todas as pessoas capazes estavam em igualdade de condições para estabelecer os termos dos regulamentos contratuais. Trata-se, é óbvio, de uma igualdade meramente formal, que desconsiderava a realidade social dos participantes da relação obrigacional.¹⁰

De todo, tal concepção acabou se tornando a pedra basilar do modo de produção capitalista. Até porque havia consenso, sobretudo no âmbito da classe dominante, em torno da necessidade de autonomia e liberdade para que os indivíduos, por sua própria vontade, ingressassem no mercado, seja comprando, produzindo e, principalmente, vendendo.

É óbvio, porém, que a grande maioria da população, por não possuir o que vender, se via forçada a alienar a única coisa de que dispunha: a força de trabalho, o que ocorria (como ainda ocorre, sobretudo em países em desenvolvimento) por um preço vil e, na maioria das vezes, em condições indignas. Tal fato, aliás, vai ensejar o aparecimento das piores mazelas do Estado Liberal, sendo também responsável por sua queda.

Certo é que, em conseqüência do ideário liberal, o estado deveria permanecer à margem das relações econômicas, intervindo apenas quando a vontade fosse emitida com algum vício. Daí, aliás, a grande importância atribuída aos vícios do consentimento (erro, dolo, coação), nesse período. Sendo, contudo, emitida livremente, sem qualquer dos vícios anteriormente apontados, a vontade seria apta a vincular as partes envolvidas, transformando-se em lei entre elas.

Como decorrência dessa concepção, nasceu outro princípio marcante do Estado Liberal, tão bem sintetizado por meio da expressão *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser observados. Essa idéia veio reforçar ainda mais a crença na vontade como causa determinante dos vínculos obrigacionais.

Outra característica do Estado Liberal, agora apontada por Bobbio, diz respeito à crença na certeza do Direito, a qual, segundo ele, só é alcançada

[...] quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas, e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as conseqüências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da

¹⁰ Nesse sentido, afirma Galgano (1982, p. 02) que dominava nas constituições liberais a convicção de que os direitos e as liberdades individuais não poderiam ser suprimidas ou limitadas senão pelo poder do Estado. Assim, de acordo com a concepção dominante à época, seria suficiente limitar e regular esse poder para edificar uma sociedade de homens livres e iguais.

lei, limitando-se, simplesmente, a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei. (BOBBIO, 1995, p.81)

Sem dúvida alguma, a difusão do modelo estatal acima esboçado justifica-se plenamente, principalmente quando levamos em conta os anseios da classe então emergente: a burguesia, a qual tinha como objetivo precípua pôr fim aos inúmeros entraves à livre circulação de riquezas impostos pelo Estado durante todo o regime feudal.

Nesse sentido, ainda segundo Bobbio:

Do ponto de vista institucional, o Estado liberal e (posteriormente) democrático, que se instaurou progressivamente ao longo de todo o arco do século passado, foi caracterizado por um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências provenientes da burguesia em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional. (BOBBIO, 1992, p. 147-148)

2.4 O movimento das codificações e o mito da completude do ordenamento

Nesse contexto, a busca da segurança jurídica, assim como a conquista da tão almejada unificação política por parte do ente estatal, acabou implicando profunda modificação também no campo jurídico, ganhando vulto a idéia da codificação. Esta, por sua vez, pressupunha a criação de verdadeiros arcabouços legislativos, cuja pretensão maior consistia na sistematização do ordenamento jurídico, ou seja, na criação de um conjunto ordenado de normas que pudessem ser facilmente compreendidas e aplicadas pelos seus destinatários. Desse modo, o código passou a ser concebido como “um conjunto unitário e coerente de preceitos jurídicos harmonicamente conjugados.” (RIBEIRO, 2004, p. 56)

Na verdade, todo esse movimento em prol da codificação e, conseqüentemente, da sistematização do direito está intimamente ligado ao propósito de racionalização do fenômeno jurídico. É este, aliás, um dos principais objetivos a serem alcançados.¹¹ Nesse sentido, não se

¹¹ A esse respeito, é importante observar que a idade média caracterizou-se por grande confusão do ponto de vista jurídico. Isso porque, com a queda do Império Romano do ocidente, o antigo Estado Romano sofreu profunda fragmentação, dividindo-se em vários reinos tribais germânicos. Acontece, porém, que essa divisão não implicou o desaparecimento da ordem jurídica romana. Ao contrário, ela continuou exercendo seu papel, só que agora de forma restrita aos “romani”, isto é, aos descendentes das velhas populações nativas. Enquanto isso, os conquistadores mantiveram seu próprio direito, o qual, por sua vez, caracterizava-se por ser essencialmente costumeiro, ou seja, baseado em usos e costumes imemoriais transmitidos de forma oral. Como se vê, a confusão era evidente. Daí o desejo, principalmente com o advento do iluminismo, de racionalização do direito. Por isso mesmo, a idéia de um corpo estável de normas, criado por meio de um processo racional pelo Estado, ganhou enorme adesão, difundindo-se por quase todos os países (exceção feita à Inglaterra e suas

pode esquecer que a idéia de racionalização era o princípio norteador de um movimento muito mais abrangente, o qual teve ampla repercussão não apenas no âmbito jurídico.

Trata-se do movimento iluminista, que tinha como característica marcante a crítica da tradição e do mito religioso como critérios explicativos da realidade. Segundo os adeptos deste movimento, somente a razão é capaz de oferecer critérios seguros para explicar a realidade. Para tanto, é indispensável a adoção de um procedimento metodológico, único capaz de assegurar a veracidade do resultado alcançado.

A esse respeito, não é demais ressaltar que o método que mais se aproximava do ideal iluminista era exatamente o matemático, o qual, por ser passível de demonstração, passou a gozar de enorme credibilidade, sendo apontado, inclusive, como único adequado para legitimar a produção científica do conhecimento. Daí a difusão deste modelo para todos os ramos do conhecimento científico, inclusive para o campo jurídico.

Desse modo, sintetizando as transformações acima delineadas, afirma Ribeiro (2004, p. 54) que as normas jurídicas deixaram de ser concebidas como dado natural, alicerçadas na autoridade da tradição ou da divindade, para serem percebidas como produto da razão humana, suscetíveis de serem organizadas segundo esquemas previamente estabelecidos, sempre em conformidade com uma lógica de tipo matemático.

Daí a difusão do citado modelo de codificação, o qual teve ampla aceitação em quase todos os países do mundo ocidental, caracterizando-se também pelo reconhecimento dos valores consagrados pela categoria recém-chegada ao poder, ou seja, a burguesia.

A esse respeito, convém citar os Códigos Civis que se seguiram à Revolução Francesa, com destaque especial para o Código Civil Francês, de 1804, e o Código Alemão, de 1896.¹² Todos eles estavam calcados, exatamente, nos interesses e valores apregoados pela classe liberal burguesa. Esta, ao se sagrar vitoriosa na Revolução, na condição de elite dominante, passou a impor uma nova tábua axiológica, na qual toda a sociedade foi chamada a

colônias), embora com intensidade diversa. Assim, por exemplo, na Alemanha, sobretudo em virtude das críticas realizadas por Savigny e pelos demais seguidores da escola histórica, a codificação do Direito Civil somente foi ultimada em 1896, entrando o Código em vigor em 1900. Por sua vez, na França, em virtude da força política de Napoleão, a criação do Código Civil se deu bem antes, mais especificamente em 1804. (CAENEGEM, 2000, p. 23-25)

¹² O Código Civil alemão foi promulgado em 1896, entrando em vigor somente em 1º de janeiro de 1900, o que evidencia um período bastante longo de *vacatio legis* (04 anos). Na realidade, o BGB (abreviação da expressão alemã *Bürgerlich Gesetzbuch*) caracteriza-se por um processo bastante longo em todas as fases de sua criação. Ao contrário do Código Civil Francês, promulgado a partir de um projeto elaborado em 04 meses e discutido durante 102 sessões no Conselho de Estado, o BGB pressupôs vários anos de trabalho e debates, tendo os trabalhos sido iniciados em 1874, terminando apenas em 1896, quando o Código foi finalmente votado e aprovado. Dentre as características que o distinguem dos demais está sua divisão em duas partes distintas: uma geral e outra especial. Estrutura que foi adotada por grande parte dos Códigos que se seguiram ao modelo alemão, dentre eles o Código Civil brasileiro, de 1916, bem como o Código de 2002. (WIEACKER, 2004, p. 536-542)

reconhecer-se.

Buscando liberdade e segurança para implementar suas atividades, a nova classe econômico-social impôs a já ressaltada postura abstencionista por parte do ente estatal, chamado a se abster de intervir em qualquer tipo de relação econômica e social. Como conseqüência, os Códigos que se seguiram a esse período buscavam apenas fixar as “regras do jogo”, estabelecendo estruturas pretensamente fixas e duráveis, proporcionando aos burgueses os instrumentos necessários para alcançar seus objetivos, dentre eles a tão almejada segurança jurídica.

Tal propósito, aliás, pode ser evidenciado também a partir da técnica de redação adotada pelos Estatutos Civis, que, de certa forma, predomina até hoje. De acordo com essa técnica, os vários dispositivos legais devem ser expressos segundo a lógica clássica (suporte fático e efeitos jurídicos). Assim, após descrever a hipótese particular de incidência da norma, o legislador estabelece seus respectivos efeitos, os quais terão lugar tão-somente no caso daquela hipótese se concretizar.

Com isso, pretende o legislador diminuir, na maior medida possível, o indesejável arbítrio judicial, preocupação basilar do pensamento liberal. Essa estrutura pode ser muito bem sintetizada a partir da expressão Kelseniana: “Se A, então B”, na qual “A” é, exatamente, o suporte fático hipotético (assim denominado por não se referir a um fato concreto, mas sim potencial) e “B” as conseqüências previstas caso o fato hipoteticamente delineado venha a se concretizar.

É, aliás, o que resalta Irti, segundo o qual, na parte hipotética, “a norma jurídica descreve um fato, que pode acontecer ou não: portanto, não um fato real (já pertencente ao reino da natureza ou à história dos homens), mas um fato eventual.”¹³ (IRTI, 1999, p. 17, tradução nossa) Com isso, pretende o legislador criar um repertório de figuras e disciplinas típicas, de modo que o juiz pouco ou nada possa acrescentar às conseqüências estabelecidas previamente pelo texto normativo.

Como foi dito, a preocupação maior era a segurança jurídica. Acreditava-se que a imutabilidade deve ser a primeira e fundamental característica de toda a legislação civil. Assim, era corrente o entendimento de que o descontínuo e o mutável poderiam alterar os cálculos e frustrar as expectativas legítimas em torno da concretização de determinados objetivos. Como fundamento para a idéia de codificação, afirmava-se que, diante de um quadro estável e conhecido de regras, o sucesso ou insucesso do exercício da atividade

¹³ La norma giuridica descrive un fatto, che può accadere o non accadere: dunque, non un fatto reale (già appartenente al regno della natura o alla storia degli uomini), ma un fatto eventuale.

econômica dependeria, exclusivamente, da competência daquele que se propôs a realizá-la.¹⁴

Toda essa preocupação com a segurança jurídica implicou a delimitação dos poderes dos juízes no exercício de sua atividade interpretativa. Assim, em virtude da tão festejada tripartição dos poderes, acreditava-se que a criação do direito seria tarefa exclusiva do legislador, sempre por meio da criação de leis. Em contrapartida, ao judiciário caberia apenas aplicá-las aos casos concretos, pondo fim, assim, aos conflitos de interesses surgidos no âmbito social.

Para tanto, contribuiu, sem dúvida alguma, o advento das Grandes Codificações, que despertaram enorme fascínio entre os juristas, dando origem a teses acerca da completude e perfeição do ordenamento jurídico. Nesse sentido, era corrente a idéia de que o Código Civil representava uma verdadeira constituição para o direito privado, cabendo ao juiz apenas extrair de dentro dele a norma adequada para a solução do caso concreto.

É, aliás, o que afirma Irti, segundo o qual,

O mundo da segurança é, portanto, o mundo dos códigos, que traduzem, em ordenadas seqüências de artigos, os valores do liberalismo oitocentescos. A partir daqui, o significado ‘constitucional’ dos códigos civis, no sentido que eles não se limitam a disciplinar simples aspectos técnicos (mais ou menos perfeitos e completos), mas recolhem e fixam a filosofia da revolução burguesa.¹⁵ (IRTI, 1990, p. 23, tradução nossa)

Outro fator também determinante para a delimitação da atividade judicial, pelo menos na França, adveio do fato de a maioria dos juízes, mesmo após o período revolucionário, pertencerem ao Antigo Regime. Tal fato despertou grande desconfiança entre os franceses, levando-os a defender a idéia de que os poderes do Judiciário deveriam ser amplamente reduzidos. Tudo isso para evitar o arbítrio judicial, e, assim, os “perigos” que dele poderiam

¹⁴ Esta idéia apresenta-se, sem dúvida alguma, com um forte caráter ideológico, passando a ser utilizada como eficaz instrumento de dominação. Ora, se o sucesso ou insucesso de cada um depende apenas da habilidade individual, cada indivíduo poderá perfeitamente alcançar seu “lugar ao sol”, basta se empenhar para tanto. Realmente, se vivêssemos em um mundo perfeito, onde as pessoas são absolutamente iguais, pelo menos no que diz respeito às condições mínimas de vida e trabalho, o raciocínio acima se aplicaria perfeitamente. Mas, não é isso que percebemos. Pelo contrário. Mesmo porque, ao lado de uma pequena parcela da sociedade, dotada de todos os instrumentos necessários para se desenvolver e produzir, está a maior parte da população, sobretudo em países em desenvolvimento, como o Brasil, vivendo alijada do mínimo necessário para o próprio sustento, nascendo e crescendo em bolsões de miséria, nos quais a sobrevivência é sempre uma batalha árdua a ser vencida dia-a-dia, seja em virtude da ausência do próprio alimento, seja em virtude da violência advinda de grupos cada vez mais organizados de bandidos. Sem contar a violência proveniente do próprio braço armado do Estado, o qual, visando a manter o estado de dominação existente, utiliza toda sua força contra a extensa parcela de miseráveis, generalizando a falsa e absurda idéia de que a violência está intimamente relacionada à pobreza.

¹⁵ Il mondo della sicurezza è, dunque, il mondo dei codici, che traducono, in ordinate sequenze di articoli, i valori del liberalismo ottocentesco. Da qui il significato ‘costituzionale’ dei codici civili, nel senso che essi non si limitano a disciplinare semplici congegni tecnici (più o meno perfetti e completi) ma raccolgono e fissano la filosofia della rivoluzione borghese.

advir.

A esse respeito, importa observar que, mesmo no caso de lacuna no ordenamento, o próprio legislador estabelecia (como ainda estabelece na maior parte dos estatutos modernos) mecanismos que deveriam ser utilizados para preenchê-las. É o caso, por exemplo, da analogia e dos princípios gerais do direito, instrumentos apontados para suprir omissões normativas. Desse modo, reforça-se ainda mais a crença no papel do juiz como mero aplicador, e não criador do Direito. Até porque o próprio ordenamento, centralizado em torno da idéia de codificação, assume o papel de estabelecer mecanismos para preencher as próprias lacunas, acaso existentes.

Como conseqüência, também se fortalece a tese da completude do ordenamento. Mesmo porque os mecanismos previstos para o preenchimento das lacunas são consagrados pelo próprio ordenamento jurídico. Assim, tanto na hipótese de utilização da analogia, como na aplicação dos princípios gerais do direito, o intérprete não tem que sair do ordenamento para encontrar a solução adequada para o caso concreto, ainda que, num primeiro momento, este não se encontrasse expressamente previsto pelo legislador.

À vista do exposto, podemos apontar como principais características do estado liberal: certeza, segurança e fechamento do sistema jurídico.

3. O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL E AS REPERCUSSÕES PARA A AUTONOMIA PRIVADA

Com o tempo, porém, começaram a ruir os fundamentos sobre os quais se estruturava o Estado liberal. Conforme já acentuado, em virtude da aludida omissão estatal, acabaram surgindo sérios desequilíbrios sociais, que foram severamente acentuados com a Revolução Industrial. Essa situação surgiu em decorrência de uma série de fatores, tanto internos como externos. Dentre aqueles, podemos citar a forte pressão exercida pela classe operária, que não mais aceitava as péssimas condições e as elevadas jornadas de trabalho às quais era exposta.

Como observa Bonavides:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade de contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (BONAVIDES, 1996, p.59)

Outro fator interno também decisivo para a queda do modelo liberal foi a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo na década de 1930, sobretudo após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, agravando-se em virtude das duas grandes guerras.

No que tange aos fatores externos, não podemos nos esquecer da “ameaça socialista”, decorrente da Revolução Russa de 1917. Essa revolução exerceu grande fascínio sobre o mundo ocidental, prometendo a tomada de poder pela classe operária e difundindo a idéia da

concretização de um sonho antigo: a conquista da igualdade real entre os indivíduos, superando, portanto, a igualdade meramente formal, como era reconhecida nos textos legislativos até então.

Tudo isso fez com que o Estado adotasse uma nova postura, outrora severamente combatida, passando a intervir nas relações econômicas e, principalmente, nas relações contratuais, no intuito de assegurar um maior equilíbrio entre as partes contratantes. Assim, após mais de um século de liberalismo econômico, finalmente chegou-se à conclusão de que seria fundamental, para a sobrevivência do próprio capitalismo, a intervenção do ente estatal nas relações econômicas.

O Estado passou, então, a assumir algumas atividades tidas como essenciais, além de regular exaustivamente outras, tendo por objetivo assegurar uma aparente justiça social.

Em verdade, porém, o objetivo maior do Estado, não obstante os vários avanços alcançados na área social, era a manutenção do próprio sistema de produção capitalista, que se encontrava ameaçado pela ganância desmedida, como se percebeu a partir das graves crises ocorridas ao longo do século XX. Daí, o intervencionismo estatal, indispensável para o estabelecimento de limites, sem dúvida alguma imprescindíveis para a sobrevivência do modelo econômico implantado.

Nesse sentido, citando Reinaldo Pereira e Silva, afirma Streck:

O Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. A ampliação das funções do Estado, tornando-o tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, presta-se a objetivos contraditórios: a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores.” Além disto, é bom frisar que “o intervencionismo estatal também se constitui em defesa do capital contra as insurreições operárias, opondo-se à ilusão de igualdade de todos os indivíduos diante da lei. (SILVA *apud* STRECK, 2007, p. 22)

Infelizmente, porém, essa mudança tardia no comportamento do Estado não foi suficiente para evitar a grave crise mundial que, dentre outras conseqüências, deflagrou a primeira grande guerra (1914-1918), a qual acabou por tornar-se um divisor de águas entre os dois modelos de organização do Estado: o Liberal e o Social.

Como se viu, após vários conflitos e reivindicações, finalmente percebeu-se que o lema do liberalismo econômico – *laissez faire, laissez passer* – era fonte de graves desigualdades, representando também grande risco para o próprio modelo econômico-burguês, incapaz de sobreviver sem um mínimo de intervenção por parte do ente estatal. Por isso, tornou-se fundamental a atuação do Estado no sentido de extirpar os obstáculos à

manutenção do próprio sistema, além de apaziguar os ânimos sociais que, diante do quadro caótico decorrente das graves crises econômicas, encontravam-se bastante exaltados.

Nesse contexto, foi reconhecida uma nova categoria de direitos, chamados de “direitos fundamentais de 2ª geração”, também conhecidos como direitos sociais, entre os quais podemos destacar o direito à saúde, à educação e ao trabalho.

Diferentemente dos direitos individuais, preocupados em proteger o cidadão contra o absolutismo estatal, os direitos sociais caracterizam-se por uma nova postura do Estado, marcada, sobretudo, pelo intervencionismo. Rompe-se, portanto, a lógica do Estado abstencionista, tão difundida nas Codificações do século XIX, nascendo, a partir daí, a suposta busca pelo *welfare state* (Estado do bem-estar social).

As primeiras Constituições a consagrarem esse novo rol de direitos fundamentais foram a Mexicana, de 1917, e a Alemã, de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar. Esta, aliás, pode ser apontada como a matriz do constitucionalismo social, servindo de modelo para quase todas as Constituições que se seguiram ao primeiro pós-guerra.

Nesse sentido, cumpre referenciar as observações sempre pertinentes de Galgano:

Na Carta de Weimar e depois, ainda que em desigual medida, em todas as cartas constitucionais do ocidente europeu, caracterizadas pela direta contribuição dos partidos operários a sua elaboração, manifesta-se uma idéia nova de constituição: não apenas como oposição ao despotismo político, como sujeição da relação entre Estado e cidadão ao direito; mas também como oposição ao despotismo econômico e, mais em geral, dos governos de fato da sociedade civil, como juridicização, com solenes normas de princípios, das relações entre cidadãos. A constituição deixa de ser, ainda que esta fórmula venha mecanicamente repetida, somente a fonte suprema do direito público, reguladora da forma de governo e das garantias de liberdades dos cidadãos em relação ao Estado; torna-se, ao mesmo tempo, a lei fundamental do direito privado, reguladora das relações entre privados, ou com normas imediatamente preceptivas ou, mais freqüentemente, com normas de endereço para a legislação ordinária.¹⁶ (GALGANO, 1982, p. 59, tradução nossa)

No Brasil, a primeira Constituição a reconhecer essa nova postura intervencionista foi a de 1934, considerada uma das mais avançadas de nossa história. Lamentavelmente, no entanto, essa Constituição vigorou pouquíssimo tempo, sendo substituída pelo Texto

¹⁶ Nella Carta de Weimar e poi, sia pure in diseguale misura, in tutte le carte costituzionali dell'Occidente europeo, caratterizzate dal diretto apporto dei partiti operai alla loro elaborazione, si manifesta un'idea nuova di costituzione: non solo come opposizione al dispotismo politico, come assoggettamento al diritto del rapporto fra Stato e cittadini; ma anche come opposizione al dispotismo economico e, più in generale, dei potentati di fatto della società civile, come giuridificazione, con solenni norme di principio, dei rapporti fra cittadini. La costituzione cessa de essere, anche se questa formula viene meccanicamente ripetuta, solo la fonte suprema del diritto pubblico, regolatrice della forma di governo e delle guarentigie di libertà dei cittadini nei confronti dello Stato; diventa, al tempo stesso, la legge fondamentale del diritto privato, regolatrice dei rapporti fra privati, o con norme immediatamente preceptive o, più frequentemente, con norme di indirizzo per la legislazione ordinaria.

Constitucional de 1937, outorgado por Getúlio Vargas, que representou o retorno ao regime de exceção.

Somente com a Constituição de 1946 ocorreu a redemocratização do País e a retomada das conquistas sociais. Mais uma vez, porém, esse período democrático foi curto, sendo interrompido pelo golpe militar de março de 64, que se estendeu por intermináveis duas décadas, marcando profundamente a história brasileira.

A esse respeito, importa ressaltar que, além do Brasil, quase todos os países da América Latina e África viveram situações semelhantes, alternando regimes democráticos com sistemas ditatoriais. Com isso, tornou-se bastante evidente o enorme contraste em relação aos chamados países ricos, que muito já haviam conquistado em termos de direitos e garantias sociais.

Assim, não há como negar que o verdadeiro modelo de Estado Social passou muito distante de nossa realidade, ficando restrito aos países desenvolvidos. Estes, por meio de instituições consolidadas e fortes, muito caminharam no reconhecimento das conquistas sociais. Para tanto, foi de fundamental importância a atuação de órgãos de classe, como os sindicatos, que contribuíram decisivamente na efetivação de vários desses direitos.

Desse modo, enquanto na Europa e EUA, as intervenções estatais, na maioria das vezes, implicavam melhoria considerável na qualidade de vida, na América Latina, o Estado, ao interferir nas relações econômicas, o fazia de forma desastrosa, criando cabides de empregos e fontes intermináveis de corrupção.

Tudo isso fez com que o Estado se agigantasse, deixando de lado as funções que são verdadeiramente essenciais – como saúde, educação e segurança – para interferir em outras não tão relevantes. Nesse sentido, várias iniciativas podem ser mencionadas. Quem não se lembra, por exemplo, da COBAL, supermercado mantido pelo próprio Estado Brasileiro, que representava mais uma “generosa” fonte de corrupção e cabide de empregos?

Por sua vez, grande parte da população permanecia vivendo em condições precárias, amontoadas em favelas e bicos, às voltas com ditaduras e golpes políticos, evidenciando uma democracia insipiente, incapaz de assegurar um mínimo de bem-estar social. A esse respeito, interessante é a lição de Perlingieri, que muito bem diagnosticou os problemas advindos do modelo de Estado Social. Segundo ele,

No Curso dos anos, este modelo de construção do bem-estar e da justiça coletiva teve atuação distorcida e parcial, caracterizada pela proliferação caótica de leis especiais, algumas vezes de limitadíssimo relevo coletivo, e pela dilatação do poder administrativo (burocracia). A complexidade da vida social e a crescente dependência do desempenho público formam a premissa para uma invasão do poder

burocrático na sociedade civil e multiplicam as ocasiões de corrupção ou de abuso do poder político-administrativo com fins de obtenção do poder pessoal. Despesas sociais sempre maiores, dificuldades de controlar a qualidade e a equidade no fornecimento dos serviços, proliferação de conflitos, confusão de poder político e econômico, difusão de egoísmos e particularismos velhos e novos completam o quadro da crise do Estado social.¹⁷ (PERLINGIERI, 2006, p. 15, tradução nossa)

Do ponto de vista jurídico, ainda segundo este autor, várias causas explicam a crise do modelo social. É o caso, por exemplo, da inexistência de categorias jurídicas adequadas diante do novo contexto. Outro fator importante, também ressaltado por Perlingieri, pode ser constatado em virtude da falta de atuação dos princípios constitucionais, seja por parte da legislação especial, normalmente despida de sentido, como por parte da magistratura que, na maioria das vezes, não oferece elaboração atuante a eles.

Ocorre que, apesar dos problemas e do fato de as conquistas apontadas não terem se estendido a todos os países, é forçoso reconhecer que essa mudança de paradigma repercutiu profundamente no campo jurídico e, principalmente, na autonomia privada. Antes, porém, de analisarmos tais repercussões em face do objeto do presente estudo, importa ressaltar o aperfeiçoamento de importantes institutos jurídicos, também diante do novo contexto, como é o caso do dirigismo, da revisão contratual e da boa-fé objetiva. Do mesmo modo, é inquestionável a ligação entre a mudança acima enfatizada e o despertar de movimentos de ampla repercussão para todo o Direito Civil, como a descodificação e a Constitucionalização deste importante ramo do Direito.

3.1 A descodificação do Direito Civil

No campo legislativo, a nova postura do ente estatal vai implicar a progressiva perda de centralidade do Código Civil, conseqüência de uma intensa produção legislativa, que deu origem, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, ao aparecimento de um movimento que passou a defender a idéia de descodificação do Direito Civil.

Esse movimento estava assentado na expansão de duas importantes categorias

¹⁷ Nel corso degli anni questo modello di costruzione del benessere e della giustizia collettiva ha avuto attuazione distorta e parziale, caratterizzata dalla proliferazione caotica di leggi speciali, talvolta di limitatissimo rilievo collettivo (c. dd. leggine), e dalla dilatazione del potere amministrativo (burocrazia). La complessità della vita associata e la crescente dipendenza dalle prestazioni pubbliche formano la premessa per una invasione del potere burocratico nella società civile e moltiplicano le occasioni di corruzione o di abuso del potere politico-amministrativo a fini di conseguimento del potere personale. Spese sociali sempre maggiori, difficoltà di controllare la qualità e l'equità nell'erogazione dei servizi, proliferazione di conflitti, confusione di potere politico ed economico, diffusione di egoismi e particolarismi vecchi e nuovi completano il quadro della crisi dello Stato sociale.

legislativas: as leis especiais e as excepcionais. Tais leis são assim denominadas em decorrência da comparação com outros textos normativos presentes no próprio ordenamento jurídico. Isso porque nenhuma delas pode ser tida como excepcional ou especial por si só. Tais características são sempre decorrentes de um juízo de comparação, no qual é possível assumir os papéis acima mencionados, além de outros apontados pela doutrina.

Assim, por exemplo, será considerada especial a lei quando regular a mesma situação fática prevista em outra hipótese normativa, levando em conta, contudo, um aspecto específico. É exatamente essa peculiaridade que acarretará conseqüências distintas e que servirá de parâmetro para caracterizá-la como especial em detrimento de outra (então considerada geral).

Isso não significa, porém, que haja divergência entre elas no tocante a seus princípios informadores. Na verdade, a lei especial irá apenas desenvolver a lógica interna já consagrada pela geral, sem se opor, contudo, à sua “*ratio*”, ou razão de ser. Desse modo, a diferença entre elas decorre do fato de a lei especial apenas acrescentar um ou alguns efeitos distintos, residindo aí sua especialidade.

O mesmo não ocorre, porém, em relação às leis excepcionais. Nestas, ao contrário do que se verifica na situação anterior, embora haja uma base fática comum, suas peculiaridades implicarão conseqüências absolutamente distintas, destoando dos princípios consagrados pela lei geral. Como conseqüência, é possível falar na ruptura da lógica ou do princípio informador (consagrado na lei geral), acarretando uma mudança mais profunda no tratamento dispensado à hipótese fática.

Tal distinção (lei especial e excepcional) passa a ter grande importância no período que sucedeu às grandes codificações. Isso porque, em virtude da nova postura intervencionista estatal, tais instrumentos normativos passam a ser extremamente utilizados, acarretando, como conseqüência, a intensificação da perda de centralidade do Código.

A esse respeito, importa ressaltar que, pelo menos inicialmente, o simples fato de se editarem novas leis especiais não afastava a festejada idéia de centralidade do Código Civil, até então considerado verdadeira constituição do direito privado. Ao contrário, elas reforçavam esta tese, uma vez que buscavam tão-somente especificar ou adaptar os princípios nele consagrados.

Nesse sentido, tamanha era a importância do Código que seus princípios chegavam a alcançar *status* de princípios gerais do direito, devendo, por isso mesmo, nortear o trabalho do intérprete, além de desempenhar a importante função de preenchimento das lacunas existentes no ordenamento. Assim, ao deparar com uma situação não regulamentada, o intérprete

poderia resolvê-la por meio de princípios do próprio estatuto civil, sem contar, é claro, a possibilidade de emprego da analogia, outro importante mecanismo de preenchimento de lacunas.

Por meio desta, o interprete estenderia norma prevista para regular determinado caso a outro não previsto pelo ordenamento. Tal prática é bastante aceita, desde que, porém, esteja presente uma semelhança relevante entre os fatos, de modo que, de acordo com a doutrina clássica, seja possível identificar a mesma *ratio legis* nas duas situações, ou seja, a mesma razão de ser da lei.

Como já ressaltado, tais mecanismos reforçam ainda mais a tese em torno da existência de um Estatuto normativo absolutamente completo e perfeito. Mesmo porque é dentro do ordenamento (e somente nele) que o intérprete deve encontrar respostas para o caso concreto. Tanto é verdade que, mesmo na ausência de uma norma específica para regular determinado fato, o aplicador estará circunscrito ao próprio Código, seja em virtude da analogia, ou ainda em virtude dos princípios nele consagrados. Conclui-se, portanto, que, além de representar um sistema perfeito e completo, o código era também um sistema fechado em si mesmo.

Cumpram ressaltar, ainda, que mesmo as leis excepcionais (pelo menos num primeiro momento) não jogavam por terra essa idéia de completude e centralidade do código. Tais leis, embora apresentassem princípios dissonantes, surgiam apenas em caráter emergencial, o que, aliás, se deduz do próprio termo “excepcional”, com o qual se evidencia o apego a situações verdadeiramente anômalas. Desse modo, embora pudessem afastar o disposto no Estatuto Civil, isso somente ocorria de forma excepcional e temporária, o que não negava sua centralidade. Tanto é verdade que o simples retorno à normalidade implicava revigorar os dispositivos do código, cessando, portanto, a vigência daqueles textos legais.

Com isso, as leis excepcionais passaram a ser vistas como um remédio temporário, utilizado somente em caso de emergência. Cessando esta, não mais justificaria sua utilização, perdendo, portanto, sua razão de ser e, conseqüentemente, sua faculdade impositiva.

O problema, porém, é que a suposta “normalidade” demorou a se restabelecer. Enquanto isso, novos textos legais, seja sob o título de temporários ou excepcionais, não mais pararam de se multiplicar, levando alguns a denunciar uma possível hipertrofia normativa. (IRTI, 1990, p. 104)

Tal fato se deve à já apontada mudança de postura do Estado, que de expectador se fez protagonista, passando a intervir decisivamente na vida econômica, assumindo a qualidade de interventor e empreendedor, fato que se intensificou em virtude da grave crise vivenciada no

período que medeia as duas grandes guerras. É exatamente essa nova postura estatal que acarreta o aumento crescente de textos normativos.

Com isso, as leis, nascidas como excepcionais ou provisórias, vão ganhando sempre maior estabilidade, o que faz com que outras apareçam, completando sua disciplina e introduzindo novas exceções em relação às anteriores. Desse modo, o caráter “excepcional” da nova categoria normativa vai perdendo a razão de ser, assumindo, ao revés, papel decisivo na regulamentação de setores inteiros do ordenamento. Como consequência, ocorre o surgimento de verdadeiros microssistemas ou estatutos, assim denominados por pressuporem princípios distintos e autônomos em relação àqueles consagrados pelo Estatuto Civil.

Outra característica extremamente importante dessa nova categoria legislativa decorre do fato de suas normas não se limitarem ao Direito Civil. Ao contrário, elas abrangem uma vasta gama de relações jurídicas, em vários ramos do direito. A esse respeito, afirma Tepedino (1999, p.15-16) que os microssistemas se caracterizam exatamente por regular exaustivamente diversas matérias e por veicular “não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal.”

Todas essas transformações fizeram com que o Código assumisse um caráter residual. Isso significa que ele continua em vigor, mas somente incidirá se nenhum outro grupo de normas dispuser sobre o fato a ser regulado.

Todo esse processo foi muito bem observado por Irti, segundo o qual:

Os antigos critérios de classificação se mostram insuficientes e inadequados: a lei especial não especifica mais princípios enunciados no código, que não podia nem mesmo prever os novos campos de disciplina; os parênteses abertos pelas leis excepcionais demoram a fechar-se, e, ao contrário, alargam-se e prolongam. A relação de gênero a espécie é interrompida: os princípios, extraídos das leis especiais, excedem e transcendem os princípios do Código Civil. Aquela relação pressupunha uma completude normativa, desmentida, dia após dia, pela necessidade de disciplinar novos fenômenos e novos setores da vida econômica.¹⁸ (IRTI,1990, p. 105, tradução nossa)

É exatamente em virtude de todas essas mudanças que se tornou corrente a defesa da tese da descodificação do Direito Civil, o que significa a perda de centralidade do modelo codicístico, em função da proliferação da legislação especial. (DORIA; RUSSO; LENER,

¹⁸ Gli antichi criteri di classificazione si mostrano insufficienti e inadeguati: la legge speciale non <specifica> più principi enunciati nel codice, che non poteva neppure prevedere i nuovi campi di disciplina; le parentesi aperte delle leggi eccezionali tardano a chiudersi, ed anzi si allargano e prolungano. Il rapporto di genere a specie è interrotto: i principi, ricavati dalle leggi speciali, eccedono e trascendono i principi del codice civile. Quel rapporto presupponeva una completezza normativa, smentita, giorno per giorno, dalla necessità di disciplinare nuovi fenomeni e nuovi settori della vita economica.

2006, p. 19).

3.2 A nova técnica adotada na elaboração dos Microsistemas e o fim do mito da neutralidade do Direito

Outra mudança facilmente percebida nesse contexto diz respeito à técnica utilizada na elaboração dos novos dispositivos legais. Nesse sentido, é correto afirmar que, durante todo o período liberal, o objetivo principal do legislador era apenas criar instrumentos, até então considerados neutros, visando a facilitar a realização de fins estabelecidos pelas próprias partes. Isso significa que não cabia à legislação fixar metas ou objetivos. Ao contrário, seu papel era apenas o de criar regras estáveis, sempre no intuito de facilitar a realização de objetivos estabelecidos pelos seus destinatários, ou melhor, pela classe liberal burguesa.

Por isso mesmo, visando a resguardar a já mencionada segurança jurídica, adotava-se, quase sempre, a técnica regulamentar, que consistia na previsão hipotética de um fato ao qual se ligava uma dada consequência jurídica. Assim, toda vez que o fato abstratamente previsto se concretizasse, incidiria a norma jurídica, produzindo efeitos também previstos pelo ordenamento.

Tal técnica foi muito bem sintetizada por Hans Kelsen (1881–1973), o qual, ao analisar a estrutura da norma jurídica, cunhou a clássica expressão “Se F é, então deve ser C”. Nesta, “F” representa um fato hipotético, ou seja, uma categoria de fato que pode acontecer ou não (embora normalmente aconteça), enquanto “C” é a consequência prevista caso o fato anterior se realize. Com isso, pretendia o legislador delimitar, sempre de modo bastante preciso, a situação fática para a qual estavam previstos os efeitos.

Tal postura deixa evidente a preocupação com a segurança jurídica. Até porque assim procedendo, buscava o legislador delimitar ao máximo a liberdade do intérprete, cabendo a este apenas a tarefa de verificar se o fato expressamente previsto ocorreu ou não e, se positiva a resposta, fazer valer os efeitos normativamente fixados.

Toda essa preocupação acabou repercutindo no vocabulário empregado nos textos normativos, o qual também tinha a pretensão de neutralidade, levando em conta não o homem individual e concreto, mas, sim, o homem abstrato e geral, característico do modelo liberal.

Por sua vez, o propósito intervencionista estatal dá origem a mudanças significativas, acarretando a criação de uma legislação mais específica, que leva em conta o homem concreto, dividido em várias categorias sociais, diferentemente do modelo supostamente

neutro proposto pelo ideal burguês. A primeira dessas mudanças diz respeito ao estabelecimento de objetivos ou fins impostos pelo próprio legislador. Diferentemente do legislador liberal, o novo legislador não tem mais a pretensão de neutralidade, deixando a consagração dos objetivos para as partes. Ao contrário, ele mesmo consagra metas e objetivos que devem ser buscados no âmbito das relações privadas.

Tal mudança foi muito observada por Moraes, segundo a qual:

A escolha dos objetivos passa a fazer parte da competência do legislador que, no lugar dos privados, quer, solicita e promove a sua vontade em determinada direção: a essência e a razão da lei são radicalmente transformadas: “Não mais regra instrumental, mas regra final, prescrição ou sugestão, em relação a determinadas finalidades.” (MORAES, 1993. p.24)

Ademais, o vocabulário empregado na elaboração das leis também passa por uma profunda transformação, refletindo essa mudança de perspectiva. A partir do momento em que se levou em conta o homem concreto, dividido em vários grupos, também o vocabulário acompanhou essa mudança, adotando expressões e termos elaborados por essas respectivas categorias.

3.3 A Constitucionalização do Direito Civil e a busca da reunificação do ordenamento

Também como decorrência da perda de centralidade do Estatuto Civil, começa a ser debatida uma nova forma de se ressystematização¹⁹ do ordenamento jurídico. Isso porque, enquanto o Código Civil era tratado como estatuto único e verdadeira constituição do direito privado, o caráter sistemático do ordenamento era uma consequência lógica, interna ao próprio Código. A partir do momento em que ele é destituído deste posto e que começam a surgir novos dispositivos legais, reconhecendo princípios absolutamente distintos daqueles

¹⁹ O termo ressystematização deriva do vocábulo sistema. Este, por sua vez, pode apresentar significados dos mais diversos. Tradicionalmente, contudo, ele vem sendo bastante empregado no sentido de totalidade ordenada, ou seja, conjunto cujas partes são coerentes entre si. Do ponto de vista jurídico, falar em sistema significa afirmar a inexistência de antinomias ou incompatibilidades dentro do ordenamento ou a simples possibilidade de eliminá-las (por meio de instrumentos oferecidos pelo próprio ordenamento) caso venham a aparecer. Enquanto o Código Civil assumiu o papel de verdadeira constituição do direito privado entendia-se que esse caráter sistemático estaria preservado. Até porque as normas estavam presentes dentro de um único corpo legislativo, sendo, portanto, muito mais fácil assegurar a compatibilidade entre elas. A partir do momento, porém, em que começaram a se multiplicar as outras fontes normativas, surgindo, inclusive, textos normativos com princípios dissonantes (normas excepcionais), a busca pela ressystematização passou a ser seriamente debatida, dando origem a várias teorias, todas, contudo, preocupadas em preservar o caráter sistemático do ordenamento jurídico.

consagrados pelo estatuto civil, torna-se inevitável a retomada da discussão em torno do restabelecimento da pretensa sistematicidade do ordenamento. Todo esse debate, aliás, tem enorme importância prática, uma vez que está intimamente ligado ao problema da solução das antinomias e do preenchimento das lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, várias alternativas foram experimentadas. A título de exemplo, cumpre citar a iniciativa adotada no Direito Italiano, no qual foi introduzida, em 21 de abril de 1927, a famosa “*Carta del Lavoro*”, a qual serviu de modelo para várias outras, entre elas nossa CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), aprovada no auge do período Vargas.

Com base nesse texto normativo e ciente da perda de centralidade cada vez mais acentuada do Código Civil, o legislador italiano, em 30 de janeiro de 1941, aprovou dispositivo legal atribuindo a ele o papel de consagração dos princípios gerais do direito. Com isso, buscava-se estabelecer outro critério diretivo para a interpretação e aplicação de todas as leis presentes no ordenamento, papel até então atribuído ao Estatuto Civil. Resta evidente, portanto, a partir desta importante iniciativa política, o propósito de efetivar a supramencionada reunificação.

É, aliás, o que se deduz do art. 2º do aludido dispositivo legal: “As declarações da Carta do Trabalho constituem princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado e dão o critério diretivo para o intérprete e para a aplicação da lei.”²⁰

Como se vê, aos dispositivos da “*Carta del Lavoro*” eram atribuídas duas funções distintas. A primeira consistia no preenchimento das lacunas existentes no ordenamento. A segunda, conforme se depreende do citado artigo, implicava o estabelecimento de critérios para a interpretação e aplicação das demais leis existentes no ordenamento. Sendo assim, as duas funções, até então pretensamente atribuídas ao Código Civil, foram repassadas à Carta Trabalhista,²¹ o que se deve, sem dúvida alguma, à já ressaltada mudança no comportamento estatal.

Tal iniciativa, porém, teve curta duração. Mesmo porque, em 14 de setembro de 1944, veio a lume novo dispositivo legal, revogando o sistema implantado em janeiro de 41. Tal fato se deu em virtude da queda do regime fascista, além, é claro, da entrada em vigor naquele ordenamento do atual Código Civil, resultante do Decreto Régio de 16 de março de 1942.

²⁰ Art. 2º: Le Dichiarazioni della Carta del lavoro costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge.

²¹ Como mencionado, foi a chegada ao poder da classe burguesa, logo após a Revolução Francesa, que acarretou a consagração dos valores liberais, presentes exatamente nos Estatutos Cíveis. Por sua vez, a mudança nos valores sociais, advinda do caráter intervencionista do novo paradigma de organização estatal, acarretou também uma extensa mudança no campo legislativo. Foi exatamente nesse contexto que surgiu, no ordenamento jurídico Italiano, a “*Carta del Lavoro*”, consagradora dessa nova tábua axiológica, determinada sobretudo pela influência do regime fascista implantado a partir da marcha sobre Roma, em 1927.

Acontece, porém, que, não obstante a vigência do Novo Estatuto Civil, o problema da ausência de sistematicidade do ordenamento persistiu. Até porque já não fazia mais nenhum sentido pretender que este reassumisse o papel, antes atribuído à codificação liberal, de reunificador de todo ordenamento jurídico. Definitivamente, não. Tanto é verdade que a legislação especial até então aprovada não foi (e nem poderia ser) revogada pelo novo texto legislativo.

Nesse sentido, não é demais recordar o tradicional brocardo jurídico: “*lex generalis non derogat lex specialis*”, ou seja, a lei especial não pode ser revogada pela lei geral (e vice-versa). Conseqüentemente, o Novo Código Civil Italiano não poderia revogar a legislação especial até então aprovada, o que, em termos práticos, deixava em aberto o problema da sistematicidade do ordenamento.

Sendo assim, persistia a dúvida. Como efetivar a reunificação do ordenamento? Quais dos princípios iriam nortear o trabalho do intérprete no preenchimento das lacunas e na aplicação das demais leis presentes no ordenamento? Estas dúvidas, pelo menos no tocante à parte da doutrina italiana, parecem ter sido sanadas somente em 1948, ano da entrada em vigor da atual Constituição Italiana. Essa constituição consagra uma série de princípios que parecem, de fato, nortear todo o ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, do princípio do pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana; da busca da justiça substancial (e não apenas formal como apregoavam os textos liberais); além do princípio da solidariedade humana e social.

A partir dessa nova tábua principiológica, consagrada expressamente pelo referido Texto Constitucional, surgiu, naquele país (como também em outros que viveram situações semelhantes), uma forte corrente doutrinária, a qual, diante da supremacia normativa da Constituição, alçada ao posto de Lei maior do ordenamento jurídico, passou a defender a tese da reunificação do sistema apenas à luz dos princípios nela contidos. Isso significa que a reunificação não se daria mais no interior de um único texto normativo (como se defendeu durante todo o período liberal). A ressystematização somente seria alcançada em bases interpretativas e a partir dos aludidos princípios constitucionais.

Nesse sentido, afirma Alpa que todas as fontes estão subordinadas à Constituição, a qual constitui a norma fundamental sobre a qual se apóia o inteiro ordenamento jurídico. Sendo assim, também as regras vigentes anteriormente à Constituição, como os Códigos Civil, Penal e Processual, devem se adaptar à Lei maior. Tal adaptação, porém, segundo o

mestre italiano, “se obtém através da interpretação, e não em sede legislativa”.²² (ALPA, 2005, p. 44, tradução nossa)

Desse modo, falar em constitucionalização do Direito Civil é, na realidade, uma forma de se buscar, sempre em bases interpretativas, a reunificação de todo o sistema, perdida em virtude da proliferação legislativa, advinda, principalmente, da necessidade de intervenção crescente do Estado nas relações econômicas e sociais.

Reforçando a tese em questão, cumpre citar outro fenômeno muito comum nas constituições modernas. Trata-se da regulamentação, no âmbito constitucional, de diversas matérias até então disciplinadas exclusivamente pelos estatutos civis. Isso significa que várias matérias, até então indiferentes aos Textos Constitucionais, passaram a ser objeto também de suas normas, sendo inseridas nas várias Constituições que se seguiram ao advento do Estado Social.

Tal fato implica outra importante mudança do ponto de vista normativo. Isso porque, até então, as Constituições se ocupavam tão-somente da organização do ente estatal e de proteger o cidadão frente ao próprio despotismo do Estado. Com a inclusão de normas de natureza civil no Texto Constitucional, o constituinte torna explícito o objetivo de se ocupar também das relações privadas, subordinando-as a desígnios e valores superiores, consagrados pelo próprio constituinte.

É, aliás, o que ressalta Galgano, segundo o qual

A presença de normas de direito privado em um texto constitucional, ou seja, de normas reguladoras das relações entre privados, é o resultado de uma reviravolta na história das constituições modernas, na qual se reflete uma profunda evolução na concessão do poder. Podemos indicar o ano desta transformação: 1919. A virada atuou com o aparecimento das primeiras normas de direito privado em uma carta constitucional, na Constituição da República de Weimar.²³ (GALGANO, 1982, p.02, tradução nossa)

Ainda segundo Galgano (1982, p. 58), desde o fim do século XVIII, quando teve início o processo de constitucionalização, até o início do século XX, a idéia de Constituição exprimia, fundamentalmente, a oposição da sociedade burguesa em relação ao despotismo político. Sendo assim, o processo de constitucionalização podia ser identificado no

²² si ottiene attraverso l'interpretazione adeguatrice.

²³ La presenza di norme di diritto privato in un testo costituzionale, ossia di norme regolatrici dei rapporti fra privati, è il portato di una svolta nella storia delle costituzioni moderne, nella quale si riflette una profonda evoluzione nella concezione del potere. Possiamo indicarne la data nel 1919: la svolta si attua, con la comparsa delle prime norme di diritto privato in una carta costituzionale, nella Costituzione della Repubblica di Weimar.

desmantelamento do Estado absoluto e na edificação do Estado de direito.

Diferentemente, da Constituição de Weimar em diante, ainda que não de forma homogênea, o Texto Constitucional passou a se caracterizar não apenas como oposição ao despotismo político, mas também como delimitação do poder econômico. Tal fato pode ser percebido em quase todas as Constituições européias, como é o caso da Constituição Espanhola de 1931. É, aliás, o que observa Rivera

Assim, na Constituição Espanhola, aparecem regras relativas aos direitos de personalidade, tais como à intimidade, à imagem, à honra e ao nome; o mesmo que a Lei Fundamental da Alemanha Federal, com tal vigor que permite fundar o que Larenz chama de direito geral de personalidade. E outras normas constitucionais fazem referência à família, à propriedade, ao direito sucessório, enfim, a muitas matérias que se consideram próprias do Direito Civil.²⁴ (RIVERA, 1995, p. 13, tradução nossa)

No Brasil, tal fenômeno pode ser percebido desde a Constituição de 1934, intensificando-se, porém, a partir da Constituição Republicana de 1988. Esta, sem dúvida alguma, ampliou consideravelmente seu campo de incidência, regulando uma série de matérias até então previstas exclusivamente pelo Estatuto Civil. É o caso, por exemplo, de questões pertinentes à filiação, à pluralidade de formas de família, entre outras.

Ademais, além de buscar a redemocratização do país, após mais de vinte longos anos de ditadura, a Constituição de 88 consagrou uma ampla gama de princípios informadores de todo o ordenamento, reconhecendo também um rol bastante extenso (e, sem dúvida alguma, inédito) de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, cumpre citar o art. 1º, III, do Texto Constitucional, o qual dispõe que a pessoa humana é o fundamento de todo ordenamento jurídico pátrio; do mesmo modo, dispõe seu art. 3º, I e III, que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” (BRASIL, 2007, p. 09)

Essas mudanças, em consonância com os avanços alcançados no Direito europeu, principalmente no Italiano e Alemão, também estimularam a acolhida e desenvolvimento da tese da constitucionalização do Direito Civil entre nós. No campo doutrinário, ela acabou encontrando guarida em juristas de grande peso, como Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Neto

²⁴ Así, en la Constitución española aparecen reglas relativas a los derechos de personalidad tales como la intimidad, la imagen, el honor, el nombre; lo mismo que la Ley Fundamental de Alemania Federal, con tal vigor que permite fundar lo que Larenz llama el Derecho general de la personalidad. Y otras normas constitucionales hacen referencia a la familia, la propiedad, el Derecho Sucesorio, en fin, a muchas materias que se consideran propias del Derecho Civil.

Lobo, Luiz Edson Fachin e César Fiuza, entre outros.

Como decorrência da idéia de constitucionalização, parte da doutrina pátria chegou a afirmar que os denominados “princípios gerais do direito”, há muito presentes em vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro, teriam sido positivados pelo atual Texto Constitucional. Desse modo, estaria resolvido o problema decorrente da interpretação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 3º do Código de Processo Penal, os quais possuem em comum o fato de atribuírem aos referidos princípios o papel de preenchimento das lacunas.

Nesse sentido, prescreve o art. 4º da LICC que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os usos e costumes e os *princípios gerais do direito*.” (BRASIL, 2007, p. 251) Por sua vez, dispõe o art. 3º do Estatuto Processual Penal que: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.” (BRASIL, 2006, p. 235)

Na realidade, embora o inegável caráter principiológico de alguns dispositivos da Constituição, não há como lhes atribuir, à luz do moderno constitucionalismo, o mesmo papel outrora reservado à tábua principiológica consagrada pelo Código Civil. Isso significa que não cabe ao Texto Constitucional a revelação de supostos “princípios gerais do direito”. Até porque estes foram concebidos apenas como mera proposta positivista para fechamento do sistema jurídico, atuando tão-somente em caso de lacuna no ordenamento. Tal fato, aliás, pode ser facilmente constatado a partir dos dispositivos acima transcritos, dos quais se extraem termos como “suplemento” e “omissão”, que evidenciam o papel secundário e complementar até então atribuído aos princípios jurídicos.

Tal postura, contudo, não mais se justifica. À luz do constitucionalismo principiológico moderno, os princípios passaram a desempenhar um papel bem mais amplo, atuando não apenas em caso de lacuna, mas, principalmente, como diretrizes normativas, dotadas de inegável caráter deontológico. Por isso mesmo, são capazes de incidir diretamente nas relações sociais, conformando tanto o comportamento individual como o comportamento dos juízes e do legislador, que se encontram adstritos a cumprir o disposto na Constituição.

Outrossim, diante do atual contexto, é completamente equivocado falar em um sistema normativo fechado. Como se sabe, são profundas as transformações sociais, as quais derivam, sobretudo, do incrível avanço tecnológico, característica marcante do novo milênio. Assim, não pode mais o ordenamento jurídico, sob pena de cair em clara contradição com uma sociedade cada vez mais dinâmica, se fechar para a realidade. Ao contrário, ele deve ser sempre aberto, renovando-se e ampliando-se constantemente. É, aliás, o que observa Streck.

Segundo ele,

Malgrado tais esforços, entendo que, com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em 'princípios gerais do Direito', pela simples razão de que foram introduzidos no Direito com um 'critério positivista de fechamento do sistema', visando a preservar, assim, a 'pureza e a integridade' do mundo de regras. (STRECK, 2007, P.113)

Complementando seu pensamento, afirma Streck que:

(..) o problema não é só de nomenclatura, não valendo, portanto, a assertiva, por vezes vista em parte da literatura nacional, de que os princípios gerais do direito foram 'positivados' na Constituição. Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais do direito se constituíam em uma 'autorização' para a discricionariedade (foi para isso que dispositivos desse jazz foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, com um contraposto a essa discricionariedade. (STRECK, 2007, p. 113)

Diante do avanço acima delineado, é inegável a importância prática atribuída ao papel desempenhado pelos dispositivos constitucionais, os quais passaram a incidir diretamente sobre as várias relações sociais, ainda que de natureza privada, impondo objetivos, delimitando comportamentos, buscando, enfim, concretizar os propósitos constitucionalmente reconhecidos.

Por isso, não há como afirmar, nos termos da doutrina tradicional, que os princípios constitucionais estariam dirigidos única e exclusivamente ao legislador ordinário. Até porque, à luz da nova principiologia constitucional, tanto o setor público quanto o particular devem desenvolver suas atividades em conformidade com os sobreditos princípios, contribuindo para a concretização dos objetivos delineados pela Carta Magna.

Neste contexto, cabe ao Judiciário o importante papel de controlar a legitimidade dos comportamentos, resguardando sua compatibilidade não apenas com as regras reconhecidas pela legislação ordinária, mas, principalmente, com os princípios dispostos no Texto Constitucional e nos demais textos legais consagrados no ordenamento. Assim, diante de um determinado contrato, por exemplo, ainda que não haja incompatibilidade com nenhum dispositivo de natureza cível, o judiciário pode considerá-lo inválido por violar um princípio reconhecido na Lei maior.

É importante ressaltar, contudo, que não há uniformidade na doutrina no que tange ao papel reunificador da constituição. Assim, por exemplo, entende Lorenzetti que a ressistematização do ordenamento se daria não apenas por meio do Texto Constitucional,

mas, sim, através de várias normas fundamentais, encontráveis em fontes diversas. Segundo este autor,

A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas ‘fontes superiores’: Constituições, tratado, princípios, valores. Não se trata de retornar a um ordenamento fundado em um único centro. A evolução da astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro. [...] Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos. Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da inferência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde são encontradas as normas fundamentais. (LORENZETTI, 1998, p.79)

No mesmo sentido parece ser a lição de Galuppo. Este, ao trabalhar com a temática dos princípios no Estado Democrático de Direito, afirma expressamente que, por não se admitir mais a idéia de hierarquia entre estes, não seria mais conveniente o modelo piramidal proposto por Kelsen. Assim,

Ao invés de recorrermos a um modelo escalonado que remete, em última instância, a validade de todas as normas a apenas uma norma, talvez devamos pensá-lo como um sistema composto por várias normas-origem, já que não podemos reduzir os princípios uns aos outros, uma vez que eles são expressão do pluralismo das sociedades complexas contemporâneas. (GALUPPO, 1999, p. 204)

A esse respeito, afirma Galuppo que, no plano da justificação, embora a Constituição desempenhe papel especial quanto aos princípios, indicando aqueles reputados mais importantes, ela não é o único repositório destes. (GALUPPO, 1999, p. 205) Isso significa que os princípios estão espalhados por todo o ordenamento jurídico, podendo ser encontrados em outros textos normativos, como o Código Civil e o Código Penal, por exemplo. Desse modo, é correto afirmar que os princípios podem estar até mesmo implícitos no ordenamento.

De todo modo, as críticas mais contundentes à tese da constitucionalização do direito privado partem daqueles que, ainda presos à perspectiva liberal, defendem a natureza meramente programática das normas constitucionais, as quais estariam destinadas apenas ao legislador ordinário, sem possuir, portanto, qualquer eficácia prática imediata.

Tal pensamento, em consonância com o longo período de dominação das idéias liberais, remonta à escola da exegese e, com isso, à preocupação em torno da idéia de segurança jurídica. Esta, segundo entendimento ainda consagrado em alguns manuais, somente seria alcançada diante de textos normativos claros, que delimitassem de forma

precisa a hipótese fática a ser regulada, restringindo ao máximo a liberdade do intérprete.

É o que assevera Perlingieri:

As dúvidas sobre a utilização da norma constitucional pelo intérprete derivam de uma tradição que remonta à época da revolução francesa e que atribui à norma constitucional natureza programática, relevante sob o perfil ideológico-político, mas não normativo. A norma a ser aplicada seria aquela do Código, da lei especial, prevista para aquele caso concreto. É o triunfo da escola da exegese. Os princípios constitucionais não representariam outra coisa senão um endereço político oferecido ao legislador futuro.²⁵ (PERLINGIERI, 2006, p 164-165, tradução nossa)

É fácil entender, portanto, o motivo da desconfiança em relação à tese da constitucionalização do direito privado, a qual se deve à incidência imediata não só das regras, mas, sobretudo, dos princípios contidos no Texto Constitucional. Estes, por sua própria natureza, possuem um caráter bem mais amplo que as demais categorias normativas, deixando em aberto seu suporte fático para que o intérprete, sempre à luz do caso concreto, possa concretizá-los. Daí a desconfiança no meio jurídico, principalmente por parte daqueles que ainda estão presos aos valores consagrados pelo liberalismo econômico, comungando das idéias difundidas e sedimentadas pelo positivismo jurídico.

Essa preocupação, no entanto, não mais se justifica. Até porque existem mecanismos, como o duplo grau de jurisdição e a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, que são utilizados exatamente para resguardar a legitimidade das decisões judiciais. Por outro lado, ainda que o juiz se mantivesse completamente preso a uma interpretação literal das regras legais, nada lhe garantiria a total segurança de suas decisões. A esse respeito, não é demais ressaltar que as próprias palavras da Lei são, na maioria das vezes, plurívocas, o que significa que apresentam vários significados distintos, acarretando discussão no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Em verdade, a suposta crença na segurança absoluta da Lei, nos termos da concepção formalista até então ressaltada, nunca passou de uma grande utopia, impossível de ser alcançada. Dela adveio apenas um total descompasso entre o pensamento jurídico e a realidade social, acarretando a ineficácia de conceitos e institutos jurídicos que, em dissonância com o novo contexto social, não mais se sustentam.

Assim, sendo a realidade social sempre viva e em constante transformação, o mesmo

²⁵ I dubbi sulla utilizzazione della norma costituzionale da parte dell'interprete discendono da una tradizione che risale all'epoca della rivoluzione francese e che attribuisce alla norma costituzionale natura programmatica, rilevante sotto il profilo ideologico-politico, ma non già normativo. La norma da applicare sarebbe quella del codice, della legge speciale, prevista per 'quel' caso concreto. È il trionfo della scuola dell'esegesi. I principi costituzionali non rappresenterebbero altro che un indirizzo politico offerto al legislatore futuro.

deve ocorrer com o fenômeno jurídico, o qual tem que estar sempre atrelado à nova realidade. Por isso mesmo, sua evolução também deve ser contínua, acompanhando o mundo dinâmico no qual nos inserimos.

Desse modo, é possível afirmar que o caráter principiológico dos dispositivos legais passou a ser uma necessidade de ordem prática, fundamental no atual contexto. Com todo o avanço tecnológico, nossa sociedade passou a viver uma profunda e constante revolução, sofrendo transformações evidentes, que deixam patente o descompasso acima apontado. Como conseqüência, a criação de textos legais com largo predomínio de regras estritas implicaria um grande retrocesso, uma vez que estas se tornariam rapidamente ultrapassadas diante das aludidas transformações.

Por isso mesmo, vem ganhando espaço, tanto na doutrina como no Judiciário, no Brasil ou no exterior, a tese da incidência direta e imediata dos dispositivos constitucionais (incluindo aí os princípios) também nas relações jurídico-privadas.

Neste sentido, importa transcrever parte de uma decisão da Corte Constitucional Italiana de 1956, a qual, embora admitindo a distinção entre norma preceptiva e programática, já admitia a incidência imediata dos dispositivos constitucionais no que tange ao controle de legitimidade de toda a legislação ordinária. No caso em questão, trata-se, exatamente, de uma decisão que negou legitimidade ao art. 113 da Lei n. 773, de 18 de junho de 1931, em face da Constituição de 1948. Segundo os fundamentos apresentados pela aludida decisão:

[...] A questão foi posta quase exclusivamente sob o perfil da ab-rogação do art. 113 por incompatibilidade com o artigo 21 da Constituição e as discussões se desenvolveram, principalmente, sobre a questão se as normas ditas neste último artigo eram consideradas preceptivas de imediata atuação ou programáticas.

Ainda nesse sentido, tais discussões foram retomadas pelas partes. Mas não é necessário nos determos sobre ela, nem recordar a jurisprudência formada a respeito, para que a nota de distinção entre as normas preceptivas e as normas programáticas possa ser também determinante para decidir pela ab-rogação ou não de uma lei, mas não é decisiva nos juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, também da sua incompatibilidade com normas que se dizem programáticas, ainda mais que nesta categoria costumam ser incluídas normas constitucionais de conteúdo diverso: daquelas que se limitam a traçar programas genéricos de futura e incerta atuação, porque subordinadas à verificação de situações que a consentem, a normas em que o programa, se assim se quiser denominá-lo, tem concretude que não pode não vincular imediatamente o legislador, repercutindo-se sobre a interpretação da legislação precedente e sobre a constante eficácia de algumas partes desta; existem também normas as quais fixam princípios fundamentais, que também eles se voltam sobre a inteira legislação.

Portanto, é o conteúdo concreto das normas ditas pelo artigo 21 da Constituição e sua relação com as disposições do art. 113 da lei de p.s que deverão ser tomados diretamente em exame, para verificar se existe contraste das que derivam a ilegitimidade constitucional desta última disposição. (Sentença de 05 de junho de 1956 – Publicação na ‘Gazzetta Ufficiale’, n. 146 de 14 de junho de 1956, tradução

nossa)²⁶

No mesmo sentido, afirma Alpa que todas as disposições da Constituição são imediatamente preceptivas, de modo que,

[...] a distinção doutrinária entre normas preceptivas e programáticas não tem relevo nenhum. Além do mais, a sua preceptividade não tem como destinatário apenas o legislador, mas todos os sujeitos: os juízes, que aplicam a lei, e os privados, que devem observá-la.²⁷ (ALPA, 2005, p. 45, tradução nossa)

Por fim, resta afirmar que o reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil não acarreta a simples admissão de limites externos à atividade privada, como se, internamente, os institutos permanecessem os mesmos. Na realidade, a mudança é muito mais ampla, implicando uma alteração na própria estrutura dos institutos e conceitos do Direito Civil.

Assim, por exemplo, ao se falar em função social da propriedade, como se verá melhor adiante, não se pretende o reconhecimento de um limite externo ao exercício deste direito, mas, sim, uma transformação em seu próprio conteúdo, o qual deve ser revisto à luz dos princípios constitucionais. Sendo assim, se, classicamente, é possível identificar como elementos caracterizadores do direito de propriedade apenas o direito de usar, fruir, dispor e reivindicar, modernamente, para dar efetividade ao Texto Constitucional, outro elemento deve ser acrescentado. Trata-se da função social da propriedade.

Desse modo, só se pode falar em propriedade privada se ela preencher também este

²⁶ [...] La questione è stata posta, quasi esclusivamente, sotto il profilo della abrogazione dell'art. 113 per incompatibilità con l'articolo 21 della Costituzione e le discussioni si sono svolte principalmente sul punto se le norme dettate in questo ultimo articolo fossero da ritenere precettive di immediata attuazione o programmatiche.

Anche nel presente giudizio queste discussioni sono state riprese dalle parti. Ma non occorre fermarsi su di esse né ricordare la giurisprudenza formatasi in proposito, perché la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione.

Pertanto è il contenuto concreto delle norme dettate nell'articolo 21 della Costituzione e il loro rapporto con le disposizioni dell'art. 113 della legge di p.s. che dovranno essere presi direttamente in esame, per accertare se vi sia contrasto dal quale derivi la illegittimità costituzionale di queste ultime disposizioni.

²⁷ [...] la distinzione dottrinale tra norme precettive e norme programmatiche non ha rilievo alcuno. Inoltre, la loro precettività non ha come destinatario soltanto il legislatore, ma tutti i soggetti: i giudici, che applicano la legge, e i privati, che debbono osservare la legge.

último requisito. Somente assim ela merecerá tutela por parte do ordenamento jurídico. É esta, portanto, um verdadeiro motor de impulsão da propriedade privada, e não um simples limite externo ao seu exercício.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Farias e Rosenvald :

Importante salientar que, ao contrário do que afirma parcela respeitada da doutrina, a constitucionalização do direito civil não implica (simplesmente) estabelecer limites externos à atividade privada. Não se trata disso. É muito mais. A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, em seu conteúdo. [...]
Ou seja, é mister compreender a estrutura interna da norma civil (o seu conteúdo) a partir da legalidade constitucional, modificando, se preciso, seus contornos e conseqüências para que estejam antenados com a perspectiva constitucional. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 25)

No mesmo sentido são as observações de Tepedino (2001, p. 22), segundo o qual, ao se falar em Constitucionalização ou publicização do Direito Civil, não se quer prescrever a simples “superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil.”

Como se vê, a constitucionalização do Direito Civil não significa o simples reconhecimento de novos limites à atividade privada, mas, sim, uma releitura profunda de todos os seus institutos, redefinindo suas categorias jurídicas e alterando seu conteúdo e estrutura.

3.4 A revisitação da clássica divisão dicotômica do Direito: um problema superado

Como conseqüência do predomínio da tese da constitucionalização do direito privado, outra discussão vem ganhando espaço no meio jurídico. Trata-se, exatamente, da possibilidade de manutenção da tradicional divisão dicotômica do direito. Como se sabe, desde os primórdios da evolução do fenômeno jurídico, encontra-se dividido o direito em dois ramos distintos: o público e o privado.

Classicamente, não obstante toda a polêmica a respeito, define-se o direito público como o ramo do direito que regula as relações das quais o Estado é parte, agindo sempre com poder de império. Em contrapartida, o direito privado se ocuparia das relações entre

particulares, ou entre o particular e o próprio ente estatal, desde que este, porém, atue desprovido de suas prerrogativas.

Sendo assim, percebe-se que o critério dominante para o estabelecimento da aludida distinção encontra-se no predomínio ou não do interesse público. Desse modo, se diante de uma relação entre um ente estatal e um particular prevalecer o interesse público, não há o que discutir, estamos diante de uma relação regida pelo direito público. Ao contrário, se os interesses em jogo estiverem em igualdade de condições, não podendo (em abstrato) prevalecer nenhum deles, a relação será regida por um ramo do direito privado.

Nesse sentido é a definição de Roppo, segundo o qual:

As normas do direito privado são aquelas que se inspiram nos princípios da autonomia das pessoas, e da igualdade entre elas;
As normas do direito público são aquelas que se inspiram nos princípios opostos, da desigualdade entre as pessoas e da sujeição de alguns em face de outros. ²⁸
(ROPPO,1998, p.41, tradução nossa)

Dentre outros, este é o principal critério utilizado pela doutrina para realizar a clássica divisão do direito. Não que seja, porém, isento de críticos. Muito pelo contrário. Até porque, não obstante seu predomínio no campo doutrinário, são várias as críticas realizadas a esse enfoque. Uma delas, por exemplo, ressalta o fato de que o ente estatal jamais atuará em absoluta igualdade com o particular. O que, sem dúvida alguma, procede, sobretudo se levarmos em conta os desígnios superiores que devem ser levados a cabo pelo órgão estatal.

Ainda nesse sentido, outro argumento que parece suplantar de vez a aludida divisão diz respeito ao fortalecimento da idéia de constitucionalização do Direito Civil. Como mencionado, a necessidade da releitura constitucional do direito privado pôs em destaque o predomínio do interesse público, aqui reconhecido no respeito aos objetivos e valores constitucionais. Com isso, estes passaram a prevalecer em toda e qualquer relação, independentemente de sua natureza.

Seja no âmbito tributário, como no âmbito cível ou empresarial, a observância dos princípios constitucionalmente reconhecidos fazem sobrepujar, em toda e qualquer situação, o interesse geral sobre o particular. Conseqüentemente, o referido critério distintivo sofreu mais um severo golpe, sendo apontado como insuficiente para estabelecer qualquer divisão considerada tecnicamente aceitável.

²⁸ Le norme del diritto privato sono quelle che si ispirano ai principi dell'autonomia delle persone, e della parità fra esse;
Le norme del diritto pubblico sono quelle che si ispirano ai principi opposti, della disparità fra le persone e della soggezione di qualcuno a qualcun altro.

Ora, ao consagrar objetivos e fixar princípios, o Constituinte teve em vista não apenas as relações tradicionalmente regidas pelo direito público. Ao contrário, seu propósito foi regular o ordenamento jurídico como um todo. Por isso, toda e qualquer relação social, independentemente de ser regida pelo Direito Penal, Administrativo ou Civil, deve ser compatibilizada com os princípios constitucionais.

Sendo assim, como bem ressaltou Martins-Costa (2000, p.32), o Direito Civil não é infenso aos valores da *res publica*. Ao contrário, “seu método não rejeita a aplicação das normativas da Constituição, antes as acolhe como elemento transformador e vivificador dos seus institutos e conceitos.”

Tal fato parece evidente, salientando-se não só a partir da inserção de parte importante da matéria cível no âmbito da Constituição, como também em virtude da necessidade de releitura e redefinição de todos seus dispositivos e institutos à luz do Texto Constitucional. Desse modo, a tradicional dicotomia parece realmente cair por terra. Mesmo porque o predomínio do interesse público, antes restrito quase que exclusivamente aos ramos do direito público (justificando a clássica divisão), passa a nortear todos os demais ramos do direito, inclusive aqueles mais resistentes à intervenção estatal, como o Direito Empresarial e Civil.

Como se vê, a adequação aos princípios constitucionais impõe aos particulares a necessidade de exercer seus direitos de acordo com o interesse geral, contribuindo, assim, para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, além da concretização de outros objetivos constitucionalmente reconhecidos. Por isso, ao celebrar um contrato, ainda que não haja violação a dispositivo expresso do Código Civil, ser-lhe-á negada validade caso seu conjunto implique violação de algum princípio do Texto Constitucional, como a dignidade humana, por exemplo.

É óbvio, porém, que continuam persistindo algumas peculiaridades entre o direito público e privado. Acontece, porém, que estas podem ocorrer também no âmbito do mesmo ramo do direito. Assim, por exemplo, se analisarmos o Direito de Família, vamos perceber a presença de alguns princípios dissonantes em comparação com aqueles encontrados no Direito das Obrigações. Não obstante, ambos são incluídos dentro do mesmo ramo do Direito, ou seja, o Direito Civil.

Desse modo, concluímos pela inexistência de qualquer critério ou princípio que possa, de forma definitiva, assegurar a dicotomia acima mencionada. Isso não quer dizer, no entanto, que ela tenha que ser banida de nossos manuais. Não é isso. Mesmo porque é inegável sua importância do ponto de vista didático, devendo, portanto, continuar sendo utilizada pelos juristas, desde que feita, porém, esta importante ressalva.

Desse modo, embora tecnicamente não se justifique a sobredita distinção, ela se mantém do ponto de vista didático. O mesmo acontece no tocante aos vários ramos do Direito Civil, uma divisão que também pode ser defendida apenas do ponto de vista didático. Isso porque, resguardadas as devidas peculiaridades inerentes ao tipo de relação regida, o Direito é uma coisa só e assim deve ser compreendido.

É esta, aliás, a opinião de Stanzione, segundo o qual:

[...] não parece mais possível sustentar, se não com finalidades didáticas, a separação entre direito público e direito privado.

Como vimos, não são os instrumentos técnicos (o contrato, por exemplo) a distinguir as duas esferas. Mas não são nem mesmo os interesses, públicos ou privados, perseguidos pelas respectivas normas, a fundar a distinção. Basta pensar que, com a entrada em vigor da Constituição, os interesses fundamentais do ordenamento não são mais apenas aqueles da defesa ou da ordem interna, mas também aqueles de promoção e desenvolvimento da pessoa humana, a qual é posta no centro da regulação, tanto publicística como privatística, constituindo, portanto, o elemento unificador do ordenamento. O direito privado não é mais apenas a sede da regulação das relações patrimoniais, mas também aquela da tutela e do desenvolvimento dos interesses existenciais, que o Estado se encarrega de promover, também contra o costume e as diferentes convicções culturais dos consorciados ²⁹ (STANZIONE, 2003, p.10-11, tradução nossa)

3.5 O Código Civil de 2002 e o descompasso com a evolução do Direito Civil

A aprovação do Código Civil, por meio da Lei 10.406, em 10 de janeiro de 2002, provocou uma série de críticas na doutrina. Isso porque, enquanto se falava em descodificação e surgimento de vários microssistemas, o legislador, como que desejando uma reunificação em bases legislativas do sistema, aprovou um Novo Código fruto de um projeto apresentado ao Congresso em 1973, ou seja, 15 anos antes da aprovação da Constituição de 88, a qual mudou profundamente o ordenamento jurídico brasileiro.

Daí, as severas críticas formuladas à entrada em vigor do Novo Estatuto Civil.

²⁹ [...] non pare più possibile oramai sostenere, se non per finalità didattiche, la separazione tra diritto pubblico e diritto privato.

Come abbiamo visto, non sono gli strumenti tecnici (ad esempio il contratto) a distinguere le due sfere. Ma non sono nemmeno gli interessi, pubblici o privati, perseguiti dalle rispettive norme, a fondare la distinzione. Basti pensare che, con l'entrata in vigore della Costituzione, gli interessi fondamentali dell'ordinamento non sono più soltanto quelli della difesa o dell'ordine interno, ma anche quelli di promozione e sviluppo della persona umana, la quale è posta al centro della regolazione sia pubblicistica che privatistica, costituendo dunque l'elemento unificatore dell'ordinamento. Il diritto privato non è più soltanto la sede della regolazione dei rapporti patrimoniali, ma anche quello della tutela e dello sviluppo degli interesse esistenziali, che lo Stato si fa carico di promuovere, anche contro la consuetudine e le differenti convinzioni culturali dei consociati.

Algumas delas, inclusive, baseadas na ausência de debate durante a tramitação de seu projeto original. A esse respeito, afirma-se que a maior parte do debate ocorreu anteriormente à atual Constituição, sobretudo quando da aprovação de seu projeto pela Câmara dos Deputados, em 1984. Por isso, dadas as significativas alterações introduzidas pelo Novo Texto Constitucional, todo o trabalho até então realizado passou a se afigurar completamente insuficiente, haja vista a importância que tem o Código Civil para a vida cotidiana dos cidadãos.

Todas essas críticas foram, por outro lado, rechaçadas por uma pequena parte da doutrina, a qual ressaltou a importância do novo estatuto na modernização do direito, revogando um Código que já havia nascido ultrapassado, fruto de um projeto elaborado no final do século XIX. Do mesmo modo, ressaltou-se o avanço decorrente da nova técnica normativa empregada, supostamente dominada pelas cláusulas gerais, ao contrário da técnica regulamentar anterior, que já não satisfazia às constantes e profundas transformações do início do novo século.

Em verdade, não obstante o prestígio dos defensores do Novo Código, são inegáveis os argumentos apresentados por seus críticos. Isso porque, se houve um texto normativo que realmente contribuiu para a evolução de nosso ordenamento civil, foi este a Constituição de 88, e não o Código de 2002. O mesmo se pode dizer do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), responsáveis por grandes conquistas, apenas reconhecidas pelo atual Estatuto Civil.

Na realidade, o único mérito do Código de 2002 parece ter sido exatamente adaptar a legislação civil (naquilo que estava mais evidente) ao atual Texto Constitucional, incorporando também algumas inovações sobrevindas a partir de outros textos normativos, como os acima ressaltados. A esse respeito, afirmam, inclusive, que o Novo Código não conseguiu sequer acompanhar todos os avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por isso mesmo, é falso o argumento de que o atual Código implicou a modernização do ordenamento civil brasileiro. Até porque, muito antes de sua entrada em vigor, tanto a doutrina como a jurisprudência mais atentas já haviam, ambas, estendido às relações civis boa parte dos avanços consagrados, sobretudo, pela atual Constituição. Por isso, tornou-se corrente a afirmação de que o Novo Código é arquiteto de uma obra que já havia sido realizada.

A esse respeito, observa Roberto que os defensores do Código Civil de 2002, ao compará-lo com o anterior, ressaltam

[...] novidades espetaculares, inovações significativas. O que deveriam fazer, contudo, é comparar o novo Código Civil com a realidade do Direito Civil brasileiro no início do século XXI. Perceberiam, nesse caso, que ele não inovou. No máximo, consolidou, em sede legislativa, alguns avanços já realizados por outras leis, exaustivamente estudados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência mais atenta. (ROBERTO, 2003, p.103)

Do mesmo modo, é também equivocada a afirmação de que o Código se destacaria pela técnica normativa empregada, supostamente baseada em cláusulas gerais. Isso porque, não obstante a presença de algumas das aludidas cláusulas em seu corpo normativo, como a da boa-fé objetiva (art. 422) e a da função social da propriedade, entre outras, estas ainda se resumem a número insignificante, o que significa que ainda predomina a tradicional técnica regulamentar, largamente empregada pelos Códigos oitocentescos.

Nesse sentido, não é demais ressaltar que o próprio Código Beviláqua já continha algumas cláusulas gerais, não havendo, portanto, também sob este aspecto, qualquer inovação digna de elogios. Ademais, cumpre ainda ressaltar, nos termos da crítica formulada por Gustavo Tepedino, que as poucas cláusulas gerais presentes no Código Civil padecem de um referencial valorativo próprio, o qual, por isso mesmo, deve ser buscado na Constituição. Caso contrário, ainda segundo este autor, permanecerá o intérprete sem um referencial valorativo que possa orientá-lo na concretização normativa diante do caso concreto, sobretudo das cláusulas gerais.

Segundo o civilista fluminense,

O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. (TEPEDINO, 2003, p. XIX-XX)

Mas, apesar das críticas apontadas, o Código Civil de 2002 já está em vigor. Por isso mesmo, toda discussão acerca de sua pertinência ou não perde completamente a razão de ser. A partir de agora, o papel da doutrina deve consistir em aplicá-lo de maneira adequada, consciente de suas limitações e defeitos, mas, acima de tudo, atenta à opção valorativa realizada pelo Constituinte de 88.

Nesse sentido, cumpre transcrever a lição de Silva Filho:

Uma vez promulgada a lei, perde em grande parte o sentido e a tônica da discussão que vinha se desenhando. O novo Código é, portanto, uma realidade, não cabendo

agora cogitar de sua aprovação ou não. Mas isto não impede que se tenha consciência das suas limitações e se esteja alerta para os seus efeitos perversos, exatamente para tentar evitá-los. (SILVA FILHO, 2003, p. 365-366)

3.6 A proteção da dignidade humana e a repersonalização do Direito Privado

Como acima apontado, todo esse movimento em torno da releitura do direito privado, à luz dos princípios e valores constitucionais, deu origem a uma tese ainda mais profunda, que se traduz na idéia de repersonalização do ordenamento jurídico privado.

Como se viu, a necessidade de releitura dos textos normativos à luz da Constituição impôs ao intérprete a necessidade de se ater à tábua axiológica e princípios nesta reconhecidos. Nesse contexto, a proteção à dignidade da pessoa humana vai assumir relevo especial. Mesmo porque foi expressamente reconhecida pelo Constituinte, no art. 1º, III, como princípio fundamental de todo ordenamento.

No mesmo sentido, reconhece a Constituição, em seu art. 3º, I e III, como objetivos fundamentais de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. (BRASIL, 2007, p. 09) Assim, para fazer valer o dispositivo Constitucional, o intérprete deve sempre conferir primazia à pessoa humana, em detrimento de todo e qualquer valor contraposto.

Nesse sentido, afirma Silva Filho que:

A valorização da pessoa humana como centro irradiador do Direito Privado é exatamente o ponto de contato pelo qual se faz a leitura constitucional do Direito Civil, especialmente na medida em que as cartas constitucionais contemporâneas demarcam com ênfase a solidariedade social e a afirmação da dignidade da pessoa humana. (SILVA FILHO, 2003, p. 359-360)

Essa mudança representa, sem dúvida alguma, uma profunda alteração de perspectiva não só para o Direito Privado, mas para todo o ordenamento jurídico. Isso porque, ao invés de se voltar apenas para a proteção do patrimônio, o ordenamento passa a conferir primazia ao próprio homem. Não, porém, ao homem abstrato, típico do Estado liberal burguês, mas ao homem concreto, que se divide em diversas categorias e que se apresenta ora com maiores ora com menores condições de fazer valer seus direitos.

Com isso, é correto afirmar que o ser se sobrepuja ao ter, e o homem passa a ser protegido em detrimento de todo e qualquer valor patrimonial presente no ordenamento. Assim, sempre que houver conflito entre esses dois valores distintos (ser e ter), a balança

deve, necessariamente, pender a favor do primeiro.

Tal mudança de perspectiva é claramente perceptível se compararmos o texto originário do Código Civil de 1916 com os avanços alcançados, sobretudo, a partir da Constituição de 1988. Assim, por exemplo, é evidente que a grande maioria dos dispositivos do Código Beviláqua estava voltada não para a proteção da pessoa, mas, sim, para a tutela de seu patrimônio. Esta conclusão se torna evidente quando analisamos a razão de ser de institutos de grande aplicação prática, como a incapacidade ou, ainda, os impedimentos matrimoniais advindos da idade.

Esta, porém, é uma característica não apenas do Código de 1916, mas de toda a legislação civil que teve como modelo o Código Napoleônico e, conseqüentemente, sua tábua de valores. Este, conforme opinião corrente da doutrina, voltava-se, quase que exclusivamente, para a proteção do proprietário; tanto é verdade que se tornou conhecido como o “código da propriedade”.

Nesse sentido, não é demais ressaltar que o Código Civil Francês está dividido em três livros, sendo o segundo completamente voltado para “as coisas”, sobretudo para a propriedade fundiária, então considerada principal fonte de poder político e econômico. Por sua vez, o terceiro também está envolvido com aspectos patrimoniais, uma vez que regula as obrigações e os contratos, dotados de grande importância como instrumentos de circulação de riquezas. Isso significa que somente o primeiro livro se ocupa das pessoas e da família. Mesmo assim, tal proteção somente se justifica em razão do aspecto patrimonial acima ressaltado.

Tanto é verdade que Rescigno, citando Pisanelli, afirma que as normas presentes no Código atinentes à pessoa e às comunidades familiares “apareciam aos compiladores um corpo substancialmente estranho ao sistema do direito privado, introduzidas naquela sede somente pela imperfeição das leis e a confusão dos juristas que perdurava.”³⁰ (PISANELLI *apud* RESCIGNO, 2004, p.10, tradução nossa),

Importa observar, ainda, que o próprio Portalis, um dos mais importantes autores do projeto que deu origem ao Código Civil Francês, afirmou que “o corpo inteiro do Código Civil é consagrado a definir o que pode estar ligado ao exercício do direito de propriedade, direito fundamental, sobre o qual assentam todas as instituições sociais.” (PORTALIS *apud* FERRI, 2005, p. 402, tradução nossa)³¹

³⁰ apparivano ai compilatori un corpo sostanzialmente estraneo al sistema del diritto privato, introdotte in quella sede solo per la imperfezione delle leggi e le perduranti confusioni dei giuristi.

³¹ le corps entier du Code Civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété,

É óbvio, portanto, que a nova tábua principiológica reconhecida pela Constituição trará conseqüências consideráveis para as relações privadas, sobretudo para aquelas de caráter econômico. Mesmo porque, ao assegurar primazia ao homem, o Constituinte pretendeu estabelecer mais um mecanismo de controle e delimitação daquelas atividades. Por isso, tanto a empresa como a propriedade não podem ser exercidas em contraste com os sobreditos princípios constitucionais.

Comentando o novo desenho constitucional, observa Irti que, à luz da nova postura econômica apregoada na Carta Magna, a Lei não pode se limitar a vetar alguns meios ou aconselhar e promover o emprego de outros. Ela vai além, determinando fins sociais, os quais, por sua própria natureza, são diversos daqueles naturalmente perseguidos pelos indivíduos ou empresários. Tal concepção, segundo ele, representa “uma visão teleológica, ou, exatamente, de dirigismo, dirigido a alcançar fins sociais, escolhidos pelo legislador ordinário.”³² (IRTI, 2001, p.20, tradução nossa)

A esse respeito, asseveram Alpa e Gaggero:

A disciplina constitucional das relações econômicas é um dos aspectos mais profundamente inovadores da Constituição, pela perspectiva social na qual são consideradas. De fato, a empresa e a propriedade são entendidas não mais como privilégio de poucos, mas como objeto de atividade econômica livre, que não se pode desenvolver em contraste com a utilidade social, nem em violação da segurança, da dignidade e da liberdade humana, dos trabalhadores individuais e, de forma mais geral, dos cidadãos.³³ (ALPA E GAGGERO, 2006, p.46, tradução nossa)

Sendo assim, não há como negar que a Constituição protege a propriedade, como protege também a iniciativa econômica. Porém, à luz do novo desenho Constitucional, esta proteção está condicionada pela forma de exercício dessas prerrogativas. Somente quando apto a realizar os valores acima delineados é que o particular poderá exercer legitimamente tais direitos, podendo contar (em toda sua plenitude) com a proteção oferecida pelas garantias constitucionais.

Desse modo, não há como negar, por exemplo, que o uso anti-social da propriedade rural, por ser atentatório aos valores e princípios acima mencionados, pode ser punido, seja com a majoração do tributo devido, seja com a perda da própria propriedade, o que pode

droit fondamental, sur le quel toutes les insitutions sociales reposent.

³² una visione teleologica, o, appunto, di dirigismo, volto a raggiungere fini sociali, prescelti dal legislatore ordinario.

³³ La disciplina costituzionale dei rapporti economici è uno degli aspetti più profondamente innovativi della Costituzione, per la prospettiva sociale in cui sono considerati. Infatti l'impresa (art. 41 Cost.) e la proprietà (art. 42 Cost.) sono intese non più come privilegio di pochi, ma come oggetto di attività economica libera che non si può svolgere in contrasto con l'utilità sociale, né in violazione della sicurezza, della dignità e della libertà umana, dei singoli lavoratori e, più in generale, dei cittadini.

ocorrer, por exemplo, nos casos de desapropriação de terras não produtivas para fins de reforma agrária.

No mesmo sentido, a autonomia privada, como poder atribuído às partes para regular os próprios interesses, também deve ser repensada, devendo ser exercida sempre em consonância com os limites impostos pelo Texto Constitucional.

Sendo assim, é inegável e também louvável a tentativa de repersonalização ou despatrimonialização do direito privado, rompendo com o sistema anterior que, na esteira do Código Napoleônico, atribuía atenção quase que exclusiva ao aspecto patrimonial das relações privadas. A esse respeito, cumpre trazer a lume os ensinamentos de Fachin, um dos maiores defensores da tese em questão, que muito bem contrasta os valores consagrados no Código Civil de 1916 com aqueles reconhecidos pela nova ordem Constitucional. Segundo este autor:

Os princípios parecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da 'repersonalização', que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil brasileiro, efetivamente, tem o seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração especial no interior da disciplina jurídica atinente às relações jurídicas entre as pessoas. Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades tais como a habitação minimamente digna. (FACHIN, 2000, p. 75)

3.7 Função social dos contratos

Todo esse movimento em torno da constitucionalização e repersonalização do direito privado está intimamente ligado à idéia de função social dos principais institutos jurídicos, como a propriedade e o contrato.

No que tange ao direito de propriedade, por exemplo, é inquestionável que há muito ele é tutelado pela generalidade dos ordenamentos jurídicos, sendo alçado, inclusive, à categoria de direito fundamental pela maioria deles. Modernamente, no entanto, a referida tutela vem sendo condicionada à observância e respeito de sua função social. Isso significa que, ao exercer o direito de propriedade, o titular jamais pode ter em vista apenas seus próprios interesses (como o interesse meramente especulativo). Ao contrário, ele deve visar à promoção do bem comum, consistente na erradicação da pobreza, na justa distribuição das riquezas, dentre outros valores apregoados pela Lei maior.

É o que observa Martines, segundo o qual,

[...] a propriedade privada é reconhecida e garantida como direito subjetivo se e enquanto realiza uma função social, no sentido que o direito de propriedade não se deve entender como meio de exclusiva tutela do interesse do proprietário, mas também como meio de atuação de um interesse público, compreendendo o interesse do privado estranho à relação de propriedade.³⁴ (MARTINES, 2000, p. 573, tradução nossa)

Isso não quer dizer, no entanto, que os interesses individuais devem sucumbir sempre perante o bem comum. Se assim ocorresse, sairíamos de um individualismo perverso para um coletivismo também nocivo, sufocando a pessoa humana que, na realidade, é e sempre foi a razão de ser do Estado e do ordenamento. Por isso mesmo, é correto afirmar que o reconhecimento da função social não suprime os interesses individuais. Estes devem continuar sendo objeto de tutela.

O que ocorre é a necessidade de harmonização entre as duas categorias de interesses, de modo que os interesses individuais sejam protegidos pelo ordenamento jurídico somente enquanto não considerados fúteis ou contrastantes com o bem comum.

Essa idéia de harmonização, aliás, é facilmente percebida no âmbito do atual Texto Constitucional. Assim, por exemplo, em face do preâmbulo de nossa Lei maior, percebe-se, claramente, que o constituinte buscou a todo custo harmonizar os direitos individuais e sociais, a liberdade e o bem-estar social. É o que se depreende na seguinte passagem:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na **harmonia social** (...) (BRASIL, 2007, p. 9, grifos nossos)

É exatamente essa a idéia-chave para compreender o tema em questão. Falar em função social não é, portanto, menosprezar os interesses individuais em detrimento do coletivo, mas, sim, proteger aqueles interesses somente enquanto compatíveis com o bem comum. É, aliás, o que observam Farias e Rosenvald, para os quais o “ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeiam.” (FARIAS e ROSENVALD, 2006, p. 29)

³⁴ [...] la proprietà privata è riconosciuta e garantita come diritto soggettivo se ed in quanto adempia ad una funzione sociale, nel senso che il diritto di proprietà non si deve intendere come mezzo di esclusiva tutela dell'interesse del proprietario, sebbene anche come mezzo di attuazione di un interesse pubblico, comprendendo pure l'interesse del privato estraneo al rapporto di proprietà.

De todo modo, é profunda e louvável a mudança de perspectiva. Como se viu, durante todo o período liberal, acreditou-se que o bem comum resultaria do livre jogo dos egoísmos individuais. Era a chamada “mão invisível”, proposta por Adam Smith (1723–1790), a qual se baseia na crença de que o bem de todos decorreria da somatória de todos os bens individuais.

Nesse contexto, a única delimitação aceitável para a manifestação individual da vontade era de caráter estritamente negativo, no sentido de impedir que as obrigações ofendessem normas imperativas, a ordem pública e os bons costumes. Com a crise do liberalismo econômico, contudo, chegou-se à conclusão de que era fundamental refrear os egoísmos individuais, perdendo-se a ilusão dos prometidos benefícios advindos da omissão estatal. (NORONHA, 2003, p. 28-29)

Daí, a nova postura do Estado, rompendo com a lógica individualista, tão cara aos ideais burgueses, colocando em evidência a preocupação social, que é característica marcante do novo modelo de Estado. É exatamente a partir desta mudança que ganhou relevo, no meio jurídico, a idéia da função social e da busca de objetivos preestabelecidos pelo Estado.

Por isso mesmo, além do aumento crescente da atenção dispensada à função social da propriedade, também o campo obrigacional vem recebendo influência das idéias acima delineadas. Nesse sentido, fala-se também em função social dos contratos, os quais devem ser concebidos como instrumentos dignos de tutela apenas se aptos a realizar desígnios superiores, de conotação nitidamente social.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Noronha, que muito bem observou o fenômeno em questão. Segundo este autor,

O interesse geral, o bem comum, constituem limites à realização dos interesses individuais, subjetivos, do credor. Quem se arroga a condição de credor tem necessariamente um qualquer interesse em que o devedor realize a prestação, mas, evidentemente, o direito não poderá tutelar interesses que porventura sejam fúteis, ou por outra forma estranhos ao bem comum. Para além dos interesses do credor, e transcendendo mesmo os interesses conjuntos do credor e do devedor, estão valores maiores da sociedade, que não podem ser afetados. (NORONHA, 2003, p. 28-29)

Na realidade, o reconhecimento da função social (seja do contrato ou da propriedade privada) parte de uma transformação mais ampla, que defende a funcionalização dos principais institutos do ordenamento jurídico, evidenciando uma mudança na própria forma de conceber o direito. A esse respeito, é importante frisar que, até então, boa parte dos estudos realizados pela ciência jurídica se baseava na análise dos elementos que compõem a estrutura dos institutos jurídicos, desenvolvendo, portanto, uma análise meramente estrutural do direito. Diferentemente, a teoria funcional ocupa-se da análise não apenas da estrutura, mas,

principalmente, da eficácia das normas e dos institutos vigentes, voltando-se para suas finalidades, como também para suas causas ou razão de ser.

É o que observa Amaral:

Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos, idéia que se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador nacional. (AMARAL, 2002, p. 354-355)

Torna-se patente, portanto, a inovação. Isso porque, com o predomínio dos ideais liberais, acreditava-se na existência de institutos jurídicos neutros, concebidos apenas para proporcionar o instrumental necessário à realização de objetivos individuais (daí a pouca preocupação com suas finalidades). Nesse contexto, o direito, em face do caráter abstencionista do Estado, deveria se voltar tão-somente ao estabelecimento das regras do jogo, oferecendo segurança para a realização dos objetivos da nova classe social burguesa.

Tal concepção resta evidente a partir da análise das principais teorias jurídicas então dominantes. Assim, desde Jhering a Kelsen, o Direito foi concebido como instrumento cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam eles, são perseguidos e alcançados. (BOBBIO, 2007, p. 84-85)

A esse respeito, ressalta Kelsen que a teoria pura do direito

[...] radica no fato de ela se propor, como única finalidade, obter um conhecimento preciso do Direito, e de poder excluir desse conhecimento tudo quanto, rigorosamente, não caiba dentro daquilo que, com verdade, merece o nome de Direito.

Por outras palavras: a teoria pura do Direito aspira a libertar a ciência jurídica de elementos estranhos. É isso que constitui o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2004, p. 89)

Para Kelsen, portanto, a especificidade do direito consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diversas funções. Por isso mesmo, o direito passa a ser concebido como mero ordenamento coativo, sem que haja preocupação no tocante aos diversos objetivos que, por seu intermédio, podem ser alcançados.

A partir do momento, porém, em que o Estado abandona sua postura não intervencionista, intervindo na economia e nas relações contratuais, ele passa a estabelecer objetivos que devem ser perseguidos por todos, seja órgão estatal ou particular. É, aliás, o que

observa Bobbio:

Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem nos novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais. 'Não é possível' - analisa Carrió - 'que o aparato conceitual, elaborado pela teoria geral do direito, persista e atravesse inalterado mudanças tão radicais. (BOBBIO, 2007, p. 03)

Desse modo, os vários institutos consagrados pelo ordenamento, como a autonomia privada e a propriedade, não podem mais ser concebidos como instrumentos neutros. Ao contrário, eles somente serão tutelados enquanto legitimamente exercidos. Para tanto, não basta a ausência de incompatibilidade formal a textos expressos do ordenamento civil, como aqueles pertinentes aos vícios do consentimento, por exemplo. A legitimidade do exercício do direito deve ser vista também em consonância com os objetivos estatais, traçados, principalmente, pelo Texto Constitucional de 88.

A esse respeito, estabelece o art. 170 da Constituição da República que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a função social da propriedade (inc. III) e a redução das desigualdades regionais e sociais (VII). (BRASIL, 2007, p. 87)

Como se vê, embora reconhecido o direito à livre iniciativa econômica, são claros os objetivos traçados pelo Constituinte, os quais devem ser perseguidos nas mais diversas relações sociais, sejam elas públicas ou privadas, sob pena de evidente incompatibilidade com nossa Lei maior. É nesse sentido, aliás, que deve ser interpretado o art. 421 do Código Civil, o qual dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL, 2007, p. 302)

Comentando o dispositivo em questão, afirma Tepedino:

À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República acima transcritos. Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingido. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho. (TEPEDINO, 2003, p. XXXII)

É importante ressaltar, contudo, que a mudança acima apontada não joga por terra os

avanços decorrentes da concepção meramente estrutural do ordenamento. Mesmo porque são inconteste as inúmeras contribuições advindas das teorias até então propostas. É o caso, por exemplo, das contribuições decorrentes da escola pandectista alemã, principalmente em torno da noção de relação jurídica e de seus elementos estruturantes.

Na verdade, toda a investigação em torno da função social dos institutos jurídicos não induz ao descrédito sua concepção estrutural. Até porque esta sempre foi de grande importância para a melhor compreensão do fenômeno jurídico. O que deve ocorrer, portanto, é uma relação de complementaridade entre a estrutura e a função dos diversos institutos.

Assim, por exemplo, no que tange ao direito subjetivo, a função social deve ser considerada como limite interno e positivo do próprio direito, e não mais como um limite externo a seu exercício. Sendo assim, a preocupação com a função social deve ingressar na estrutura interna de todos os institutos jurídicos, concedendo-lhes dinamismo e, principalmente, finalidade.

É, aliás, o que observam, mais uma vez, Farias e Rosenvald. Segundo os autores,

Há uma relação de complementaridade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social. Quer dizer, a função social não é um limite externo e negativo (restritivo) do direito subjetivo. Pelo contrário, trata-se de limite interno e positivo. Interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidades; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 30)

Neste novo contexto, é de fundamental importância o papel dos operadores do Direito, os quais devem abandonar a sobredita idéia de neutralidade e buscar, através de critérios hermenêuticos mais consentâneos com a realidade atual, a maior efetividade aos referidos princípios e objetivos traçados, sobretudo, pelo constituinte.

3.8 Dirigismo e revisão contratual

Como consequência de todas as mudanças acima delineadas, foram desenvolvidos vários outros instrumentos jurídicos, os quais, aos poucos, foram incorporados também pelo nosso ordenamento civil. É o caso, por exemplo, do dirigismo e da revisão contratual.

Por dirigismo contratual entende-se a intervenção do Estado na vida dos contratos com o objetivo de reformular os princípios tradicionais do Direito Obrigacional, no sentido de

torná-los mais acordes com a socialização do Direito moderno. (BORGES, 2002, p. 64) Com isso, pretende-se limitar a liberdade contratual, visando, sobretudo, a proteger a parte economicamente mais fraca.

Essa intervenção se faz presente tanto no momento de formação dos contratos, a partir da proibição de determinadas cláusulas e da imposição de outras, como também por ocasião de seu desenvolvimento e execução. Engana-se, porém, quem afirma que a referida intervenção seja fenômeno recente na história do Direito. Na realidade, ela sempre existiu.

Nesse sentido, esclarece Borges (2002, p. 64) que a intervenção governamental na esfera contratualista é tão velha quanto a própria humanidade. Assim, por exemplo, o Código de Hamurabi possibilitava a exoneração do camponês em caso de catástrofes inevitáveis. Do mesmo modo, no período imperial do Direito Romano, ocorreu a proibição da exportação de trigo e vinho em virtude de algumas circunstâncias excepcionais.

Recentemente, mesmo nos Estados Unidos, nação considerada paradigma dos valores liberais, várias medidas foram tomadas no sentido de restringir a liberdade contratual. Como exemplo, podemos citar o *Sherman Act*, de 1890, que deixa patente a postura intervencionista do Estado nas relações econômicas.

Por meio deste mecanismo, proibiram-se coalizões formadas por trustes e cartéis para o aumento de preços. O mesmo vale para o *New Deal*, plano implantado após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, que fixou novos valores para as mercadorias, limitou exportações, interferiu nos preços e controlou o câmbio. (BORGES, 2002, p. 64-65)

Na verdade, o que houve, recentemente, foi apenas o recrudescimento da intervenção do ente estatal, que se intensificou em face do novo contexto econômico-social. Tal fato, aliás, se justifica plenamente. Mesmo porque, com a revolução industrial, houve enorme concentração de renda, surgindo grandes grupos econômicos, que acabaram potencializando a exploração da massa trabalhadora, situação que se agravou com as duas grandes guerras. Daí a necessidade de uma maior intervenção do Estado.

É, aliás, o que ressaltam Fiuza e Roberto, que muito bem caracterizaram os fundamentos do instituto em questão. Segundo eles,

Esse movimento de intervenção estatal na economia do contrato, geralmente chamado de dirigismo contratual, é característico do Estado Social e fundamenta-se na prevalência dos interesses gerais sobre os particulares e não mais aceita os postulados de igualdade formal; ao contrário, caracteriza-se por exercer discriminação positiva, protegendo a parte economicamente mais fraca. (FIUZA; ROBERTO, 2002, p. 43)

No tocante à revisão contratual, é também marcante a intervenção do Estado. Ocorre que, diferentemente do dirigismo, que se faz presente antes, durante e até mesmo após a extinção do vínculo estabelecido entre as partes, o revisionismo possui contornos bem mais precisos. Na realidade, sua incidência se dá apenas quando, entre o nascimento e a extinção do vínculo jurídico, ocorre fato imprevisível e extraordinário, situado fora do campo de percepção da álea normal da contratação, que torne excessivamente onerosa a prestação devida, acarretando extrema vantagem para a outra parte.

Esse instituto, hoje presente na maioria dos estatutos civis, foi-se aperfeiçoando a partir de diversas teorias que se sucederam ao longo do tempo. Seu objetivo maior, contudo, sempre foi relativizar a obrigatoriedade contratual em face de alterações anormais das circunstâncias fáticas.

Por isso, antes de analisarmos mais detidamente a doutrina da imprevisão, tal como se encontra configurada na doutrina moderna, cumpre analisar, ainda que sucintamente, as demais teorias que são apontadas como seu substrato. O objetivo é compreender suas raízes mais próximas e delinear, de maneira mais precisa, seus requisitos e objetivos.

Nesse contexto, merece atenção especial a cláusula *rebus sic stantibus*. Esta cláusula, elaborada a partir de fragmentos do *digesto*, principal livro do *Corpus Iuris Civilis* (BORGES, 2002, p. 80), sustenta a obrigatoriedade contratual somente se não houver alteração considerável nas circunstâncias sobre as quais foi o pacto celebrado.

É, aliás, o que se depreende de sua fórmula: “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. Isso significa que, “os contratos de execução sucessiva, dependentes de circunstâncias futuras, entendem-se pelas coisas como se acham”. (FIUZA, 2006, p. 416) Sendo assim, havendo alteração anormal das circunstâncias fáticas, a relação contratual poderá ser revista e até mesmo extinta.

Como consequência, começa a ser relativizado o princípio do *pacta sunt servanda*, o qual se baseia exatamente na idéia oposta, qual seja, a de que os pactos fazem lei entre as partes, sendo obrigatórios, independentemente de qualquer outra circunstância.

Foi, porém, com a teoria da alteração da base negocial que a idéia de revisão contratual passou a ter bases mais científicas, sendo, por isso, mais bem recebida, sobretudo pela jurisprudência alemã. Para tanto, contribuiu decisivamente a grave crise econômica que afetou a Europa no período que sucedeu a primeira guerra mundial. No campo doutrinário, seu principal mentor foi Paul Oertmann, o qual publicou, em 1921, importante obra sobre as bases do negócio jurídico.

Na realidade, Oertmann procurou apenas aperfeiçoar a teoria da pressuposição,

desenvolvida anteriormente por Windscheid. Para este, bastava a alteração anormal da representação mental (ou pressuposição) feita por uma das partes para que se tornasse possível a revisão ou extinção do contrato. Diferentemente, para Oertman, a representação tinha que ser sempre bilateral, ou seja, comum às duas partes. Desse modo, só se poderia falar em base do negócio jurídico quando uma das partes, no instante da conclusão do pacto, formulasse representação mental do inteiro conhecimento da outra.

Assim, uma vez constituída a base negocial, ela deveria se manter inalterada até sua conclusão, isto é, até que ocorresse a extinção da relação obrigacional pelo cumprimento normal da prestação devida. Caso contrário, poderia ser revisto ou até mesmo extinto o pacto celebrado. Como se vê, para Oertmann, a base do negócio jurídico possui um aspecto essencialmente subjetivo, traduzindo-se na representação mental das partes acerca das circunstâncias básicas que envolvem sua tomada de decisão. (DÍAZ, 2003, p. 199)

Aos poucos, porém, começaram a se multiplicar as críticas formuladas ao subjetivismo da teoria por ele proposta. Nesse contexto, um dos juristas de destaque foi, sem dúvida alguma, Karl Larenz que, visando a demonstrar a inconsistência da teoria até então dominante, elaborou alguns exemplos bastante elucidativos. Assim, por exemplo, afirma Larenz que o pai que compra o vestido de noiva para sua filha na pressuposição, conhecida pelo vendedor, de que o casamento ocorrerá no mês seguinte, não poderá jamais resolver o contrato caso o casamento não ocorra. (DÍAZ, 2003, p. 199-200)

Desse modo, embora aceite a proposta formulada por Oertmann em torno da idéia da base negocial, afasta-se Larenz do subjetivismo então preponderante e passa a defender a revisão contratual somente em termos estritamente objetivos. Para ele, há alteração na base contratual toda vez que ocorrer mudança nas

[...] circunstâncias, cuja existência ou persistência são, respectivamente, pressupostas no contrato, e com as quais as expectativas das partes possam ser satisfeitas, ainda que aproximadamente, na execução contratual. Não interessa, como nos casos da base subjetiva, se as partes tinham consciência da importância dessas circunstâncias quando da celebração, ou se conjecturaram a seu respeito, ou mesmo se possuíam alguma expectativa em relação a elas. (LARENZ *apud* FIUZA, 2006, p. 422)

Dáí em diante, estava pavimentado o terreno para o desenvolvimento do revisionismo moderno, o qual, no entanto, como veremos adiante, pressupõe requisitos bem mais amplos do que a simples mudança das circunstâncias presentes quando da celebração do contrato.

No campo legislativo, por sua vez, a doutrina em questão teve uma evolução bem mais lenta, sendo acolhida expressamente apenas na atualidade. A esse respeito, importa ressaltar

que, não obstante a enorme contribuição doutrinária, o Direito Alemão somente a incorporou em um texto legal a partir de 1º de agosto de 2002, ocasião em que foi aprovada a Lei de modernização do Direito das Obrigações, alterando o § 313 do BGB, que passou a reconhecê-la expressamente. Isso não significa, porém, que, na prática, a revisão contratual não fosse utilizada até então. Ao contrário, há muito ela vem sendo empregada, sempre com base na boa-fé objetiva. (NUNES, 2005, p. 74)

Por sua vez, no ordenamento jurídico italiano, a revisão contratual foi expressamente consagrada por ocasião da publicação do Código Civil de 1942, o qual admitiu, em seus arts. 1467 a 1469, a redução ou modificação da prestação devida, no intuito de adequá-la à equidade, desde que sobrevenha fato imprevisível que acarrete onerosidade excessiva para uma das partes.

Nesses termos, dispõe o art. 1467 do Estatuto Italiano que:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa em virtude de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1458. A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra na álea normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo a modificação equitativa das condições do contrato.³⁵

Foi o modelo italiano, aliás, que serviu de base para a consagração da doutrina da imprevisão no Direito Brasileiro. Acontece, porém, que, embora tanto a doutrina como a jurisprudência, na esteira do direito estrangeiro, há muito acolhessem a aplicação do referido instituto, exigindo, inclusive, sua positivação em um texto legal, esta somente ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), bem como com o advento do atual Código Civil.

Antes, porém, algumas iniciativas haviam sido tomadas, nenhuma delas, contudo, suficiente para se admitir o reconhecimento legal da sobredita doutrina. Assim, por exemplo, cumpre citar o art. 31 do Decreto 24.150, de 1934, o qual já evidencia um esboço da teoria da imprevisão em nosso ordenamento. Segundo este texto legal:

³⁵ Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo [...] sofrer variações, além de 20%, das estimativas feitas, poderão os contratantes (locador ou locatário), findo o prazo de três anos da data do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado.

Posteriormente, o anteprojeto do Código das Obrigações,³⁶ apresentado ao Congresso em 1941, também buscou a consagração da tese da imprevisão, atribuindo ao juiz, nos termos de seu 322, poder para modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância, sempre que sobreviessem acontecimentos excepcionais e imprevisíveis ao tempo da conclusão do ato, ocasionando prejuízo exorbitante para uma das partes.

Foi, contudo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) que a sobredita doutrina foi definitivamente inserida em nosso ordenamento. Nesse sentido, de acordo com o art. 6º, V, deste texto legal, são direitos básicos do consumidor, “A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” (BRASIL, 2007, p. 941)

Cumprido ressaltar, porém, que parte da doutrina se insurgiu contra a idéia de que foi o CDC o primeiro a positivizar entre nós a teoria da imprevisão. Para tanto, argumentam que esta teoria se baseia, exatamente, na imprevisibilidade do fato superveniente, a qual se torna um elemento-chave, sem o qual não se pode falar em imprevisão. Para estes autores, teria o CDC positivado a revisão contratual, mas não a doutrina da imprevisão. Isso porque, ao admitir a modificação em virtude de fato superveniente, o estatuto consumerista não falou expressamente em fatos imprevisíveis e extraordinários.

É, aliás, o que observa Nunes. Segundo este autor, nos termos do art. 6º, V, do CDC:

[...] Para que se faça a revisão do contrato, basta que, após ter ele sido firmado, surjam fatos que o tornem excessivamente oneroso. Não se pergunta, nem interessa saber se, na data de seu fechamento, as partes podiam ou não prever os acontecimentos futuros. Basta ter havido alteração substancial capaz de tornar o contrato excessivo para o consumidor. Esse princípio, que é fundamental, tem por base as características da relação de consumo, fruto da proposta do fornecedor, que

³⁶ Este anteprojeto foi apresentado por uma comissão composta pelos eminentes civilistas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hanhemann Guimarães, os quais, a princípio, haviam sido nomeados para a elaboração de um projeto de Código Civil, que substituiria o Código aprovado em 1916. Ocorre que, influenciados pela idéia de unificar o direito obrigacional, a referida comissão acabou apresentando um Anteprojeto do Direito das Obrigações, o qual, porém, apesar de seu alto valor científico, não foi adiante em virtude das críticas contundentes que lhe foram dirigidas. De todo modo, este anteprojeto se destacou não apenas pela acolhida da tese da unificação das obrigações (civis e mercantis), como também pelo reconhecimento da teoria da imprevisão, já bastante aceita no âmbito doutrinário. (ROBERTO, 2003, p. 76-77)

assume integralmente o risco de seu negócio e que detém o conhecimento técnico para implementá-lo e oferecê-lo no mercado. (NUNES, 2000, p. 117-118)

Também nesse sentido, em decisão publicada em 01/07/2002, ressalta a Ministra do STJ Nancy Andrighi que:

[...] O preceito insculpido no inciso V do Artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. (STJ, 3º T – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/05/2002)

A nosso ver, contudo, não procedem tais observações. Mesmo porque todos os elementos que caracterizam a imprevisão podem ser perfeitamente identificados também no CDC. Em primeiro lugar, a revisão contratual, tal como consagrada neste estatuto normativo, é exatamente o efeito mais importante da doutrina da imprevisão.

Outro aspecto em comum diz respeito à necessidade de ocorrência de fatos supervenientes para que seja efetivada a revisão. Isso significa que esta somente se aplica em face de obrigações de execução diferida, isto é, obrigações cujo cumprimento é postergado no tempo. Sendo assim, para que possamos falar em revisão, é fundamental que haja um intervalo razoável entre a gênese e a extinção do vínculo obrigacional, ensejando o advento de um fato imprevisível, que altere de forma injusta a base contratual estabelecida pelas partes, dificultando o cumprimento da prestação devida. Este risco, por razões óbvias, jamais poderia ocorrer nas obrigações instantâneas. Estas se caracterizam, exatamente, pelo curto intervalo de tempo entre a gênese e a extinção do vínculo obrigacional.

Por fim, outra característica também essencial e indispensável nas duas situações diz respeito à onerosidade excessiva. Nestes termos, para que seja realizada a revisão, é fundamental que, em razão de fatos supervenientes, a prestação a ser realizada por uma das partes se torne excessivamente onerosa.

Por outro lado, o simples fato de o dispositivo consumerista não mencionar expressamente a imprevisibilidade do fato futuro ensejador da revisão, não quer dizer que esta tenha sido dispensada. Ao contrário, ela está claramente implícita no texto em questão. Ora, ao possibilitar a revisão contratual em virtude de fato superveniente que venha a tornar uma das prestações excessivamente onerosa, é óbvio que o legislador partiu do pressuposto de que este seja também imprevisível ou, quando nada, imprevisto. Mesmo porque, se assim não fosse, seria privilegiar o comportamento precipitado e negligente de uma das partes, que não merece proteção do ordenamento, ainda que tenha ocorrido em uma relação de consumo.

É, aliás, o que pondera Fiuza:

O Código do Consumidor também consagra, no art. 6º, V, a teoria da imprevisão. Não se diga que, no caso do CDC, seria dispensável a imprevisibilidade do fato que vem a desequilibrar o contrato. Há quem o diga, afirmando, inclusive, que se estaria revivendo a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. Como vimos, a imprevisibilidade está implícita. Já dissemos, ainda há pouco, que seria fazer tábula rasa da inteligência medieval pressupor que admitissem a possibilidade de revisão, desvinculada do elemento imprevisibilidade. O mesmo se diga em relação ao legislador do Código do Consumidor. (FIUZA, 2006, p.431-432)

De todo modo, com o advento do Código Civil de 2002, foi definitivamente consagrada entre nós, também em sede legislativa, a aludida doutrina. É o que se extrai do art. 478 deste Estatuto Civil:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contratual. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL, 2007, p. 308)

Acontece que, apesar do avanço, várias críticas foram endereçadas a este dispositivo legal, a maioria delas acertadamente. Assim, por exemplo, afirma-se que o art. 478 pecou por versar apenas sobre a extinção contratual, nada dispondo sobre a possibilidade de sua revisão. O que, aliás, seria aconselhável, mesmo porque, em atenção ao princípio da função social do contrato e em respeito à autonomia privada das partes, pode ser muito mais conveniente a manutenção do vínculo contratual do que sua extinção, a qual somente deve ocorrer em situações extremas, quando se apresentar como única solução adequada para o caso concreto.

De todo modo, a possibilidade de revisão contratual acabou também sendo consagrada pelo legislador, embora em dispositivo distinto. Isso porque, ao tratar do objeto do pagamento e de sua prova, agora no art. 317, o Código estabeleceu que, quando sobrevier desproporção manifesta no valor da prestação, constatada entre o momento de sua constituição e execução, sempre por motivos imprevisíveis, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte interessada. (BRASIL, 2007, p. 293)

Como se vê, não obstante a redação do art. 478, a revisão contratual também foi prevista pelo nosso estatuto civil. É inquestionável, porém, o equívoco do legislador, o qual pecou no aspecto da sistematicidade. Até porque bastaria um único dispositivo legal para tratar do presente tema, admitindo tanto a revisão quanto a extinção contratual, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Certo é, porém, que, em vista dos referidos dispositivos legais e dos princípios que

norteiam as soluções no âmbito obrigacional, pode o juiz, diante do pedido formulado pela parte interessada, assim como da contestação apresentada pelo réu, decidir pela conveniência de uma das opções acima delineadas.

Nesse sentido é a lição sempre atual de Fiuza, segundo o qual,

Por tudo isso, diante de um pedido e dependendo de qual seja o pedido e da resposta do réu, o juiz poderá seguir vários caminhos, sempre tendo em vista o princípio da função social dos contratos e seus desdobramentos. Assim, se o autor da ação requerer a revisão ou a extinção do contrato, e o réu se defender, requerendo apenas a revisão, se for o caso, o juiz, analisando as provas e demais circunstâncias, poderá tomar a decisão que lhe parecer mais justa: rever ou pôr fim ao contrato. (FIUZA, 2006, p. 431)

3.9 A cláusula geral da boa-fé objetiva

Outro importante mecanismo de delimitação da autonomia privada é, exatamente, a boa-fé objetiva, a qual, em virtude da complexidade crescente das relações contratuais, vem encontrando grande espaço na doutrina e na jurisprudência pátrias. A esse respeito, não é demais ressaltar a publicação de obras de grande profundidade e enorme contribuição prática, como, por exemplo, “Da Boa Fé no Direito Civil”, de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001); “A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional”, de Judith Martins-Costa (2000); “Hermenêutica Filosófica e Direito: o Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual”, de José Carlos Moreira da Silva Filho (2003); entre outras.

Antes, porém, de analisarmos o significado deste importante instituto jurídico, cumpre esclarecer a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, há muito consagrada na doutrina, decorre, exclusivamente, da condição psicológica do agente, que, sem ter consciência da incompatibilidade de seu ato em face do direito alheio, adota comportamento que lhe é contrastante. Neste caso, diz-se que o agente agiu de boa-fé exatamente por desconhecer a lesividade de seu ato. Sendo assim, é subjetiva a boa-fé porque diz respeito à esfera íntima do agente.

Enquanto isso, a boa-fé objetiva implica sempre o dever imposto às partes contratantes de se comportarem segundo os critérios de lealdade e correteza.³⁷ É, aliás, o que afirma

³⁷ Ao nos referirmos à boa-fé objetiva como fonte de obrigações, nos atemos, principalmente, às relações contratuais. Isto porque é este seu principal campo de incidência, no qual a cláusula em questão tem maior

Galgano, o qual, embora sem usar a expressão “boa-fé subjetiva”, conseguiu, com maestria, estremer as duas noções ora em estudo. Segundo ele,

Boa fé outra coisa não significa, nestas normas, senão correteza ou lealdade. Tem um significado de tudo diverso da boa-fé da qual se fala em matéria de posse (posse de boa-fé) e nas muitas normas que, em matéria de invalidade do contrato, de simulação, etc.... fazem salvos os direitos dos terceiros de boa-fé. A ‘boa fé’ indica um estado subjetivo: significa, simplesmente, ignorância de prejudicar o direito alheio; aqui, ao invés, exprime um dever: o dever das partes contratantes de comportarem-se com correteza e lealdade. (GALGANO, 2002, p. 499, tradução nossa)³⁸

Como se vê, a boa-fé objetiva pressupõe noção mais ampla e complexa, traduzindo-se em uma regra de conduta imposta aos participantes da relação obrigacional, da qual deriva, dentre outros, o dever de comportar-se com lealdade, sem ferir, portanto, a justa expectativa criada na parte contrária. É justamente nesse sentido a definição dada por Roppo:

A boa-fé objetiva é uma regra de conduta imposta aos sujeitos, e significa obrigação de comportar-se com correteza e lealdade (segundo *standards* não genéricos e abstratos, mas referidos ao específico ambiente de negócios e ao específico tipo de operação que no caso concreto vem em jogo.³⁹ (ROPPO, 1998, p.446, tradução nossa)

Ainda segundo Roppo (1998b, p. 446), a boa-fé objetiva apresenta duas características distintas. A primeira decorre do fato de ser uma fonte de integração do contrato, dando origem, ao longo da existência da relação contratual, a conseqüências e obrigações que não derivam diretamente nem da lei nem da vontade das partes. Trata-se, sem dúvida alguma, de característica de grande importância prática, uma vez que, por mais analíticas que sejam as partes, elas não conseguem prever todas as possíveis situações de abuso.

aplicabilidade prática. Mas, é importante ressaltar que sua aplicabilidade não se restringe ao campo contratual. Ao contrário, é pacífico na doutrina que sua aplicação se estende aos demais negócios jurídicos, como também, para alguns doutrinadores, até mesmo aos atos jurídicos em sentido estrito, desde que obviamente compatível com sua natureza. É esta, aliás, a lição de Ana Prata, segundo a qual: “Admitindo, como o faz a generalidade da doutrina, que a *ratio* do instituto é a tutela da confiança do sujeito na correção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos, por ele ser o seu autor ou o seu destinatário, haverá de reconhecer-se que o problema tanto se coloca a propósito dos contratos como dos negócios unilaterais, ou até dos puros atos jurídicos, desde que tenham um destinatário.”(PRATA, 1995, p. 25)

³⁸ Buona fede altro non significa, in queste norme, se non corretezza o lealtà. Ha un significato del tutto diverso dalla buona fede di cui si parla in materia di possesso (possesso di buona fede) e nelle tante norme che, in materia di invalidità del contratto, di simulazione ecc., fanno salvi i diritti dei terzi di buona fede. La ‘buona fede’ indica uno stato soggettivo: significa, semplicemente, ignoranza di ledere l’altrui diritto (art. 1147); qui, invece, esprime un dovere: il dovere delle parti contraenti di comportarsi con corretezza e lealtà.

³⁹ La buona fede oggettiva è una regola di condotta imposta ai soggetti, e significa obbligo di comportarsi con corretezza e lealtà (secondo standard no generici e astratti, ma riferiti allo specifico ambiente d’affari e allo specifico tipo di operazione che volta per volta vengono in gioco).

O mesmo vale para o legislador, que se ocupa apenas das situações e abusos mais freqüentes, sempre de maneira abstrata. Daí a importância da presente cláusula, a qual permite (diante do caso concreto) preencher o vazio normativo, vetando, por exemplo, alguns comportamentos não expressamente proibidos, mas que, em face do caráter lesivo apurado diante do caso concreto, passam a ser coibidos pelo próprio ordenamento.

Por sua vez, a segunda característica, de certa forma ligada à primeira, implica a possibilidade de a disciplina contratual se abrir à evolução dos costumes e da práxis, de modo que suas cláusulas possam se adaptar a novas circunstâncias que possam envolver as partes futuramente. Assim, da mesma forma que acontece com o texto da lei, o sentido atribuído às cláusulas de um contrato não é imutável, estando, ao contrário, em constante transformação, adaptando-se à evolução social, sempre norteado pelo princípio da boa-fé.

Assim, segundo Roppo (1998b, p. 446-450), enquanto a primeira característica aponta para uma função integrativa da boa-fé, dando origem a novas obrigações, sequer imaginadas pelo legislador ou pelas partes, a segunda volta-se para o aspecto hermenêutico, proporcionando importante critério para atualização do sentido das cláusulas preestabelecidas no contrato.

Certo é, portanto, que a boa-fé objetiva não implica o advento de um rol fixo de obrigações. Ao contrário, por ser um princípio normativo de conduta, ela pode dar origem a obrigações sequer imaginadas pelas partes, quando da celebração do contrato, e muito menos pelo legislador.

Além das duas características acima apontadas, outras também podem ser citadas. É o caso, por exemplo, da ambivalência subjetiva. Isso significa que, em consequência da boa-fé objetiva, a relação obrigacional dá origem a direitos e deveres que vinculam tanto o devedor como o credor. Com isso, rompe-se, definitivamente, com a concepção tradicional de obrigação, na qual o devedor era visto sempre como único titular de deveres. Por sua vez, o credor, também conhecido com sujeito ativo do vínculo obrigacional, era apontado como único titular de direitos. À luz da referida cláusula, porém, não mais se justifica essa concepção. Mesmo porque, como visto, tanto o devedor quanto o credor são titulares de direitos e de deveres, ambos buscando a realização de um fim comum, qual seja, a extinção da relação obrigacional, nos termos da expectativa por eles criada.

É, aliás, o que ressalta Cordeiro, ao falar em complexidade intra-obrigacional. Segundo o autor,

A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional

abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário haver uma realidade composta. (CORDEIRO, 2001, p. 586)

Didaticamente, contudo, continua-se definindo obrigação em termos clássicos, isto é, enquanto vínculo estabelecido entre duas partes, por meio do qual uma delas (o credor) pode exigir algo de outra (o devedor). Na verdade, porém, esta noção, não obstante a presença na grande maioria dos manuais, justifica-se apenas do ponto de vista didático. Mesmo porque, com a evolução da teoria geral das obrigações, e, sobretudo, como consequência da cláusula acima apontada, não há mais como se atribuir obrigações apenas a uma das partes da relação obrigacional.

É inquestionável, portanto, o fato de se reconhecer, em toda e qualquer obrigação, uma gama de direitos também ao devedor, em contrapartida a novos deveres assumidos pelo credor. É o caso, por exemplo, do direito ao cumprimento da prestação devida, o direito à informação e à lealdade, ambos assegurados ao devedor.

Como se vê, boa parte desses direitos decorrem diretamente da boa-fé objetiva. Sendo assim, é inegável que a acolhida definitiva desta cláusula em nosso ordenamento parece suplantar de vez a concepção tradicional do vínculo obrigacional, consagrando a idéia da obrigação como uma relação complexa, na qual tanto o devedor quanto o credor são titulares de direitos e deveres, buscando sempre objetivos comuns.

No mesmo sentido, vem sendo defendida pela atual doutrina a idéia da obrigação como fenômeno essencialmente dinâmico, sublinhando assim, de forma muito mais consentânea com a nova realidade, a verdadeira natureza do vínculo obrigacional, o qual está muito longe de ser algo estático ou imutável. Ao contrário, sua natureza é (e sempre foi) dinâmica, nascendo e se transformando ao longo de sua existência, até que ocorra sua extinção, na maioria das vezes pelo cumprimento da prestação devida. Também neste aspecto, cumpre frisar o papel da boa-fé objetiva, a qual passa a ter inegável importância, moldando o conteúdo da relação obrigacional em face do caso concreto.

A esse respeito, é interessante a lição de Martins-Costa, a qual ressalta a natureza processual da obrigação, rompendo com o paradigma tradicional, e pondo em evidência a cláusula geral de boa-fé objetiva como verdadeiro centro irradiador de direito e obrigações. Segundo a autora,

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito

obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 394)

A nosso ver, contudo, mais correto do que falar em processo é tratar a relação obrigacional enquanto procedimento, isto é, na condição de um uma seqüência de atos-fatos, visando à obtenção de determinadas finalidades. Desse modo, os atos que compõe o procedimento passam a ser vistos como pressupostos de validade e eficácia do ato final.

É, aliás, o que observa Nunes:

Ocorre que, na atualidade, a melhor verificação da teoria seria a de percebê-la como tese da obrigação como procedimento, pois não se trata de verificar um verdadeiro processo como uma espécie de procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1958, p. 861-890) nem como instituição constitucionalizada (LEAL, 2002), mas, sim a obrigação/contrato como estrutura seqüencial de atos-fatos para obtenção de suas finalidades (prestações) (WIEACKER, 1993, p. 597; CIAN, 2004, p. 17).

Nesse sentido, como salientava Benvenutti, em célebre ensaio sobre a teoria do procedimento, os atos-elementos do procedimento são pressupostos de eficácia, validade e perfeição do ato final (BENVENUTTI, 1952, p. 135) desenvolvendo-se de modo seqüencial, de maneira que o fim seja alcançado respeitando todas as etapas do iter. (NUNES, 2004, p. 64)

Dentre os principais deveres advindos da boa-fé objetiva, assumem destaque especial os chamados deveres laterais, anexos ou acessórios. Esta denominação se justifica uma vez que eles não estão ligados diretamente à prestação principal, mas, sim, à proteção da pessoa e dos bens das partes contratantes. Por isso mesmo, são também conhecidos como deveres de proteção. Na realidade, porém, não há uniformidade na doutrina no que tange a essa terminologia. Ao contrário, muito se discute a respeito do nome mais adequado para designá-los, não chegando a doutrina até o momento a um consenso a respeito.

Nesse sentido, afirma-se que a expressão “deveres acessórios” seria inadequada, por transmitir a idéia de que estamos diante de uma categoria inferior de deveres, sendo mais importante aqueles relacionados à realização da prestação principal. Por sua vez, a expressão “deveres de proteção” também recebe críticas, uma vez que delimita muito o âmbito de atuação desta nova categoria normativa. Daí, muitos optarem pela expressão “deveres decorrentes da boa-fé”.

Em verdade, porém, entendemos que esta é uma discussão de menor interesse prático, em nada influenciando na atuação desta importante categoria de deveres. De todo modo, visando a simplificar e pôr fim à discussão acima mencionada, talvez seja interessante o uso da última expressão “deveres decorrentes da boa-fé”, a qual, além de não limitar a função dos aludidos deveres, não enseja qualquer polêmica quanto a uma possível subordinação em face dos

deveres relacionados à prestação principal.

Entendemos, porém, ser também pertinente a expressão “deveres acessórios”, desde que, no entanto, não se entreveja aí qualquer inferioridade em relação aos demais deveres decorrentes do vínculo obrigacional. Mesmo porque este seria um entendimento incompatível com o próprio Texto Constitucional, o qual, como já ressaltado, dá primazia à proteção da pessoa humana e, portanto, aos valores existenciais, em detrimento das questões patrimoniais.

O primeiro jurista a se aprofundar no estudo dessa nova categoria de deveres, muito embora ainda preso a uma concepção bastante restrita, foi Heinrich Stoll, o qual, em 1936, publicou, na Alemanha, uma obra que distinguia, no âmbito da relação obrigacional, o interesse pela realização da prestação principal (que é exatamente aquele que motivou o surgimento da obrigação) e o interesse de se ver protegido de todo comportamento nocivo por parte do outro contratante.

A partir desta distinção, Stoll passou a vislumbrar também a presença de duas categorias distintas de deveres: o dever de realizar a prestação motivadora do vínculo obrigacional e o dever de proteção. Para este jurista, contudo, os deveres de proteção tinham sempre caráter negativo, o que significa que pressupunham somente uma abstenção (um não fazer) por parte de seu titular, diferentemente do que ocorria com a outra categoria de deveres.

Foi somente com a evolução doutrinária em torno do tema que se chegou à conclusão de que também os deveres de proteção poderiam assumir natureza ativa, o que significa que eles podem perfeitamente impor um comportamento positivo a seu titular, e não apenas negativo, como afirmava Stoll.

Por outro lado, além dos deveres de proteção, foram vislumbradas pela doutrina outras categorias de deveres, também decorrentes da boa-fé. Por isso mesmo, Menezes Cordeiro, procurando sistematizar melhor a matéria, utilizou o termo deveres acessórios, os quais possuem um sentido bem mais amplo, estando divididos em deveres de proteção, lealdade e esclarecimento.⁴⁰ Segundo este autor,

Os deveres acessórios têm sido objeto de tipificações várias. Tal como ocorre com o estudo dos deveres *in contraendo*, pode conseguir-se uma panorâmica satisfatória

⁴⁰ Ressalte-se, contudo, que esta classificação, bem como todas as demais, possui uma importância meramente didática, uma vez que, em virtude da multiplicidade de fenômenos nas quais eles podem se configurar, será impossível estabelecer um rol fechado - números *clausus* - de todos os deveres em questão. Foi, aliás, o que observou Ana Prata, para quem em virtude da multiplicidade demasiado complexa de fenômenos torna-se impossível falar em um dever único decorrente da boa-fé. Na realidade, segundo ela, existem “inúmeros deveres bem individualizados, diferentes uns dos outros.” Aqueles de que a doutrina se ocupa não são mais do que ‘figuras sintomáticas, expressões do conceito de boa fé pré-contratual’, que o julgador utilizará como tais para apreciar a conduta das partes à luz da ‘boa fé como cânone ou critério de valoração’. A título exemplificativo, e apenas, pois, pode falar-se de alguns desses deveres.” (PRATA, 1995, p. 48-49)

com recurso à tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados. (CORDEIRO, 2001, p. 603-604)

Os deveres de proteção, tal como frisado, pressupõem a obrigação das partes de não causarem danos umas às outras. Isso significa que tanto o credor quanto o devedor (aí o caráter de ambivalência jurídica destes deveres), estão obrigados a agir de modo a não prejudicar a parte contrária. Assim, por exemplo, o pedreiro, ao executar a reforma para a qual foi contratado, deve fazer de tudo para não causar qualquer tipo de prejuízo à parte contratante. Desse modo, ao levantar uma nova parede deve agir com muita cautela para evitar danos àquelas que estão intactas.

Em contrapartida, seu contratante deve se preocupar em oferecer-lhe todo o material de segurança necessário, como botas, capacetes e luvas para que o contratado não sofra qualquer tipo de dano durante a realização de seu serviço. Caso contrário, haverá a violação de um dever de proteção, a qual poderá ensejar até mesmo a resolução do contrato, além, é claro, das indenizações cabíveis.

Nos dois casos, porém, cumpre observar que a responsabilidade somente restará evidenciada se a violação do dever de proteção ocorrer por ocasião da execução do contrato. Até porque não faz sentido que o mecânico, por exemplo, ao dirigir seu veículo em alta velocidade, venha a ser acusado de quebra do dever de proteção por ter batido infelizmente contra o veículo pertencente a seu cliente. Neste caso, é inegável seu dever de indenizar. Não, porém, por ter violado um dever de proteção (de natureza contratual), mas por ter agido com culpa e causado um prejuízo a outrem (culpa aquiliana).

Outro dever de grande importância decorrente da boa-fé é o dever de informação ou esclarecimento, o qual significa que as partes devem se informar mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo obrigacional, ou, ainda, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação. (CORDEIRO, 2001, p. 605) Esse dever vem ganhando enorme destaque na atualidade, sobretudo a partir da entrada em vigor do Código do Consumidor, o qual consagra, expressamente, dentre os vários direitos do consumidor, o amplo acesso a todas as informações pertinentes aos produtos ou serviços contratados.

No mundo globalizado e repleto de publicidade como o que vivemos, o dever de informação é, sem dúvida alguma, de fundamental importância. Mesmo porque somos bombardeados diariamente com uma verdadeira avalanche de propagandas, que, muitas vezes, afirmam coisas absurdas, que seriam até mesmo cômicas, se não prejudicassem pessoas honestas e de boa-fé. Estas, por agirem sempre de forma correta e justa, esperam dos demais (e com razão) idêntico comportamento, o que, infelizmente, está muito longe de acontecer.

Assim, por exemplo, quem não se lembra das facas que tudo cortavam e das meias que não poderiam ser cortadas por nada? Trata-se de propagandas enganosas, verdadeiro estelionato praticado diariamente por uma mídia cada vez mais incisiva e poderosa.

Por isso, em boa hora, embora não esteja restrito apenas às relações de consumo, o CDC reconheceu ao consumidor o direito à informação e ao esclarecimento, o qual se contrapõe ao dever da outra parte de informar tudo aquilo que for pertinente não só à celebração do contrato, mas também a sua execução.

Por fim, o dever de lealdade traduz a necessidade de cooperação entre as partes visando sempre à satisfação das finalidades por elas propostas. Isso significa que os contratantes devem se abster de todo comportamento que possa falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações a serem por eles realizadas. Ademais, também decorre deste dever a obrigação de não concorrência, de não celebração de outro contrato que seja incompatível com o primeiro, bem como o de não divulgação de informações obtidas na pendência da primitiva relação contratual. (CORDEIRO, 2001, p. 607)

Assim, cai por terra, definitivamente, a idéia de obrigação enquanto vínculo entre duas partes contrapostas, quase como rivais na busca de objetivos antagônicos. Em face dos aspectos acima delineados e, sobretudo, diante do dever de lealdade, as partes passam a ser vistas muito mais como parceiras do que, propriamente, como rivais. Elas são parceiras em busca da realização de objetivos comuns, como, por exemplo, a execução satisfatória do vínculo obrigacional, que interessa não apenas ao credor, mas também ao devedor.

No que tange à natureza desses direitos, muito se discutiu acerca de sua essência contratual ou aquiliana. A esse respeito, parte considerável da doutrina, com base no princípio geral do “*neminem laedere*”, levantou-se a favor de sua natureza aquiliana, alegando que estes deveres podem se estender até mesmo para aqueles que não estão diretamente vinculados à relação obrigacional.

Tal tese, contudo, não se justifica. Tanto é verdade que a violação de um dos deveres em questão pode implicar não apenas uma simples indenização. Sua repercussão é muito mais ampla, alcançando a própria essência da relação obrigacional, acarretando, muitas vezes, a perda da confiança depositada na outra parte. Assim, é inegável a possibilidade de resolução do contrato, o que não exclui – é óbvio – a possível indenização em caso de culpa.

As conseqüências acima delineadas podem acontecer principalmente em um contrato de longa duração, cumprido por meio de prestações periódicas. É o caso, por exemplo, do engenheiro que é contratado para projetar e executar várias obras, mas, agindo de forma totalmente negligente, causa sério prejuízo ao contratante ao executar a primeira delas.

Ora, no caso em questão, pode ocorrer de restar completamente comprometida a confiança nele depositada, tornando insustentável o vínculo obrigacional então criado. Por isso mesmo, não faz sentido que a parte prejudicada seja constrangida a manter-se vinculada em relação a quem ela não mais confia. Por isso, é inegável o caráter contratual do referido dever.

Esta é, aliás, a lição de José Carlos Moreira da Silva Filho, segundo o qual:

Entende-se, porém, em favor da contratualidade destes deveres, que a sua violação não clama apenas por um direito à indenização, mas, diante do liame contratual que envolve as partes, exige que, a depender das circunstâncias, corresponda à parte afetada o direito de resolver o contrato por inadimplemento ou de opor a exceção do contrato não cumprido. (SILVA FILHO, 2003, p. 309)

Outro aspecto a ser ressaltado diz respeito ao momento de incidência de todos esses deveres. Em termos clássicos, em que a vontade se afigura como principal fonte geradora de efeitos obrigacionais, prevalecia a idéia de que os direitos e deveres obrigacionais somente poderiam nascer e se manter enquanto perdurasse o vínculo jurídico criado. Antes ou depois deste não se poderia falar, portanto, em qualquer tipo de obrigação contratual.

Modernamente, no entanto, com o destaque dado à boa-fé, na condição de importante centro irradiador de direitos e deveres, a tese acima mencionada não mais se sustenta. Mesmo porque, se é correto afirmar que a celebração de um contrato dá origem a direitos e deveres entre as partes, é também correto deduzir que a proximidade existente entre elas, ainda que durante a fase de meras tratativas e negociações, é suficiente para gerar um nível maior de proximidade e, portanto, de confiança, a ensejar o surgimento de deveres como o de lealdade, informação, entre outros.

Do mesmo modo, o simples fato de já ter sido cumprida a prestação principal não exonera as partes de manterem uma relação de lealdade, como também de se informarem mutuamente acerca de qualquer problema que tenha sido detectado no produto ou serviço anteriormente oferecido. Este comportamento, aliás, vem-se tornando uma prática comum, sobretudo em relação às grandes empresas, como as automotivas, que se valem constantemente dos chamados *recalls*, por meio dos quais convocam os consumidores para, bem depois da execução do contrato, substituírem peças constatadas, posteriormente, como fora das perfeitas condições de uso.

Por isso mesmo, vêm ganhando espaço na doutrina institutos como a responsabilidade

pré-contratual, como também a pós-eficácia obrigacional.⁴¹ Nos dois casos, torna-se patente o papel da boa-fé como fonte de obrigações. Mesmo porque, se ainda não existe contrato, ou se este já deixou de existir, com o cumprimento da prestação devida, não faz sentido atribuir ao acordo de vontades a gênese das referidas obrigações.

Infelizmente, porém, tanto a legislação como a doutrina civilista ainda parecem engatinhar no que diz respeito à natureza e incidência desses deveres. Nesse sentido, cumpre mencionar que poucos Códigos fazem referência expressa a eles. É o caso, por exemplo, do Código Civil Italiano, o qual, no art. 1337, estabelece a incidência da cláusula geral de boa-fé e, conseqüentemente de todos os deveres que dela decorrem, também ao longo das tratativas que precedem a celebração do contrato. Segundo este dispositivo legal “As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.”⁴² (tradução nossa)

Mesmo assim, apesar da previsão legal, é importante frisar que apenas recentemente este dispositivo vem merecendo por parte da doutrina e da jurisprudência italianas interpretação mais abrangente, consentânea com todo o potencial normativo advindo da cláusula geral em questão.

É, aliás, o que afirmam Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova. Segundo eles,

Inicialmente, a fórmula do art. 1337, que objetiva reprimir qualquer forma de deslealdade nas tratativas e na formação do contrato, vinha deste modo empobrecendo-se em uma norma de alcance muito estreito – dedicada ao fluxo das tratativas. {...} Vinham assim eliminadas do jogo a boa fé na formação do contrato verdadeiro e próprio, a indução a concluir um contrato em condições piores daquelas honestas, a criação de aparências enganáveis de vários tipos. (SACCO; DE NOVA, 2004, p. 237, tradução nossa)⁴³

O problema, contudo, está em determinar o momento exato a partir do qual se pode ter por iniciada uma tratativa. Tal fato adquire grande importância prática, sobretudo naqueles casos em que não há termo de intenção por escrito. Visando a resolver a questão, propõe a doutrina italiana a distinção entre as negociações propriamente ditas e os chamados contatos

⁴¹ A responsabilidade pré-contratual é também conhecida como culpa *in contrahendo*. Esta foi a expressão utilizada pelo primeiro jurista que se ocupou do problema, qual seja, Rudolf Von Jhering, o qual, em 1861, lançou um livro especificamente sobre o tema. Por sua vez, a idéia de pós-eficácia obrigacional é também denominada de *culpa post pactum finitum*.

⁴² Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

⁴³ Innanzi tutto, la formula dell'art 1337, che mira a reprimere qualunque slealtà nella trattativa e nella formazione del contratto, veniva in questo modo ad immiserirsi in una norma a portata assai ristretta, - dedicata al recesso dalle trattative.

Venivano così eliminate dal gioco la buona fede nella formazione del contratto vero e proprio, l'induzione a concludere un contratto a condizioni peggiori di quelle oneste, la creazione di apparenze ingannevoli di vario tipo.

preliminares. De modo que, enquanto nas primeiras haveria a bilateralidade necessária para ensejar a aplicação da aludida cláusula, os segundos, por não implicarem, propriamente, contatos intersubjetivos, não ensejariam sua incidência.

Na realidade, porém, tendo em conta a natureza da cláusula protetiva em estudo, não há como simplificar a presente questão, estabelecendo, em abstrato, termos precisos e absolutos para sua aplicação. É somente o caso concreto, com todas suas especificidades, que nos permitirá dizer se a proximidade entre as partes foi suficiente ou não para gerar entre elas uma relação de confiança, a ponto de justificar a incidência da cláusula de boa-fé.

É exatamente o que observa Ana Prata:

[...] os deveres pré-contratuais surgem quando – e na medida em que – os contatos pré-contratuais entre as partes façam surgir numa delas ou em cada uma delas, a confiança na conduta leal, honesta, responsável e íntegra da contraparte, sendo o apuramento do surgimento dessa confiança resultado da análise dos atos e comportamentos das partes e da sua apreciação objetiva no quadro do ambiente econômico-social em que o processo formativo do contrato tem lugar. (PRATA, 1995, p. 42-43)

É importante frisar, porém, que muito embora caracterizada a relação de confiança, os referidos deveres jamais incidirão em sua totalidade e em um único momento. Na realidade, tudo se passa como um verdadeiro processo, o qual possui um marco inicial (sempre variável, conforme frisado), mas que vai ganhando intensidade à medida que se aprofundam as relações entre as partes. Sendo assim, para caracterizar a incidência de um dever acessório de boa-fé, não basta indagar se teve início ou não a relação de confiança entre os contratantes. É também necessário analisar a profundidade dessa relação e verificar quais deveres que podem daí decorrer.

Por fim, o simples fato de já ter sido executada a prestação principal não importa a extinção de todo e qualquer dever entre as partes contratantes. Assim, por exemplo, o fato de já ter transferido o estabelecimento comercial ao comprador (objeto da prestação principal) não exonera o vendedor da obrigação de manter um comportamento ético, sem se valer de informações privilegiadas, adquiridas enquanto administrador do estabelecimento transferido, para beneficiar terceiros ou, até mesmo, fazer concorrência desleal.

Do mesmo modo, o médico, ao extrair um cálculo renal de seu paciente, tem o dever de informar acerca da probabilidade de reincidência, bem como as medidas necessárias para evitar novos problemas. Como dito, trata-se da chamada *culpa post pactum finitum* ou, simplesmente, da pós-eficácia obrigacional.

A esse respeito, importa frisar que o instituto em questão, embora advindo também da

boa-fé objetiva, nasceu doutrinariamente bem depois da *culpa in contraendo*, não obtendo, portanto, ao menos inicialmente, a mesma aceitação doutrinária que esta. Nesse sentido, afirma Antônio Menezes Cordeiro que a pós-eficácia obrigacional foi pela primeira vez utilizada, embora sem menção expressa a ela, no início da década de 20.

Segundo o civilista Português, em 26 de setembro de 1925, o Tribunal Alemão decidiu que, depois de consumada uma cessão de crédito, o cedente continua obrigado a não tolher a posição do cessionário. Do mesmo modo, agora em 03 de fevereiro de 1926, outra sentença do mesmo tribunal estabeleceu que, expirado o contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência ao editor, procedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores. (CORDEIRO, 1984, p. 11-12)

Sendo assim, apesar das idas e vindas, o sobredito instituto vai, aos poucos, ganhando espaço no âmbito do judiciário, sendo várias as decisões que o aplicam na solução de casos concretos. No campo doutrinário, porém, a questão foi bem mais complicada. Mesmo porque as poucas obras que se ocupavam do assunto não passavam de meros comentários realizados em torno de algumas decisões judiciais, faltando, portanto, uma fundamentação teórica, unitária e coerente a respeito. Na verdade, ainda segundo Cordeiro, este é, até hoje, o tratamento doutrinário dispensado ao instituto, que é abordado em algumas poucas monografias ou em esparsos livros referentes ao Direito das Obrigações.

Na atualidade, contudo, com a maior atenção dispensada à boa-fé objetiva, as possíveis dúvidas que ainda restavam a respeito de sua aplicabilidade parecem ter sido suplantadas, sedimentando-se, também no campo doutrinário, a idéia de que é perfeitamente possível, sempre com base na boa-fé, a existência de obrigações que incidem após o cumprimento da prestação principal e, conseqüentemente, após a extinção do vínculo obrigacional.

Certo é, portanto, que, com a ampla aceitação, em alguns casos até mesmo legislativa, da cláusula geral de boa-fé objetiva, tornou-se inevitável falar em obrigações que vinculam as partes antes, durante e até mesmo após a extinção do vínculo obrigacional. Tudo isso, como foi dito, joga por terra, em definitivo, a idéia da vontade como fonte exclusiva dos efeitos decorrentes do vínculo obrigacional.

Ao mesmo tempo, também ressalta a importância do aspecto hermenêutico para o Direito Civil. Este, aliás, é o principal ponto a ser aqui ressaltado. Ora, como vimos, o advento do estado social deu origem a institutos que passaram a exigir uma atuação muito mais efetiva por parte do intérprete, o qual é chamado a concretizar princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que se caracterizam exatamente por pressuporem um

suporte fático mais amplo, a exigir do aplicador jurídico sempre uma atuação concretizadora.

Por tudo isso, a questão hermenêutica vem recebendo atenção especial nos mais diversos campos do Direito, intensificada, aliás, com o advento do Estado Democrático de Direito e a preocupação com a efetividade dos direitos daí advinda. Antes, porém, de analisar as transformações decorrentes do Estado Democrático de Direito, cumpre ressaltar as mudanças advindas do Estado Social para a autonomia privada.

3.10 A objetivação da autonomia da vontade: a proposta do Estado Social

Todas as transformações acima delineadas determinaram uma acentuada mudança também na forma de conceber a até então denominada autonomia da vontade, levando a concluir que, ao contrário do que se acreditava, não é a vontade a fonte determinante dos vínculos obrigacionais, o que significa que não é o elemento anímico a causa geradora dos direitos e deveres.

Essa nova concepção torna-se ainda mais evidente a partir da difusão dos contratos de adesão, conseqüência da sociedade de consumo, os quais dão origem a uma nova forma de relação contratual, cujo conteúdo é determinado apenas por uma das partes. Neste caso, não há que se falar em negociação prévia das condições. É o que ocorre, por exemplo, quando celebramos contrato com as prestadoras de serviços públicos essenciais, como a companhia energética e de água.

Nesse sentido, cumpre transcrever as observações de Carlos Alberto da Mota Pinto, que muito bem definiu essa modalidade contratual. Conforme ressalta o jurista português, nos contratos de adesão,

[...] uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula prévia e unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado. (PINTO, 2005, p. 113)

Ao analisar essa modalidade contratual, afirma Fiuza que a massificação dos contratos está diretamente ligada à concentração industrial e comercial, a qual reduziu o número de empresas, aumentando-as em tamanho. Segundo o civilista mineiro,

[...] a massificação das comunicações e a crescente globalização acirraram a concorrência e o consumo, o que obrigou as empresas a racionalizar para reduzir custos e acelerar os negócios: daí as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão. (FIUZA, 2006a, p. 38)

Diante dessa nova modalidade contratual, muito se discute acerca do verdadeiro papel da vontade. A esse respeito, não faltam autores que entendem que, diante do contrato de adesão, a autonomia reside não na possibilidade de estabelecer seu conteúdo ou cláusulas, mas, sim, na possibilidade conferida a todos de celebrá-lo ou não.

O problema, porém, é que essa modalidade contratual surge normalmente em setores no qual o fornecedor está em condições privilegiadíssimas, tendo, na maioria das vezes, inclusive, o próprio monopólio do bem que se pretende contratar. Por isso mesmo, nestes casos, a tão propagada liberdade é mais fictícia ou teórica do que propriamente real. Assim, por exemplo, será razoável afirmar que temos, de fato, a opção de não aderirmos aos contratos para fornecimento de alguns serviços essenciais, como a água ou a luz?

Na verdade, sustentar a liberdade contratual em situações como esta é o mesmo que dizer que podemos optar por assinar o contrato ou ficar sem água em casa. Ora, se este é um produto essencial para a vida humana, se não sobrevivemos sem ele, onde está a liberdade?

Ademais, não podemos nos esquecer também dos contratos obrigatórios, como o DPVAT, os quais jogam por terra, definitivamente, a idéia de que é a vontade a força geradora das relações obrigacionais.

Neste último caso, como bem notou Barcellona (2006, p. 320-330), a aludida obrigatoriedade decorre da essencialidade do serviço em relação às necessidades da coletividade, que, por si só, justifica uma redução bastante acentuada na esfera de liberdade privada. Assim, por exemplo, quando uma pessoa guia seu carro, é natural que exponha a riscos a coletividade, podendo ocasionar um acidente que venha a acarretar, além dos prejuízos econômicos, danos à vida alheia. Daí a obrigatoriedade da celebração do sobredito contrato. Até porque, não obstante a provável condenação em caso de danos culposos, nada nos assegura que o agente causador terá condições de ressarcir-los, podendo ficar a vítima em total desamparo.

Levando em conta o ordenamento jurídico italiano, aponta Sacco vários exemplos de obrigação de contratar. Segundo este autor,

Obrigações legais de contratar emergem dos artigos 1679, 2597, c/c os artigos 52 e 54 da lei sobre invenções industriais, art. 187 do regulamento da segurança pública (03/06/1940, n. 713), art. 19, 22/04/1943, n. 245, art. 187 do Código Civil; sobre o

tema também exerce papel importante a normativa *antitrust*.

A norma de mais ampla extensão é dada pelo art. 2597: 'Quem exercita uma atividade em condições de monopólio legal tem a obrigação de contratar com qualquer um que requeira as prestações que formam objeto da atividade, observando a igualdade de tratamento.'⁴⁴ (SACCO, 1996, p. 483-484, tradução nossa)

Certo é, portanto, que toda a evolução acima apontada importa o declínio do dogma da vontade contratual, o que significa que a vontade deixou de ser vista como principal fonte ou causa dos efeitos jurídicos advindos das relações contratuais. Nesse sentido é também a lição de Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova:

Formulando uma conclusão de tipo conceitual, que vai bem além do nosso ordenamento e da nossa época, o contrato é, ao invés, um instrumento da autonomia dos privados e dos entes públicos: mas, como não é o único instrumento de autonomia, assim não é sempre instrumento de autonomia, podendo ser também modo de cumprimento de uma obrigação precedente. (SACCO; DE NOVA, 2004, p. 305, tradução nossa)⁴⁵

3.10.1 As teorias objetivas da formação do contrato

As teorias objetivas nascem, como dito, a partir das críticas formuladas ao caráter abstencionista do Estado Liberal e à primazia atribuída à vontade como fonte geradora de efeitos jurídicos.

Após longo período evolutivo, chegou-se à conclusão de que, se realmente fosse a vontade a fonte dos efeitos jurídicos, todos os efeitos desejados pelas partes deveriam, necessariamente, se verificar. Em contrapartida, aqueles não desejados em hipótese alguma poderiam ocorrer. Tal fato, como se sabe, está muito longe da realidade. Até porque é ponto pacífico na doutrina que, ao ser realizado o negócio jurídico, podem não se verificar os efeitos pretendidos pelas partes, como podem se concretizar conseqüências distintas (e até mesmo contrastantes) em face da aludida vontade.

⁴⁴ Obblighi legali a contrattare emergono dagli artt. 1679, 2597, c.c., artt. 52 e 54 della legge sulle invenzioni industriali, art. 187 del regolamento di pubblica sicurezza (r.d. 3-6-1940, n. 713), art. 19, r.d.l. 22-4-1943, n. 245, art. 187 c.c.; in tema può avere un ruolo anche la normativa antitrust.

La norma di più ampio respiro è data dall'art. 2597: "Chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento."

⁴⁵ Formulando una conclusione di tipo concettuale, che va ben al di là del nostro ordinamento e della nostra epoca, il contratto è bensì di norma uno strumento dell'autonomia dei privati e degli enti pubblici: ma, come non è l'unico strumento di autonomia, così non è sempre strumento di autonomia, potendo essere anche modo di adempimento di un precedente obbligo.

Em linhas gerais, portanto, as teorias objetivas caracterizam-se, exatamente, por desvincular os efeitos jurídicos da vontade manifestada, reconduzindo-os ao ordenamento jurídico (daí, aliás, seu caráter objetivo). Tais teorias surgem, inicialmente, a partir de estudos realizados por juristas alemães e italianos, sendo, a princípio, bastante influenciadas pelo regime nazi-fascista. Isso porque tal regime se contrapunha à concepção individualista liberal, tão propagada até então, reconhecendo a autonomia da vontade somente se apta a realizar uma função socialmente útil, segundo os fins superiores da nação.

Na realidade, o que fez o regime fascista foi se aproveitar da grave crise enfrentada pelo modelo liberal, apresentando uma resposta extremamente autoritária, a qual, porém, diante das dificuldades enfrentadas pela população, encontrou campo fértil para prosperar. Nesse sentido, cumpre trazer a lume, mais uma vez, a lição de Lucarelli:

Através da metodologia dos interesses, a ideologia totalitária modifica profundamente a estratégia de controle da autonomia privada mediante intervenções programáticas e operativas sobre situações subjetivas nas quais se exprime a tendência do ordenamento de antepor aos dogmas iluministas de acentuada sensibilidade ao controle direto das sucessões econômicas, mediante a funcionalização da autonomia privada aos fins do sistema.⁴⁶ (LUCARELLI, 1990, p.2, tradução nossa)

Com o passar do tempo, porém, é abandonada esta inspiração política, permanecendo, contudo, a filosofia intervencionista. Esta, aliás, vai caracterizar o novo paradigma de organização do Estado, o qual se destaca, exatamente, pelo predomínio dos interesses sociais sobre os individuais. Nesse contexto, a vontade, como elemento interno ou anímico, vai perdendo espaço para as manifestações externas, ou seja, para aquelas que podem ser percebidas a partir da declaração ou dos comportamentos adotados pelas partes contratantes.

É nesse sentido a lição de Emílio Betti:

Na verdade, a 'vontade', como fator psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, suscetível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada. (BETTI, 2003, p. 80)

⁴⁶ Attraverso la metodologia degli interessi, la ideologia totalitaria modifica profondamente la strategia di controllo dell'autonomia privata mediante interventi programmatici ed operativi sulle situazioni soggettive nei quali si esprime la tendenza dell'ordinamento ad anteporre ai dogmi illuministici l'accentuata sensibilità al controllo diretto delle vicende economiche, mediante la funzionalizzazione dell'autonomia privata ai fini del sistema.

É importante frisar, porém, que essas declarações ou comportamentos não são, ainda segundo Betti, a simples exteriorização de um estado de espírito interno, ou de um propósito. Ao contrário, segundo o autor,

[...] declaração e comportamento são a realização ordenadora de uma linha de conduta, em confronto com outras disposições, por meio das quais o indivíduo regula as suas relações com outros, e que têm, portanto, uma relevância essencialmente social e uma eficácia operativa própria, que não é válida de outra forma: eficácia que, primeiro se manifesta, logicamente no plano social, e depois, graças à sanção do direito, se destina a produzir-se também no plano jurídico. (BETTI, 2003, p. 81)

Como se vê, toda essa mudança advém da nova perspectiva adotada pelo ordenamento, o qual passou a se preocupar menos com aquele que emite a vontade e mais com os destinatários desta. Tal postura foi também ressaltada por Cláudia Lima Marques, segundo a qual:

É tempo de alterar o ponto de concentração do Direito Civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de marketing agressivo ou emotivos de venda. (MARQUES, 1998, p. 101)

Por isso mesmo, a expressão autonomia da vontade vem sendo substituída por outra, mais adequada a essa nova concepção, capaz de pôr em destaque, portanto, o aspecto social em detrimento da vontade individual. Trata-se da expressão “autonomia privada”, a qual pretende eliminar, exatamente, a carga individualista e liberal existente na expressão anterior.

Apesar de toda a controvérsia a respeito e embora muitos afirmem que os dois termos sejam sinônimos, define-se a autonomia privada como o poder de regulamentação conferido pelo ordenamento aos interessados no intuito de dispor acerca dos próprios interesses. Trata-se, portanto, de uma forma de auto-regulamentação dos interesses pessoais.

Visando a distinguir as duas expressões, pondera Fiuza:

A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais. (FIUZA, 2004, p.379-380)

No mesmo sentido, entende Amaral (2002, p. 335) que “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.” Ainda segundo este autor:

[...] quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, obviamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal. (AMARAL, 2002, p. 335-336)

Por sua vez, observa Bruno Torquato que:

A denominação autonomia privada veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é o objeto do direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência por esta posição e, conseqüentemente, pela expressão autonomia privada. (NAVES, 2003, p. 82)

Como se percebe, essa nova forma de conceber a autonomia privada põe em realce um aspecto menos subjetivista e, por isso, mais voltado para a realidade social, preocupando-se não mais com a manifestação de vontade em si, mas, sim, com os efeitos que o ordenamento jurídico atribui expressamente a ela.

Toda essa preocupação social com a realização dos contratos é, sem dúvida alguma, pertinente. Mesmo porque, como bem ressalta César Fiuza, celebramos contratos desde o momento em que nos levantamos até irmos dormir. Assim, não é exagero afirmar que vivemos no universo dos contratos. (FIUZA, 2006a, p. 39)

Por tudo isso, o fenômeno contratual assume uma importância que extrapola em muito o caráter meramente individual, tornando-se, com certeza, um dos mais importantes instrumentos do mundo moderno. É o que observa, uma vez mais, Lorenzetti:

A análise particularizada no contrato impede, muitas vezes, perceber a globalidade do negócio celebrado. A venda a baixo preço (contrato) pode objetivar a eliminação de um concorrente (negócio) e transformar-se em ilícita à luz da regulamentação da concorrência. (LORENZETTI, 1998, p. 541)

Desse modo, segundo o civilista argentino, o contrato, nos termos em que é concebido na atualidade, não pode mais ser tratado como um assunto meramente individual. Ao contrário, ele deve ser reconhecido como uma instituição social, a qual não afeta somente os

interesses dos contratantes. Daí, portanto, a legitimidade do controle exercido pela sociedade, representada pelo Estado e outras entidades soberanas, à qual “atribui-se o controle de uma parte essencial do Direito Contratual’.” (SANTOS BRIZ, *apud* LORENZETTI, 1998, p. 551)

Intimamente ligada à teoria objetiva, ganha espaço também a chamada teoria preceptiva, a qual ressalta ainda mais a idéia do contrato na condição de fenômeno econômico-social. De acordo com esta corrente, as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada (FIUZA, 2006a, p. 38-39).

Também nesse sentido, assevera Azevedo que:

[...] quer-nos parecer que uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico. (AZEVEDO, 2002, p.21)

De todo modo, prevalecendo a doutrina objetiva ou a preceptiva do negócio jurídico, não há como negar que houve uma ampliação considerável das restrições impostas ao exercício da liberdade negocial, decorrente da crescente intervenção do Estado nas relações econômicas.

3.11 A crise do Estado Social e a busca de novos paradigmas

O problema, porém, é que a evolução histórica foi, aos poucos, evidenciando também as falhas apresentadas pelo aludido modelo de organização estatal (o Estado Social). Tal fato se explica, principalmente, em virtude das dificuldades advindas de uma demanda social cada vez maior, a qual o ente estatal, em virtude das diversas crises econômicas vivenciadas ao longo do século XX, não conseguia suprir. Por isso mesmo, falou-se na falência do Estado, trazendo à tona todas as deficiências apresentadas pelo modelo de organização então dominante.

Como se vê, enquanto havia crescimento econômico e alta arrecadação tributária, o Estado Social pôde sofisticar-se, oferecendo serviços públicos cada vez melhores. A educação

era inteiramente pública e gratuita; a assistência médica, além de acessível a todos, tinha qualidade indiscutível.

Tais fatos, inegavelmente, acarretaram grandes avanços, implicando melhoria considerável dos índices de desenvolvimento humano. Acontece, porém, que essas conquistas estavam restritas aos países desenvolvidos. Até porque, como foi dito, os países em desenvolvimento estavam às voltas com ditaduras e golpes de Estado, evidenciando uma democracia frágil e incapaz de assegurar um mínimo de qualidade de vida à população menos favorecida. Nesse sentido, convém citar, mais uma vez, as observações de Streck, segundo o qual:

[...] a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...]. (STRECK, 2007, p. 24)

De todo modo, a capacidade do Estado de resistir a crises (mesmo dos mais desenvolvidos e prósperos) tinha limites de intensidade e duração, e poucos contavam com a grave crise econômica das décadas de 70 e 80, que acarretou uma diminuição brusca da arrecadação tributária.

Em um primeiro momento, no entanto, o Estado ainda conseguiu absorver o impacto. Mesmo porque vinha se preparando para isso há algum tempo, trabalhando com a idéia de *superávit e déficit* orçamentário, isto é, poupar nos momentos de abundância para enfrentar as situações de crise.

O problema foi que a crise se aprofundou, diminuindo, de forma alarmante, a capacidade do Estado de apresentar respostas à crescente demanda social, ficando mais frágil justamente no período em que era mais requisitado.

Assim, começaram a ruir também os fundamentos do Estado Social, tornando-se bastante adequado o momento para a penetração de uma nova proposta econômica, qual seja, a neoliberal, já presente como uma crítica ao Estado Social desde o pós-guerra. (MAGALHÃES, 2002, p. 70-71)

A esse respeito, afirma Perlingieri que a política do bem-estar social e da justiça coletiva teve atuação distorcida e parcial, caracterizada pela proliferação caótica de leis especiais, algumas vezes de limitadíssimo relevo coletivo, sem contar a dilatação do poder

administrativo (burocracia), fonte de grandes distorções, como a corrupção, por exemplo. Segundo ele,

A complexidade da vida associada à crescente dependência das prestações públicas formam as premissas para uma invasão do poder burocrático na sociedade civil e multiplicam as ocasiões de corrupção ou de abuso do poder político-administrativo com o fim de obtenção do poder pessoal. Despesas sociais sempre maiores, dificuldade de controlar a qualidade e a equidade no fornecimento dos serviços, proliferação de conflitos, confusão de poder político e econômico, difusão de egoísmos e velhos e novos particularismos completam o quadro da crise do Estado social”⁴⁷ (PERLINGIERI, 2006, p.15, tradução nossa)

Também nesse sentido, afirma Dierle Nunes (2005, p. 61) que tanto o paradigma liberal burguês quanto o de Estado Social “partem de uma naturalização de certezas que é incapaz de apreciar, de modo adequado, as peculiaridades de cada caso concreto face ao contexto do pluralismo social, político e cultural em que nos encontramos.”

⁴⁷ La complessità della vita associata a la crescente dipendenza dalle prestazioni pubbliche formano le premesse per una invasione del potere burocratico nella società civile e moltiplicano le occasioni di corruzione o di abuso del potere politico-amministrativo a fini di conseguimento del potere personale. Spese sociali sempre maggiori, difficoltà di controllare la qualità e l'equità nell'erogazione dei servizi, proliferazione di conflitti, confusione di potere politico ed economico, diffusione di egoismi e particolarismi vecchi e nuovi completano il quadro della crisi dello Stato sociale.

4 O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO FENÔMENO JURÍDICO

A nova mudança do paradigma estatal trouxe consigo a premente necessidade de se buscar efetividade aos direitos e garantias fundamentais até então reconhecidos. Como se sabe, tanto o Estado Liberal como o Social trouxeram conquistas inegáveis. O primeiro, no sentido de impor limites à atuação estatal, protegendo o cidadão contra a figura opressora do Estado. O segundo, por impor uma postura ativa a este, fundamental na tentativa de eliminação (ou pelo menos redução) dos graves desajustes sociais, advindos principalmente do modelo anterior.

Acontece, porém, que apesar das conquistas alcançadas, a humanidade ainda está muito distante de todas as promessas realizadas com o advento da modernidade. Não obstante o longo rol de direitos fundamentais reconhecidos, ainda é patente o alto nível de miséria e exclusão social, hoje difundido pelos quatro cantos do mundo.

Nesse sentido, muito embora boa parte da pobreza ainda esteja localizada em países periféricos, a maioria deles na América Latina, Ásia e, principalmente, na África, é inegável que também os chamados países ricos vivem às voltas com graves problemas econômico-sociais. Tanto é verdade que a Europa e os Estados Unidos vêm sofrendo com alto índice de desemprego e marginalização, reflexo de um sistema capitalista no qual a concentração de renda passou a ser condição necessária para aumento de produtividade. Mesmo entre aquelas pessoas que dispõem de um trabalho fixo, não há como negar a brusca queda de seu poder aquisitivo, agravada pelos efeitos nefastos da inflação, como a que vem assolando o continente europeu desde a implantação do Euro.

Sem contar, ainda, o enorme problema habitacional que, em virtude da especulação imobiliária, assim como do aumento descontrolado da população, advindo principalmente do enorme fluxo de imigrantes ilegais, fez com que o valor dos imóveis atingisse patamares exorbitantes, outrora sequer inimagináveis. Como consequência, graves crises econômico-

sociais têm-se difundido em alguns países.

É o caso, por exemplo, da decorrente da enorme inadimplência dos mútuos habitacionais anunciada nos EUA em agosto de 2007, ou, mais recentemente, a que levou à falência alguns dos maiores bancos do mundo, também no território norte-americano. Tais problemas, dentre outros, tornaram-se temas de longos debates, sobretudo pelo efeito devastador na economia, principalmente nos chamados mercados emergentes, como o nosso.

Certo é que, apesar das importantes conquistas – a maioria alcançada a partir de memoráveis lutas e reivindicações – também os países considerados desenvolvidos vêm-se às voltas com sérios problemas, sobretudo na área social. Daí, portanto, a eclosão de novos e intensos movimentos sociais, como o ocorrido na França, no início de 2006, deflagrado por imigrantes clandestinos, após acusações de racismo e exclusão social.

Esta, aliás, há muito se tornou uma dura realidade para todos estes países. Neles, a incontrolável imigração clandestina vem dando origem a guetos, ocupados por grandes contingentes de imigrantes ilegais, que vivem completamente à margem da sociedade. A maioria deles, em busca de uma melhor condição de vida, não mede esforços para alcançar o “sonho dourado”, sujeitando-se a situações degradantes, como a travessia pelo deserto do México até os EUA.

Neste último caso, mesmo aqueles que conseguem entrar no território americano passam a viver uma verdadeira epopéia pela sobrevivência, sendo perseguidos por um Estado opressor, que vê o imigrante como mais um delinqüente que, por isso mesmo, deve ser expurgado da sociedade, o que, na maioria das vezes, se dá por meio de mecanismos como a extradição. É a nova forma de *apartheid* do mundo moderno.

De todo modo, fenômenos que antes pareciam restritos aos países considerados pobres, como a fome, a prostituição infantil e a proliferação de favelas, hoje se espalham pelos quatro cantos do mundo. Trata-se, portanto, de um fenômeno mundial, que pode ser aqui denominado de “globalização da miséria”, que se vem alastrando como um câncer extremamente difícil de ser combatido. Tudo isso desperta a necessidade de encarar a pobreza não mais como um problema setorizado (restrito, portanto, a alguns países, sobretudo no Continente Africano), mas, sim, mundial.

Nesse novo contexto, a preocupação com a efetividade do extenso rol de direitos e garantias fundamentais ganha foro de grande atualidade e importância, gerando profundos debates nas mais diversas áreas do conhecimento. Desse modo, se o século XX tornou-se conhecido como a “era dos direitos”, na feliz expressão do jurista italiano Norberto Bobbio, o século XXI deve caracterizar-se pela busca da efetividade destes. Ora, de nada adianta a longa

relação de prerrogativas e garantias, se não lhes conseguimos assegurar um mínimo de aplicabilidade.

Na verdade, são esses os grandes dilemas da atualidade: como assegurar efetividade aos direitos fundamentais? Como transformar o discurso em ação, pondo em prática os direitos reconhecidos na maioria dos Códigos e Constituições? Nesse contexto, não podemos nos esquecer de que a sociedade moderna tem como característica básica a complexidade de suas relações, advinda, exatamente, da pluralidade de valores (éticos, culturais e religiosos) que as norteiam.

Sendo assim, a efetividade dos direitos passa a depender diretamente de sua legitimidade. Até porque, para que ele se torne eficaz em seu importante papel de integração social é fundamental que atenda as expectativas sociais, principalmente no que diz respeito a valores fundamentais, como a justiça e o bem comum. Eis, portanto, o grande desafio jurídico da atualidade. Ora, em uma sociedade tão diversa como a nossa, como conferir legitimidade ao fenômeno jurídico? Como tornar efetivo o longo rol de direitos e garantias fundamentais previsto, principalmente, na Constituição?

Em linhas gerais, são essas algumas das questões que marcam a pós-modernidade. Visando a enfrentá-las, uma corrente cada vez maior de juristas vem-se envolvendo com a questão pertinente à hermenêutica jurídica, buscando mecanismos capazes de assegurar efetividade, sobretudo, aos direitos fundamentais.

Nesse novo contexto, merece destaque o grande número de constitucionalistas voltados para o estudo do tema. São estes, juntamente com os jusfilósofos, os grandes precursores desta importante corrente do pensamento jurídico. Essa nova postura, na verdade, pelo menos no que tange aos constitucionalistas, deixa patente uma preocupação de ordem nitidamente prática, a qual pode ser facilmente explicada. Como se sabe, durante muito tempo, a Constituição não passou de um texto retórico e decorativo. De conteúdo quase poético, suas normas eram dotadas de pouquíssima eficácia prática. Isso porque a maioria delas era recebida pela doutrina com caráter meramente programático, sem, portanto, qualquer eficácia direta sobre as relações sociais.

Foi somente com o recrudescimento em torno da busca pela efetividade dos direitos fundamentais que o sobredito caráter programático dos dispositivos constitucionais passou a ser objeto de críticas. Mesmo porque, se buscamos efetividade para os tão festejados direitos e garantias fundamentais, é imprescindível que as normas nas quais estão consubstanciados tenham o máximo de eficácia prática, incidindo diretamente sobre as relações sociais.

Desse modo, à luz de toda a preocupação acima delineada, não mais se sustenta

qualquer teoria que negue às normas constitucionais vigência direta e imediata sobre as relações sociais, sejam elas públicas ou privadas. Assim sendo, o problema hermenêutico vem à tona com toda força, ganhando cada vez mais importância na seara jurídica.

Na verdade, é fundamental que assim seja. Isso porque é inegável que boa parte das normas presentes no Texto Constitucional é revelada a partir de textos assumidamente vagos, cujo suporte fático é quase sempre aberto, não delineando de maneira precisa, como ocorre em relação aos demais dispositivos legais, os contornos dos fatos ensejadores das conseqüências neles previstas. Por isso mesmo, é inconteste a necessidade de uma atuação concretizadora por parte do intérprete chamado a aplicar a norma, sempre à luz do caso concreto.

Importa salientar, porém, que tal fenômeno não deve se restringir ao Direito Constitucional. Ao contrário, sua presença se faz necessária em todos os ramos do Direito, inclusive naqueles mais refratários a mudanças, como é o caso do Direito Civil. Para tanto, contribui decisivamente o aumento da complexidade social, fruto de um avanço tecnológico impressionante, principalmente dos meios de comunicação.

Como mencionado, vivemos no mundo do instantâneo, do “*on line*”, um mundo em que as fronteiras entre os países parecem pertencer ao passado. Nele, todos estão conectados em uma grande aldeia global, na qual um grande evento, ou uma catástrofe ocorrida na Austrália ou no Japão chega aos milhões de lares dos brasileiros praticamente em tempo real. Quem não se lembra, por exemplo, do atentado de 11 de setembro, acompanhado ao vivo por bilhões de pessoas em todo o mundo? Ou da guerra do golfo e do Iraque, cenários típicos de ficção científica, nos quais as câmeras disputavam espaço com potentes tanques de guerra, tudo para captar e transmitir “*on line*” cada centímetro conquistado pelo exército americano?

Todo esse avanço reforça a tese em torno de uma verdadeira revolução tecnológica. Como se costuma ressaltar, em cem anos a tecnologia evoluiu muito mais do que em toda a história da humanidade. Por isso mesmo, a cada dia, o mundo parece girar mais rápido, acarretando transformações sociais numa velocidade frenética, assustando até mesmo os mais habituados ao aludido progresso.

Em vista do exposto, é evidente o descompasso entre a realidade e o fenômeno jurídico. Este, como bem ressalta Silva Filho (2003, p. XIX), continua ruminando conceitos e categorias forjados no passado, principalmente pelo Direito Romano e pelas codificações liberais, sem se dar conta, portanto, de sua total perda de ligação com a nova realidade, que cada vez mais lhe sufoca.

A esse respeito, no que tange ao objeto específico do presente estudo, é importante

observar que muitos juristas continuam definindo contrato como faziam os romanos, ou, ainda, nos termos defendidos pelos juristas do período revolucionário francês. Nesse sentido, afirma-se que contrato é simples acordo entre duas ou mais vontades, capaz de gerar efeitos no mundo jurídico, os quais decorreriam diretamente da vontade manifestada.

O problema, porém, é que, cada vez mais, a realidade parece destoar da noção acima apresentada. No novo contexto, o predomínio dos contratos de adesão, juntamente com o crescimento do número dos contratos obrigatórios, impõe uma nova concepção, que muito se distânciava daquela até então predominante. No mundo da tecnologia, boa parte das compras do comércio passou a ser realizada por meio da internet, sendo que um dos contratantes (mais especificamente o comprador) irá simplesmente aderir às condições previamente estabelecidas pelo outro (o vendedor), não havendo qualquer margem de liberdade para a negociação das cláusulas ou conteúdo do pacto.

Neste caso, a manifestação de vontade se limita a marcar com um “X” na opção “li e aceito todas as condições do contrato”. Para piorar a situação, na grande maioria das vezes, tais condições estão redigidas em letras pequenas e de maneira bastante técnica, dificultando a compreensão até mesmo de profissionais da área jurídica, quanto mais da grande parcela da população composta de pessoas com baixo nível de escolaridade, que, aos poucos, parece acordar do impacto sofrido em função das novas conquistas tecnológicas. Este contingente forma uma nova classe de excluídos, composta justamente por aqueles que ainda não dispõem e nem dominam os potenciais da nova tecnologia.

Como se vê, o descompasso é evidente. Enquanto muitos continuam atribuindo à vontade o papel de fonte geradora de efeitos obrigacionais, as relações contratuais estão cada vez mais standardizadas, sendo as cláusulas contratuais estabelecidas por apenas uma das partes contratantes.

A esse respeito, merece destaque a criação e aumento de adeptos do *Second Life*, o qual vem despontando com enorme força neste início de século. Nele, dá-se a construção de um novo mundo, uma verdadeira “segunda vida”, que se passa inteiramente na internet. Nesta “nova vida”, cada usuário possui um *avatar* (nome dado ao personagem vivido pelo internauta), o qual pode fazer tudo o que sempre sonhou: voar, manter-se eternamente jovem, atender a todos os padrões de beleza, enfim, realizar aquilo que muitas vezes não consegue na vida real, uma verdadeira Pasárgada de [Manuel Bandeira](#) (1886-1968).⁴⁸

⁴⁸ Referência ao poema “Vou-me embora pra Pasárgada”, em que o poeta brasileiro, para fugir das limitações impostas pela tuberculose, inventa um lugar ideal para viver: “Vou-me embora pra Pasárgada, lá sou amigo

Como se percebe, o *Second Life* parece destinado a apaziguar (ainda que de forma ilusória) sérios problemas psicológicos. Os objetivos são, sem dúvida alguma, bastante evidentes: ora, se na vida real não se consegue ser ou atingir aquilo que se gostaria, nada mais conveniente do que buscar refúgio em um “novo mundo”; um mundo no qual todos os sonhos e expectativas podem, num toque de mágica, ou melhor, com um clique no *mouse*, tornar-se realidade. Daí, portanto, o aumento impressionante do número de adeptos deste novo jogo da “vida real”.

Ocorre que, à parte todas as questões de cunho sociológico, os problemas jurídicos daí derivados são também preocupantes. Embora não se pague para fazer parte desta nova mania mundial, boa parte das relações lá estabelecidas pode assumir um caráter econômico. Assim, por exemplo, é possível comprar “um terreno”, ou até mesmo uma ilha paradisíaca, desde que o interessado esteja disposto a pagar por eles.

Do mesmo modo, um profissional liberal, como um advogado, por exemplo, pode se cadastrar no novo sistema para oferecer seus serviços. Daí, porém, surge uma complexa e infundável gama de problemas. Vamos imaginar, por exemplo, que uma determinada pessoa, nos EUA, receba para prestar algum tipo de serviço a outra que se encontra no Brasil. Esta, insatisfeita com o serviço prestado, ou se sentindo lesada por algum charlatão, resolve recorrer ao Judiciário para ser ressarcida pelos prejuízos sofridos. A esse respeito, não é demais ressaltar que o próprio Texto Constitucional assegura, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada da apreciação do judiciário. Diante do exposto, pergunta-se: qual é o foro competente para a propositura da presente ação? Que normas irão reger tais relações contratuais? Como executar uma possível sentença condenatória? No mesmo sentido, cumpre indagar acerca das fontes das referidas cláusulas ou normas contratuais.

Tradicionalmente, tais normas sempre foram fixadas pelas partes contratantes. Ou, mesmo tratando-se de um contrato de adesão, cabe a uma delas estabelecer os principais efeitos e conseqüências dele decorrentes. No caso em questão, porém, não ocorre nem uma coisa nem outra. Até porque as regras (se é que elas existem de forma clara) parecem ser fixadas pela empresa responsável pelo “jogo”. Daí, portanto, deriva todo o problema. Mesmo

do rei, lá tenho a mulher que eu quero, na cama que escolherei (...)” Texto extraído do livro *“Bandeira a Vida Inteira”*, Rio de Janeiro: Editora Alumbamento, 1986, pág. 90.

porque a ficção pode acarretar sérias conseqüências no mundo real. Por isso, a necessidade de uma atenção especial ao problema em questão, buscando sempre instrumentos para entender a nova realidade e, principalmente, resolver novos conflitos que daí possam surgir.

Certo é, portanto, que, no contexto atual, a grande maioria das relações contratuais pressupõe uma restrita liberdade de negociação, cabendo a uma das partes, caso queira obter realmente o objeto ou serviço oferecido, apenas aceitar as condições já impostas pela outra. Liberdade, aliás, que fica ainda mais comprometida quando pensamos que práticas comuns no mundo capitalista, como o cartel e o monopólio, uniformizam não apenas os preços, mas também as demais condições de aquisição dos bens de consumo.

Sendo assim, os resquícios de liberdade que ainda existiam, caem definitivamente por terra, levando consigo a idéia tradicional de contrato que, paradoxalmente, continua presente em boa parte dos manuais de Direito Civil. Mas, a que se deve este fato? Como explicar tamanho descompasso entre o fenômeno jurídico e a realidade social? No mundo da transmissão instantânea de dados, da internet e de suas incríveis potencialidades, como explicar que a dogmática jurídica continue apegada a conceitos e institutos cunhados em um contexto completamente diverso do atual?

Este é, sem dúvida alguma, o grande desafio jurídico da atualidade, o qual pressupõe a atualização da ciência jurídica, tornando-a adequada aos valores e sentimentos de uma sociedade completamente diversa da que existia no período das grandes codificações. Trata-se, na realidade, de um problema que há muito deixou de ter um caráter puramente dogmático ou formal, assumindo, ao revés, nos termos da doutrina heideggeriana, um caráter ontológico, essencial para a eficácia do fenômeno jurídico.

Por isso mesmo, diante de uma realidade cada vez mais dinâmica e complexa, na qual estamos irremediavelmente inseridos, os juristas parecem cada vez mais perdidos. Isso porque tentam se adaptar ao novo contexto a partir de instrumentos que há muito perderam ligação com a nova realidade. Tal fato, ainda não percebido pela maior parte da doutrina, deixa patente a inconsistência da tese daqueles que, nas pegadas da escola positivista, apregoam a neutralidade dos institutos jurídicos, como se fossem uma massa de modelar, podendo ser trabalhada pelo artista (no caso o operador jurídico) para ser adaptada de acordo com sua simples conveniência.

A esse respeito, visando a elucidar o sobredito descompasso, Streck, de maneira precisa, afirma que toda a problemática em questão parece estar vinculada à combinação entre dois paradigmas distintos, quais sejam, o paradigma neoliberal e o da filosofia da consciência. Segundo ele, a dogmática jurídica atual padece em virtude de

[...] uma espécie de fusão/imbricação entre o paradigma (neo) liberal-individualista e o paradigma da filosofia da consciência, que têm um terreno fértil para se concretizarem, mormente em uma sociedade como a brasileira, em que a) o Código Civil é proveniente de uma sociedade pré-liberal e urbana⁴⁹; b) O Código Penal é produto de uma sociedade que há pouco ingressara no liberalismo, voltado a uma (nova) clientela fruto da mudança da economia ocorrida a partir da revolução liberal de 1930; c) O Código Comercial é do século XIX; e d) o Código de Processo Civil, na mesma linha dos demais Códigos, estabelece mecanismos que protegem explicitamente os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais. A (dupla) crise se instala, pois, na emergência de novos conflitos e novos mecanismos de resolução de conflitos e no papel que o Direito assume no interior de um novo modelo de Estado. (STRECK 2007, p.65)

De fato, não há como negar a atualidade das observações de Streck. Em primeiro lugar, por mais que os princípios intervencionistas do Estado Social tenham influenciado grande parte dos ordenamentos do mundo ocidental (mesmo que, na maioria deles, o referido modelo não tenha sido efetivamente implantado), as idéias liberais parecem exercer um eterno fascínio sobre o mundo jurídico. É como se elas fossem inerentes ao próprio sistema capitalista que, desse modo, está sempre disposto a acolhê-las, ora com maior ou menor intensidade. Daí, aliás, a defesa, tão difundida na atualidade, do recrudescimento dos valores liberais, dando origem à crença em torno de um novo modelo de Estado, o neoliberal.

O segundo aspecto, também ressaltado por Streck, diz respeito à vinculação a um paradigma filosófico ultrapassado, o qual, no entanto, ainda predomina na maior parte do conhecimento científico, conhecido como filosofia da consciência.

Trata-se de uma corrente filosófica que está intimamente ligada ao movimento iluminista e à adoção do modelo matemático como paradigma para todos os ramos do conhecimento científico. Seu surgimento deriva, principalmente, da influência exercida pelos trabalhos realizados por Hobbes, Leibniz e Descartes, filósofos que muito contribuíram para o desenvolvimento do conhecimento científico, sobretudo na área das Ciências Exatas.

Tal corrente parte do princípio de que o homem, sempre através da razão, pode conhecer todas as leis que regem o universo, logrando antecipar a ocorrência de todo e qualquer fenômeno, exatamente por conhecer as condições nas quais ele ocorre. Com isso, pretendia-se substituir a explicação mitológica (ou religiosa) do universo pela explicação de caráter racional.⁵⁰

⁴⁹ Apesar de fazer referência ao Código de 1916, ressalta o autor a entrada em vigor, em janeiro de 2003, do atual Código Civil, o qual, porém, muito pouco contribuiu para a mudança do sistema jurídico nacional. Como se viu, o “novo” Código manteve a mesma estrutura criada pelo anterior, apenas adaptando a legislação civil às mudanças advindas da Constituição de 1988 (esta sim inovadora, sobretudo na escolha da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico).

⁵⁰ Assim, ao invés de explicar as catástrofes ou períodos de bonança como castigo ou presente dos deuses, respectivamente, o homem passou, por meio da observação e indução (enfim, do método), a estabelecer leis

O problema, contudo, é que, de forma muito mais profunda, acabou sendo substituído o próprio mito religioso por outro mito, o da razão, a qual passou a ser considerada fonte de todo o conhecimento válido, capaz de resolver todos os problemas da humanidade. Daí, aliás, a origem da maioria das promessas decorrentes do advento da modernidade, as quais, porém, conforme ressaltado, ainda estão distantes de serem totalmente implementadas, pelo menos para a maior parte da população mundial.

De todo modo, as conquistas alcançadas despertaram tamanho fascínio que acabaram sendo determinantes para alçar o conhecimento científico à categoria de único conhecimento válido, além de único dotado de certeza quanto ao resultado obtido. Isso porque pressupunha, como requisito indispensável para sua obtenção, a adoção de um determinado método.⁵¹

Era este, aliás, que poderia comprovar a veracidade do resultado obtido. Somente ele poderia transmitir validade ao aludido resultado, distinguindo o conhecimento científico do conhecimento “vulgar”. Este, de acordo com o pensamento então dominante, poderia até estar correto, mas, em virtude da não observância de um procedimento metódico, não teria como ser comprovado.

Por outro lado, em face dos avanços alcançados pelas ciências naturais, tornou-se corrente estabelecer como válidos apenas os métodos empregados pelas ciências naturais. É o caso, por exemplo, da observação, indução e dedução, os quais sempre se destacaram nos estudos realizados por tais ciências. Assim, passou a prevalecer a tese de que todos os campos do conhecimento científico, como é o caso das ciências sociais (aí incluído o Direito) teriam que se valer dos mesmos métodos caso quisessem obter um conhecimento verdadeiro e comprovável.

Como consequência, buscou-se restringir o fenômeno jurídico a meros nexos de causalidade, ou seja, a nexos entre causas e consequências, verificáveis por intermédio dos mesmos procedimentos metódicos. A esse respeito, conforme afirma Leibniz, o “verdadeiro método, considerado em toda sua extensão, é uma coisa, no meu entendimento,

que pudessem captar os fenômenos em sua totalidade, proporcionando critérios para antever as situações em que eles poderão ocorrer. Por tudo isso, não é difícil imaginar o fascínio que essa mudança de perspectiva causou na história da humanidade. O que antes era visto como fruto da vontade divina, absolutamente incontrolável, passou a ser entendido como fenômeno racional, compreensível e, principalmente, passível de controle. Daí, portanto, todo o prestígio alcançado pelo conhecimento científico, que passou a ser visto como portador da solução para todas as mazelas humanas. Como se vê, parte-se do mito religioso e chega-se ao mito científico. Este, aliás, é o maior responsável por boa parte das promessas realizadas com o advento da modernidade, a maioria, infelizmente, ainda muito distante da realidade da maior parte da população mundial, sobretudo de países emergentes, como o Brasil.

⁵¹ Método, de acordo com a noção tradicional, é todo caminho ou procedimento que deve ser seguido para a obtenção de determinado resultado. Assim, por exemplo, o químico, para chegar a um resultado que seja aceito como seguro, deve utilizar um determinado método. Neste caso específico, predominam como métodos habitualmente adotados, a observação, a experimentação e a indução.

completamente desconhecida até hoje, e é praticado somente nas matemáticas.” (LEIBNIZ *apud* MARTINS-COSTA, 1999, p. 149)

Desse modo, todo o conhecimento científico baseava-se na formulação de leis ou proposições, cujo objetivo era explicar fenômenos considerados imutáveis. Por isso mesmo, as leis explicativas também eram tratadas como invariáveis e universalmente válidas, visando apenas a captar, em toda sua totalidade e exatidão, as possíveis e constantes relações entre os fenômenos. Nesses termos, tal como ocorre com as pedras preciosas, as leis ou proposições aguardariam apenas o momento exato de serem apreendidas (captadas), pelo seu descobridor, ou seja, pelo cientista.

Tal postura acabou levando muitos a rechaçar o caráter científico das ciências do espírito. Isso porque, por terem como objeto um fenômeno mutável (tanto no tempo como no espaço), não se adaptam facilmente aos métodos empregados pelas ciências naturais. Como consequência, não faltam autores que contestam seu caráter científico, levando em conta exatamente a dificuldade de adequar os aludidos métodos a uma distinta categoria de objetos (não mais estáticos, como os das ciências naturais, mas altamente mutáveis, como os fenômenos históricos).

De todo modo, a influência do modelo matemático acabou repercutindo consideravelmente no campo jurídico, o que, aliás, pode ser facilmente constatado a partir da adoção do método lógico-dedutivo, responsável pelo rompimento com o pensamento tópico,⁵² até então predominante. Esta mudança de perspectiva implica uma profunda transformação no papel a ser desempenhado pelo jurista, o qual se vê restrito à dedução, a partir do ordenamento vigente, da regra aplicável ao caso concreto.

Com isso, pretende-se, sobretudo, pôr fim às incertezas decorrentes da investigação do fenômeno jurídico, as quais há muito incomodavam os operadores jurídicos, principalmente em função da pluralidade de fontes jurídicas, consequência da fragmentação do poder político que caracterizou toda a idade média. A esse respeito, não é demais ressaltar que, com a queda do Império Romano do Ocidente, a maior parte do poder político passou por uma ampla

⁵² O raciocínio tópico, desenvolvido a partir dos trabalhos realizados por Aristóteles, caracteriza-se por ser um discurso fundado sobre problemas concretos. Para tanto, leva-se em consideração diversos pontos de vista ou argumentos, denominados de *topoi* (daí, aliás, a origem do termo tópica). A partir destes, deve o jurista buscar a melhor solução para o caso concreto, ou seja, a solução mais justa para determinado problema. Como se vê, os *topoi* são apenas parâmetros ou critérios que devem ser confrontados com o caso concreto, não possuindo, porém, qualquer vínculo de obrigatoriedade. Este modelo, na verdade, assume enorme importância prática. Mesmo porque não dispunham os juristas, ainda, de um sistema de regras do qual pudessem deduzir a solução do caso concreto. Por isso mesmo, as opiniões doutrinárias e até mesmo uma boa parte das leis já existentes passaram a ser utilizadas como parâmetros (*topoi*), que, ao serem confrontadas com o caso concreto, trouxeram importantes subsídios para sua solução.

divisão, sendo distribuído entre o rei, a nobreza, a Igreja Católica e os senhores feudais.

No mesmo sentido, a invasão bárbara fez com que o Direito escrito, de origem Romana, perdesse grande parte de seu prestígio, cedendo espaço, pelo menos em determinadas regiões, aos usos e costumes de origem germânica, normalmente de caráter não escrito. Tudo isso contribuiu para a diversificação das fontes jurídicas, as quais passaram a assumir papéis e prestígio bastante diversos, dependendo sempre da região.

Nesse sentido, importa transcrever as observações de Martins-Costa, que muito bem discorreu sobre as características do Direito medieval. Segundo a autora,

[...] no discurso do jurista medieval, a argumentação não se fazia em termos dedutivos, através de processos lógicos de encadeamentos conformados a uma estrutura hierárquica de normas, segundo o modelo de uma pirâmide de ordem de importância no interior do sistema. Valendo o princípio da desigualdade - decorrência do particularismo -, impossível seria a busca de um ou de alguns princípios gerais que cobrisse o inteiro ordenamento, com validade abstrata e geral, de modo a evitar a contradição ou a lacuna entre regras.

Pelo contrário, o raciocínio do intérprete medieval 'desenvolve-se (...) a partir do confronto de vários pontos de vista conflituais e simultaneamente vigentes, cuja adequação e importância recíprocas são verificadas para cada caso concreto. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 74)

Com a formação dos Estados Nacionais, de caráter nitidamente absolutista, dá-se a centralização do poder político e, como consequência, a tentativa de unificação também do campo jurídico. Esta, na verdade, não deixa de ser uma das causas daquela. Mesmo porque é inconcebível falar em uma única fonte de produção jurídica em que o poder político encontrasse completamente fragmentado, como era na Idade Média. Por outro lado, sendo alcançada a unificação do poder político, nada mais conveniente, sobretudo para sua manutenção, que haja também a unificação das fontes de produção do Direito.

Por isso mesmo, foi a formação dos Estados absolutistas que acarretou a centralização, no ente estatal, inicialmente fundado na figura do rei, de todo o poder de criação do Direito. Para tanto, ganhou destaque especial, ao menos nos ordenamentos filiados ao sistema da *Civil Law*, a Lei, a partir de então considerada o principal instrumento de revelação das normas jurídicas. Tão importante era sua importância que, de forma completamente equivocada, começou a ser tratada como sinônimo de Direito. É como se todo o Direito pudesse ser abarcado no âmbito dos textos legais.

Como decorrência da racionalização e estatização do Direito, é possível apontar o surgimento de importantes movimentos e dogmas que marcaram a ciência jurídica. É o caso, por exemplo, do movimento pela codificação, o qual surgiu exatamente em função da pretensão estatal de obter o monopólio na criação do direito, como também em virtude do

ideal iluminista, que considerava possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias (marcante em toda a idade média) “por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei.” (BOBBIO, 1995, p. 55)

Também nesse sentido, afirma Martins-Costa que, na idéia de codificação,

[...] subjaz a noção leibniziana do direito como um sistema de definições certas, relativas a proposições que se articulam internamente, “ligando sujeitos (jurídicos) a predicados (jurídicos), proposições que são verdadeiras [porque demonstráveis pelo raciocínio, como nas matemáticas], e das quais, com regras de transformação das proposições que se encontram na ciência lógica, podemos assim alcançar outras proposições (jurídicas) verdadeiras e incluídas no sistema jurídico.” (MARTINS-COSTA, 1998, 151)

Diretamente ligado ao movimento pela codificação e à idéia do monopólio estatal na criação do direito, desenvolve-se o dogma da completude do ordenamento, intensamente defendido por várias correntes do pensamento jurídico. É o caso, por exemplo, da escola da exegese, que surgiu na França, logo após a criação do Código Civil de 1804, e que deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes, os quais seguiam o mesmo sistema de distribuição da matéria consagrada pelo legislador. Com isso, reduziam seus estudos à realização de comentários, artigo por artigo, do próprio Código. Daí, aliás, o nome da escola: exegese, que significa, exatamente, interpretação. (BOBBIO, 1995, p. 83)

Outra corrente do pensamento jurídico extremamente importante, que também sustentava a idéia de completude do ordenamento, foi o positivismo jurídico. Esta escola teve ampla repercussão no estudo do fenômeno jurídico em todo o mundo ocidental, pelo menos naqueles países filiados ao sistema da *Civil law*. Dentre suas características básicas, destacam-se, além da crença na completude e coerência do ordenamento jurídico, a idéia de que a legislação desempenha sempre papel preponderante como fonte do direito; outro ponto amplamente defendido por esta doutrina diz respeito à análise avalorativa do direito, o qual deve ser visto sempre como conjunto de fatos, cabendo ao jurista estudá-los como o cientista, pretensamente, estuda a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formular juízo de valor. (BOBBIO, 1995, p. 131-133)

Certo é, portanto, que, para a escola da exegese, assim como para o positivismo jurídico e demais correntes que se lhes seguiram, o sistema jurídico deve ser visto como um conjunto absolutamente perfeito de normas, capaz de oferecer respostas para todos os problemas que se apresentassem à apreciação judicial.

Ante todo o exposto, é inegável a crença em um direito único, construído à luz da

razão, que se aplicaria a todo o território de uma determinada nação e sempre de forma completa. Isso significa que os textos normativos, além de se apresentarem de forma sistemática e com grande clareza, deveriam ser completos, isto é, capazes de resolver todos os problemas levados a julgamento.

Toda a mudança acima delineada vai-se refletir de forma marcante nos mecanismos de produção do fenômeno jurídico, de modo que os papéis na revelação do direito passaram a ser muito bem definidos. Assim, por exemplo, os juízes, na condição de intérpretes do ordenamento, seriam meros aplicadores de um direito previamente estabelecido. Jamais poderiam, portanto, inovar em matéria jurídica. Esta seria uma atribuição privativa do legislador, dotado do monopólio na produção jurídica.

Com o advento da Revolução Francesa, tal posição torna-se ainda mais evidente. Mesmo porque, todo o movimento revolucionário francês esteve centrado na busca de delimitação do poder estatal. Para tanto, foi de grande importância o princípio da tripartição de poderes, proposto por Montesquieu, que, visando a delimitar o poder do monarca, dividiu as três principais funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) entre três órgãos distintos. Nesse sentido, a função legislativa e, portanto, de criar as leis, competia exclusivamente ao poder legislativo.

Em contrapartida, ao Judiciário seria conferida apenas a função de aplicação do direito, sempre visando a solucionar os casos *sub judice*. Para tanto, contudo, jamais poderia inovar quanto ao conteúdo da matéria jurídica. Por fim, o Poder executivo assumia a função meramente administrativa, também executando as leis previamente estabelecidas.

Essa postura acima delineada, como não poderia ser diferente, traz inegáveis reflexos também no campo hermenêutico. Nesse sentido, a tarefa interpretativa passa a ser compreendida como um simples processo silogístico, no qual a norma é tida como a premissa maior; o fato, a premissa menor; e a sentença, o resultado da subsunção desta em relação àquela.

Tudo se passa, portanto, de maneira extremamente lógica, racional, nos termos do método consagrado pelo modelo matemático. Nesse contexto, a segurança jurídica assume o *status* de valor máximo do ordenamento, superando até mesmo a justiça. Isso significa que, em determinadas circunstâncias, o próprio sentimento de justiça deve ser sacrificado para que seja mantida a lógica e a coerência do sistema.

Percebe-se, portanto, uma significativa inversão de valores. Como se viu, durante o predomínio do raciocínio tópico, o valor máximo era a justiça. Tudo girava em torno da necessidade de se ponderar ou confrontar determinadas proposições (consideradas obviamente

plausíveis) com o caso concreto. Com isso, buscava-se uma solução considerada justa ou adequada em face de uma situação conflituosa.

Ao contrário, com o advento das grandes codificações e, principalmente, com a crença na existência de um sistema racional e fechado de normas, seguido da adoção da interpretação silogística, o valor máximo passa a ser a segurança jurídica. A esse respeito, afirma-se que a criação de um sistema perfeito de normas (sem lacunas e antinomias) era suficiente para, além de assegurar a certeza nas decisões jurídicas, preservar também a justiça. É óbvio, porém, que tal posição somente se sustenta em face de uma concepção formalista do fenômeno jurídico, a qual, desde o início, se mostrou equivocada.

Como se vê, todo o fascínio em torno do método e da segurança jurídica vai dar origem ao primado da certeza sobre a verdade (da segurança sobre a justiça). Com isso, ainda que o discurso não se adequasse à realidade, devia ele ser considerado válido, desde que respeitasse os critérios internos de racionalidade.

Tal conclusão, aliás, pode ser fartamente demonstrada a partir de um grande número de decisões aberrantes, fruto de interpretações absurdas que, sob o pretexto de racionalidade e segurança jurídica, acabam adotando posições injustas, que destoam completamente dos valores e sentimento de justiça presentes em nossa sociedade.

Assim, por exemplo, tão logo foi aprovada a Constituição da República de 1988, veio à tona, mais uma vez, a discussão acerca da taxa de juros. Isso porque, nos termos do art. 192, parágrafo 3º,⁵³ os juros não poderiam exceder a taxa de 12% ao ano. (BRASIL, 2007, p. 92) Diante do dispositivo em questão, surgiram várias dúvidas, entre elas a que diz respeito à recepção pela nova ordem Constitucional do posicionamento consagrado na Súmula 589 do STF. Esta dispunha acerca da não incidência do Dec. 22.626/32 (Lei da Usura) em relação às instituições, públicas ou privadas, pertencentes ao sistema financeiro nacional, significando que as instituições financeiras estariam livres para adotar a taxa de juros que julgassem conveniente.⁵⁴

Com a entrada em vigor da atual Constituição, em vista de seu texto original, foi retomada a discussão. Mesmo porque o aludido dispositivo Constitucional não fazia qualquer distinção entre os possíveis destinatários da norma no que tange ao limite para a cobrança de

⁵³ De acordo com esse dispositivo legal “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

⁵⁴ A sobredita discussão, ao menos do ponto de vista Constitucional, perdeu a razão de ser em virtude da EC n. 40, a qual revogou a referida norma constitucional, perdendo o problema, portanto, o *status* de questão constitucional. Não obstante a mudança, persiste a discussão do ponto de vista infraconstitucional.

juros. Sendo assim, a princípio, não caberia ao intérprete estabelecer um tratamento diferenciado, isentando as instituições financeiras da observância da referida regra. Até porque, visando a usar o positivismo jurídico contra ele mesmo, deve ser aplicada a máxima: “onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete distinguir”. Assim, é mais do que razoável que a norma em questão estenda sua eficácia a toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, participante ou não do sistema financeiro nacional.

Infelizmente, porém, não foi essa a posição que prevaleceu. Contrariamente aos anseios sociais e, até mesmo, ao bom senso que o caso exigia e exige, entendeu o STF que o referido dispositivo constitucional, não obstante fixar um limite claro para a cobrança dos juros, carecia de regulamentação, não sendo, portanto, auto-aplicável. Com isso, além de resguardar os interesses da elite banqueira, nosso judiciário deixou evidente que mais vale a técnica, e a certeza dela advinda, que a justiça, ou seja, pouco importa a injustiça ou o absurdo da decisão proferida, desde que ela se assente em um raciocínio lógico-dedutivo, razoável apenas sob o ponto de vista técnico.

Neste sentido, afirma Martins-Costa que essa nova forma de pensar o direito nada tem a ver

[...] com a dialética e a tópica aristotélicas, as quais são substituídas pela lógica. Nada mais a ver, também, com a busca da harmonia e da solução que, atenta às circunstâncias do caso, seja tida como justa. O que se quer é a certeza da racionalidade logicamente apreensível, e o pensamento será moldado consoante uma estrutura interna e formal, vinculada à forma descritivo-expositiva. (MARTINS-COSTA,1998, p.149)

A idéia acerca de um sistema jurídico perfeito destaca-se também quando constatamos a presença do princípio do repúdio ao *non liquet*, ainda encontrado em grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais, incluindo o *nosso*. De acordo com ele, o juiz não pode eximir-se de julgar nenhum caso em função de lacuna ou obscuridade na Lei (art. 126 do CPC). Cabe ao magistrado, portanto, encontrar a solução adequada para todo e qualquer problema que lhe for apresentado, sempre à luz do ordenamento jurídico.

Para tanto, toda vez que ele deparar com uma aparente lacuna, devem ser utilizados os instrumentos estabelecidos pelo próprio ordenamento, como a analogia, os usos e costumes e os princípios gerais do direito. É, aliás, o que estabelece o art. 4º da LICC, o qual dispõe que “Sendo a lei omissa, o Juiz julgará o caso de acordo com a analogia, usos e costumes e os princípios gerais do direito”.

Como se vê, o aludido princípio (*non liquet*) põe em evidência a tese da completude

do ordenamento jurídico, que teve seu apogeu, conforme ressaltado, no período das grandes codificações e, sobretudo, com o enorme fascínio daí advindo. Tamanha a importância e influência deste princípio que a maioria dos países filiados ao sistema da *Civil Law* chegou a consagrá-lo expressamente em seus textos legais.

Ocorre que, apesar de toda a importância adquirida ao longo do tempo, o dogma da completude parece sofrer um duro e definitivo golpe com a profunda transformação social vivenciada ao longo do século XX e início deste século. Quando analisamos, por exemplo, o Código Civil de 1916 (no período que antecedeu sua revogação, ocorrida em janeiro de 2003) é fácil concluir pelo evidente descompasso entre seu texto original e as relações sociais travadas no início deste novo século. Mesmo porque o aludido Estatuto Civil nasceu de um projeto que foi apresentado ao Congresso Nacional em 1899, ou seja, em pleno século XIX.

Neste período, grande parte da sociedade brasileira ainda era essencialmente agrícola, vivendo e trabalhando na zona rural. Por sua vez, no campo internacional, predominava ainda a exportação de produtos não manufaturados (como a cana-de-açúcar e o café). Tal realidade, predominante durante séculos na nossa sociedade, contrasta radicalmente com a realidade vivida na atualidade.

A sociedade, que antes vivia no campo, passou a viver em grandes cidades, trabalhando principalmente nas indústrias e grandes conglomerados econômicos. A pauta de exportações, que antes estava restrita a produtos agrícolas, sofreu uma enorme diversificação, passando o país a exportar, além de minério de ferro e outras *comodities*, produtos extremamente elaborados, como carros e aviões.

No mesmo sentido, muitas são as críticas formuladas também em face do atual Código Civil, algumas delas ressaltando a omissão legislativa diante de temas modernos de grande importância (como, por exemplo, aqueles ligados ao avanço biotecnológico), conferindo, por outro lado, uma roupagem bastante conservadora em relação a outros.

Nesse sentido, critica-se, principalmente, o fato de o atual Código ser resultado de um projeto apresentado ao Congresso no início da década de 70, bem anterior, portanto, à Constituição de 1988, que representou uma verdadeira revolução para todo o ordenamento jurídico, sobretudo pelo ressaltado propósito de repersonalizá-lo.

Tudo isso fez com que entrasse em crise a idéia de completude do ordenamento. Ora, diante de uma sociedade cada vez mais dinâmica, tornou-se patente a incapacidade do legislador no sentido de acompanhar todas as transformações sociais. Por isso mesmo, ganhou evidência a questão das lacunas do sistema jurídico, além, é claro, do grave problema da incompatibilidade entre institutos tradicionais no meio jurídico – forjados ainda pelo Direito

Romano – e o novo contexto vivido pela sociedade atual.

4.1 A Filosofia da consciência e suas conseqüências para o fenômeno jurídico

Outra questão importante a ser ressaltada diz respeito à necessidade de superação da filosofia da consciência, a qual se mostra incapaz diante de uma realidade cada vez mais complexa. Como visto, tal filosofia constitui um paradigma que parte da distinção entre dois elementos completamente independentes, quais sejam, o *cogitans* (razão) e a matéria (objeto).

De acordo com este paradigma, tanto o homem (único ser vivo dotado de razão) como os objetos que lhe são externos são, além de distintos, totalmente autônomos. Com isso, os objetos passam a ser concebidos como algo que existe por si só, algo cujo sentido independente do sujeito que com eles se relaciona. Por isso mesmo, se acham sempre disponíveis, sempre prontos para serem captados (em toda sua inteireza) pelo procedimento metódico utilizado pelo cientista.

Desse modo, nos termos propostos por Gadamer, é característica marcante da filosofia da consciência analisar o ser dos objetos como simples presença (como algo que pode ser captado de uma vez por todas a partir do método empregado) e não como evento, ou seja, como algo que está sempre em aberto, e que nunca se mostra em definitivo.

Assim, nos termos do paradigma em questão, a linguagem assume importância apenas secundária, sendo concebida como simples instrumento ou veículo condutor de essências (desde sempre existentes). É como se a linguagem fosse apenas “uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. (STRECK, 2007, p. 18)

Vê-se, portanto, que, para a filosofia clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na simples captação da essência imutável das coisas, a qual, posteriormente, seria comunicada por meio da linguagem (mero instrumento utilizado para a transmissão do conhecimento). (STRECK, 2007, p. 129)

Como mencionado, no campo jurídico, a adoção do citado paradigma é percebida, principalmente, pela preocupação com a suposta “busca da verdade da norma”, ou o “correto sentido da lei”. É como se existisse algo intrínseco ao próprio dispositivo legal, que pudesse ser captado de uma vez por todas. Tal como se pensava (ou ainda se pensa) em relação às ciências naturais, também no Direito deveria existir um “sentido exato”. É como se lá ele sempre estivesse, cabendo ao operador jurídico apenas percebê-lo.

Tal concepção pode ser facilmente verificada a partir de algumas definições do que seja interpretação. Assim, por exemplo, entende Paulo Nader (2002, p. 255) que “Interpretar o Direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua finalidade, é pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador.”

No mesmo sentido, afirma Paulo Dourado de Gusmão (2005, p. 67) que “pelo processo interpretativo se estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas conseqüências jurídicas e os elementos constitutivos do caso típico previsto pela norma.”

Por isso mesmo, segundo opinião corrente, sendo esse “sentido exato” de fácil percepção, dispensa-se até mesmo a própria tarefa hermenêutica. Como afirma parte da doutrina, se a interpretação visa apenas a buscar um sentido normativo previamente dado, e se este salta aos olhos do intérprete no primeiro contato com o dispositivo legal, não há o que interpretar. Neste caso, a atividade hermenêutica restaria completamente inútil, sendo dispensável, portanto. É o que defende Washington de Barros Monteiro (1995, p. 39). Segundo este autor, “a lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo.”

4.2 Da impossibilidade de aplicação da máxima “*interpretatio cessat in claris*”

Em face da doutrina acima exposta, nasce um importante brocardo jurídico, segundo o qual “*lex clara non indiget interpretatione*”, ou, mais simplesmente, “*in claris cessat interpretatio*”. Isso significa que, sendo clara a lei, não haveria porque utilizar qualquer procedimento interpretativo.

Esse entendimento passou a gozar de grande prestígio no meio jurídico, sobretudo no período que sucedeu às grandes codificações. É importante frisar, porém, que nem todos os juristas pactuam de tal entendimento. Ainda que presos à concepção acima exposta, segundo o qual o interprete deve buscar o exato significado do texto legal, é amplamente dominante a tese de que a lei tem que ser sempre interpretada, por mais que aparentemente seja clara.

É, aliás, o que afirma Caio Mário da Silva Pereira:

Toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. (PEREIRA, 2005, p. 188)

No mesmo sentido é a lição de Roberto Lyra Filho, segundo o qual:

O que se diz já se acha vinculado, no conjunto, ao para que se diz, e o alcance de cada termo, em concreto, é determinado pelo fim, de tal sorte que (...) ‘fica o dito por não dito’, se o fim contrasta com a dicção; ademais, acrescentaríamos, a ciência moderna indica que o ‘dito’ não é um produto ‘gramatical’, mas social, como ‘código’ de expressão e comunicação, que instaura, em denotações e conotações, o social *ab initio* e não após um estabelecimento de alcance ‘gramatical’. As palavras e proposições (estruturas verbais) operam num conjunto de sinais que designam, desde logo, a estrutura social e as posições nela ocupadas pelo emissor e receptor da mensagem (...) o simples ‘dizer’ (...) não estabelece algo fixo, que *cessa in claris* e permanece inabalável, pois que refere uma carga semiológica (...) que não é fixa, porém móvel contraditória, segundo a estrutura social e a posição ocupada pelo “intérprete” (LYRA FILHO *apud* SILVA FILHO, 2003, p. 163)

Por fim, ainda no tocante ao tema, cumpre trazer a precisa lição de Castanheira Neves (2003), o qual afirma que a referida tese (*interpretatio cessat in claris*) é inadmissível do ponto de vista lingüístico, exegético e, sobretudo, normativo.

Quanto ao aspecto lingüístico, segundo o ilustre jurista português, a tese somente se sustentaria se os termos usados pelas fontes jurídicas fossem próprios da linguagem comum, possuindo também um sentido usual e único. Ademais, seria indispensável que, no âmbito jurídico, a utilização desses termos deixasse intocado aquele sentido usual.

Ao que tudo indica, porém, nenhum destes aspectos se sustenta. Mesmo porque o significado das palavras varia sempre em conformidade com o uso que delas se faz. Desse modo, afirma Castanheira Neves, o valor semântico não é determinado apenas pelo aspecto sintático, mas também, e principalmente, pelo aspecto pragmático, ou seja, pelo contexto no qual elas estão inseridas. Assim, “um termo ou expressão lingüística é claro ou não claro, determinado ou indeterminado sempre para alguém, numa certa situação e em ordem a um certo objetivo de compreensão.” (NEVES, 2003, p. 22-23)

Desse modo, ainda segundo o autor português:

Poderá, assim, dizer-se em síntese que a vaguidade e a porosidade das expressões legais são, respectivamente, conseqüências irreduzíveis de dois *handicaps*: o *handicap* da relativa ignorância de todos os casos ou fatos possíveis denotáveis por essas expressões, pelo que será sempre impossível prévia e definitivamente determiná-las; e o *handicap* da também relativa indeterminação ao nível dos fins, pelo que será não menos impossível excluir alterações intencionais em função

normativo-teleológica. (NEVES, 2003, p. 18)

Por sua vez, do ponto de vista exegético, o texto jurídico não tem caráter puramente literário, manifestando, sempre, um sentido ou intenção jurídica. Sendo assim, ver nele um sentido em si, ou um sentido que com ele puramente se identifique, representa isolar o texto da juridicidade que ele deve exprimir, o que não se justifica. Ao contrário, lei e texto devem ser concebidos como dois termos distintos, e, portanto, nenhuma interpretação jurídica jamais poderá se restringir ao aspecto puramente gramatical.

Por isso mesmo,

[...] a 'clareza' dum texto jurídico não poderia ver-se nunca oferecida apenas no seu texto, só poderia tentar obter-se no nível do seu sentido jurídico (por uma sua determinação concludente ou razoavelmente aceitável, e daí que se tenha generalizado o juízo de que a 'clareza' porventura imputável aos textos jurídicos é ela própria já um resultado da interpretação. (NEVES, 2003, p. 25-26)

No tocante ao aspecto normativo, considerado o mais importante por Castanheira Neves (2003), percebe-se que a interpretação é relevante não apenas no sentido de aclarar o significado de um determinado texto legal obscuro. Seu alcance vai muito além, tornando-se imprescindível para a própria realização do direito. Isso significa, portanto, que a interpretação deixa de ter um aspecto meramente técnico, acessório, usado apenas quando presente alguma obscuridade, e passa a ter uma função constitutiva de todo o fenômeno jurídico, a qual deve estar presente sempre.

A esse respeito, cumpre, mais uma vez, transcrever as observações do autor:

[...] não será nem a 'clareza' - ou a ausência de 'obscuridade' - das leis, nem a possível apreensão imediata do sentido que textualmente excluirão a interpretação jurídica relativamente a essas leis, antes a sua interpretação normativo-jurídica será sempre necessária enquanto momento metodológico-normativo da realização do direito através delas ou por sua mediação: não è a falta de clareza (linguístico-hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, è a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar. (NEVES, 2003, p. 28-29)

Também nesse sentido, é interessante mencionar as observações de Friedrich Muller (1995, p. 44-47), que afirma que a interpretação é sempre necessária, uma vez que ela não se destina apenas a desvendar o significado pré-existente de um determinado texto. Ao contrário, segundo o jurista alemão, tanto ela como o método empregado se destacam, exatamente, pela necessária transformação das orientações preexistentes diante do caso sempre novo. Daí seu caráter sempre imprescindível.

Assim, segundo Muller (1995, p. 47), a interpretação e o método não são “somente para conservar orientações preexistentes (*Vorgegebenes*), mas como meio de transformar as orientações preexistentes diante do ‘caso’ sempre novo.”

4.3 A discussão metodológica clássica e a necessidade de superação da discussão: *mens legis* x *mens legislatoris*

Por tudo o que foi acima exposto, é possível afirmar que a preocupação com o método ganhou enorme espaço na seara jurídica. Tanto é verdade que não faltam estudos voltados à classificação dos diversos métodos de interpretação das normas jurídicas. Nesse sentido, tornou-se clássico o arranjo proposto por Savigny, o qual divide os métodos em: gramatical, histórico, teleológico e lógico-sistemático.⁵⁵

Tal divisão, largamente difundida no meio jurídico, foi, aos poucos, aperfeiçoada, sendo propostas outras subdivisões, como, por exemplo, a que distingue a interpretação quanto ao órgão (doutrinária, judicial e legal) e quanto ao resultado (restritiva, declarativa e extensiva). Todas, porém, partindo do mesmo pressuposto, qual seja, o de que é possível desvendar o correto sentido das normas, extraindo dela o sentido exato que lá sempre esteve.

Outra discussão intimamente ligada ao problema do método diz respeito ao clássico debate no tocante à interpretação entre a tese da *voluntas legis* e a da *voluntas legislatoris*. Esta última, também conhecida como doutrina subjetivista, parte do princípio de que a tarefa do intérprete deve partir e ter como limite a vontade do legislador. Isso porque, conforme já ressaltado, caberia a este, sempre com exclusividade, a criação do direito.

Desse modo, ao interpretar determinada lei, deve o jurista buscar o que pretendia o

⁵⁵ O método gramatical é aquele que mais se aproxima do texto legal, utilizando regras da nossa sintática para elucidar o sentido de determinado texto legal. Por outro lado, o método histórico foi assim denominado por buscar a interpretação da lei levando em conta o momento de sua criação. Com base nele, deve o intérprete voltar ao momento de criação do texto legal para fixar seu sentido. Sendo assim, torna-se de grande valia a exposição de motivos de uma lei, como também as discussões estabelecidas por ocasião de sua aprovação. Em contrapartida, o método teleológico leva em conta não o momento de criação do texto legal, mas, sim, suas finalidades. Neste último caso, é fundamental que o intérprete se pergunte não o que pretendia o legislador quando criou a lei, mas, sim, os objetivos específicos desta à luz do contexto atual. Por fim, o método lógico-sistemático é aquele que, visando a interpretar determinada norma, leva em conta o todo no qual ela está inserida. Assim, por exemplo, visando a interpretar uma alínea do Texto Constitucional, deve o intérprete levar em conta o artigo no qual ela está inserida, assim como todo o capítulo do qual este faz parte, ou, até mesmo, a Constituição em sua totalidade. Como se vê, esse método, mais do que todos os outros, parte do princípio de que o ordenamento jurídico é, de fato, um modelo racional, no qual todas suas partes estão sempre ligadas umas às outras através de um critério lógico.

legislador no exato momento em que a criou, ou ainda, quais teriam sido suas intenções ou finalidades com este ato de criação. Por isso mesmo, a análise do contexto histórico no qual a lei foi criada passa a ter grande importância em sua interpretação. Daí, aliás, o destaque, neste contexto, para o método histórico como o mais adequado instrumento na busca do correto entendimento para o texto legal.

Em contrapartida, a *voluntas legis*, também conhecida como doutrina objetivista, parte do princípio de que a lei, tal como a criança que sai da barriga da mãe, deve ter vida própria. Sendo assim, pouco importa ao intérprete saber qual foi a vontade do legislador no momento de sua criação. Importa, sim, saber o sentido que a lei encerra em si mesma, quais são suas próprias finalidades. Neste caso, é nítido o predomínio do método teleológico no processo interpretativo, o qual se atém exatamente aos fins propostos pela própria lei.

Tal discussão esteve presente durante muito tempo no meio jurídico, dando ensejo a acalorados debates entre seguidores de duas correntes igualmente difundidas. No contexto atual, porém, como veremos melhor adiante, ela vem sendo cada vez mais relativizada. De todo modo, não há ainda como negar o predomínio da tese objetivista, isto é, a tese que desconsidera o momento de criação da lei, levando em conta apenas o texto tal como se encontra expresso.

A esse respeito, afirma-se que é impossível identificar a fictícia vontade do legislador. Isto porque participam do processo de criação da lei diversas pessoas. Desde o órgão que a propôs, passando por toda a discussão necessária para sua aprovação, tanto na Câmara como no Senado, até a sanção pelo Presidente da República, vários órgãos (a maioria deles colegiados) participam do procedimento que culmina com sua aprovação. Por isso mesmo, falar em uma suposta vontade do legislador como algo uniforme, que pode ser percebido a partir de uma análise histórica, é algo sem qualquer fundamento, que se justifica apenas no campo da ficção.

A esse respeito, também não se sustenta o argumento daqueles que entendem ser o povo (por intermédio de seus representantes) o verdadeiro responsável pela criação da lei. Ora, muito embora os parlamentares, sobretudo os deputados, sejam eleitos como representantes da vontade popular, devendo fazer valer esta representação, é inegável que, a cada dia, o Congresso, assim como as Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, vem legislando, principalmente, no interesse de pequenos grupos, normalmente dotados de grande poder econômico.

Estes, visando a manter os privilégios alcançados, não medem esforços para verem atendidos seus interesses, injetando vultosas somas nos partidos políticos. Daí a difusão das

chamadas bancadas do Congresso Nacional (para ficar apenas em nível federal), as quais se dividem não por partido ou ideologia política, mas, sim, por grupos de interesses econômicos defendidos. Assim, por exemplo, podemos falar na bancada ruralista (defensora dos grandes proprietários rurais); na bancada aérea (defensora das maiores empresas aéreas do país), além, é claro, da enorme e forte bancada dos “banqueiros” (defensora dos maiores bancos componentes do sistema financeiro nacional).

Como se vê, a suposta vontade popular vem-se tornando, cada vez mais, vontade de uma minoria, ou melhor, de algumas minorias (aquelas detentoras de grande parte da riqueza nacional). Em virtude do poder econômico que concentram, essas elites conseguem fazer valer seus interesses, ainda que em detrimento da vontade da grande maioria da população, que se vê tradicionalmente relegada a segundo plano na tomada das decisões.

Por tudo isso, não há como negar que é passada a hora de promover uma profunda reformulação do próprio sistema democrático até aqui implantado. Está mais do que comprovado que os mecanismos tradicionais do sistema democrático (como a eleição dos nossos “representantes” políticos) são completamente insuficientes para assegurar uma participação efetiva da população.

Daí, a necessidade de mudanças. Somente através de mecanismos diretos de manifestação da vontade popular, como o plebiscito, o *referendum* e, acima de tudo, o controle e fiscalização dos atos públicos é que caminharemos rumo a uma verdadeira democracia, na qual, de fato, seja correto afirmar que o povo é a fonte última de todo o poder político.

É inegável, portanto, que tudo isso fez com que caísse em descrédito, como critério interpretativo da lei, a idéia da *voluntas legislatoris*, ganhando espaço a tese da *voluntas legis*, conhecida como doutrina objetivista. Acontece, porém, que, apesar das diferenças acima delineadas, ambas possuem em comum o fato de estarem atreladas ao mesmo paradigma filosófico (a filosofia da consciência). Por isso mesmo, para as duas correntes doutrinárias, a busca da verdade, ou do sentido exato da lei, é algo possível e necessário, devendo ser efetivada por meio de um método adequado.

Na realidade, a única diferença entre elas é que, enquanto uma busca esse sentido na própria lei, a outra, analisando o momento de sua criação, vai extrair tal sentido a partir da vontade de seu criador, ou seja, o legislador. No mais, são idênticas as duas posições, reforçando a ampla aceitação do sobredito paradigma filosófico.

4.4 A crise da filosofia da consciência e a busca por um novo paradigma filosófico

Como ressaltado, a combinação dos dois fatores em questão (a filosofia da consciência e o predomínio dos valores liberais) faz com que o jurista permaneça atrelado ao passado. É como se ele ainda vivesse em pleno século XIX, em um sistema jurídico aparentemente perfeito, no qual as normas e institutos seriam capazes de resolver absolutamente todos os problemas que se apresentassem ao judiciário.

Tal posição, no entanto, não mais se sustenta. Até porque vivemos em um mundo plural, repleto de valores diversos e até mesmo contrastantes, a exigir, não apenas do jurista, mas do filósofo e dos demais cientistas, uma postura distinta, que pressuponha um outro critério racional, mais adequado ao novo contexto.

A esse respeito, cumpre trazer a lume as observações de Chamon Júnior, que muito bem analisa a falência da filosofia da consciência. Na concepção deste autor,

A partir do instante em que passamos a ter compreensão acerca do nosso cotidiano processo comunicativo, podemos superar uma interpretação extremamente autoritária, tanto do Direito, quanto da Filosofia que por detrás a sustentava, pois não mais somos capazes de assumir como aceitável, validamente, a criação do Direito como vinculada a uma mera projeção de uma Filosofia da consciência que em se pretendendo onipotente, oferecia um projeto monologicamente edificado como um 'novo mundo' perfeito, imutável, portanto, eterno, porque 'racional'. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p.16)

Do ponto de vista prático, porém, ainda é bastante forte o apego à filosofia da consciência, o que, por sua vez, acaba impedindo que o processo hermenêutico atinja toda a sua potencialidade, fator importantíssimo para adaptar o ordenamento vigente ao contexto atual. O resultado, portanto, é o paradoxo acima ressaltado, qual seja: para um mundo extremamente avançado, uma legislação antiquada e juristas que parecem ainda acreditar em conto de fadas.

Tal realidade causa perplexidade. O problema, no entanto, é que, ao invés de reconhecer a necessidade de mudanças, os juristas reagem a toda essa evolução institucionalizando críticas. Tudo isso visando a defender um sistema supostamente perfeito (ao menos do ponto de vista técnico), mas que não mais se ajusta à realidade. Como já havíamos comentado, diante do conflito entre a realidade social e a dogmática jurídica, opta o jurista pela preservação desta, por mais absurdo que isto possa parecer.

Tal fato, na verdade, se deve a uma série de fatores. Em primeiro lugar, é inegável o

orgulho do criador pelo produto de sua criação. É incontestado que o Direito é uma ciência milenar, cujos conceitos foram elaborados ao longo de anos de evolução. O problema, contudo, está em nos apegarmos à técnica (apenas por seu grande prestígio ou árduo trabalho de elaboração), não obstante todo seu descompasso diante de um novo contexto. Isso seria o mesmo que criarmos um avião que não voa, mas que é objeto de toda admiração exatamente pela técnica empregada em sua construção. Ora, a técnica só possui algum valor enquanto apta a atingir o fim a que se propõe. Caso contrário, não mais se justifica, devendo ser substituída por outra.

O segundo aspecto é o “medo do novo”. Como bem sabemos, tudo o que é novo causa certa insegurança. É o chamado medo do desconhecido, daquilo que não dominamos e que, por falta de habilidade para lidar com o ignorado, procuramos evitar, como se não nos dissesse respeito.

O terceiro aspecto é a preguiça, o comodismo. É óbvio que toda mudança gera desconforto e, com ele, a necessidade de um trabalho mais árduo necessário para empreender a quebra de paradigmas ultrapassados, de forma a promover a adaptação àquilo que ainda não foi completamente dominado. É exatamente daí que advém o apego ao passado. Lidar com o que conhecemos e dominamos é muito mais cômodo e fácil do que encarar os desafios daquilo que ainda não está sedimentado.

É, aliás, o que se pode observar no discurso de Marcelo Cattoni, que ressalta, exatamente, as dificuldades advindas da necessária mudança de paradigma. Segundo ele,

Todo processo de alteração de paradigma, quer seja na ciência, quer seja na vida, não se dá sem resistências. Afinal, não são todos os que, abertamente, reconhecem o esgotamento de uma concepção de mundo na qual construíram seu modo de compreender o trabalho científico, assim como a si próprios. O paradigma no qual nos movemos é constitutivo de nós mesmos. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005)

Por tudo isso, é comum a repetição (sempre de forma acrítica) de conceitos e valores que, porém, não mais se adaptam ao contexto atual. Do mesmo modo, é inegável o caráter ideológico que lhes é atribuído, como se fossem conceitos neutros, aptos a se adaptarem a toda e qualquer realidade.

Todo esse conjunto de fatores dá origem ao que Streck chama de “senso comum teórico dos juristas”. Essa expressão, na realidade, foi cunhada por Warat, sendo, porém, muito bem empregada por Streck, quando este argumenta:

Difusamente, o sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de

todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bourdieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, (...) há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de ‘capital simbólico’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos.” (STRECK, 2007, p. 67-68)

Face ao exposto, não há como questionar o óbvio: é chegada a hora de mudanças. O descompasso entre a realidade e a dogmática jurídica assumiu níveis alarmantes, ameaçando a credibilidade e eficácia da já combatida estrutura judiciária brasileira. A esse respeito, não é demais repetir que o Direito não passa de um instrumento de integração social, existindo para e em função da sociedade. Assim, sendo alterada a realidade e os valores sociais, é fundamental que ele também se modifique, visando a se adequar às novas relações sociais. Caso contrário, é grande o risco de perda de eficácia, permanecendo seus dispositivos legais como letra morta; em vigor, porém, sem qualquer incidência prática.

Nesse sentido, assevera Tuozzolo

A fé nos fatos se consumou. Depois de um século de história, a mentalidade positivista parece em profunda crise, também na sua fortaleza mais antiga, no mundo da ciência. Se se olha em torno, o homem deste fim de século, mais que por objetos, por fatos, por elementos permeados de rígidas e ineludíveis leis naturais, se sente circundado pela realidade que são sinais, informações, mensagens. O contorno das coisas que nos circundam é hoje muito mais vago do que aquele que elas tinham ao tempo em que os mesmos valores ideais eram freqüentemente vividos como verdadeira realidade objetiva.⁵⁶ (TUOZZOLO, 1996, p. 08, tradução nossa)

4.5 A Hermenêutica filosófica e a tentativa de superação da filosofia da consciência

Por isso mesmo, visando a apresentar alternativas para superar o descompasso em questão, Gadamer (1997) propõe uma nova via hermenêutica, por ele denominada de hermenêutica-filosófica. Através dela, procura o autor romper com a filosofia da consciência

⁵⁶ La fede nei fatti si è consumata. Dopo un secolo di storia la mentalità positivista pare in profonda crisi anche nella sua roccaforte più antica, nel mondo delle ‘scienze’. Se si guarda intorno, l’uomo di questa fine di secolo, più che da oggetti, da ‘fatti’, da elementi intrinseci di rigide e ineludibili leggi naturali, si sente circondato da realtà che sono segni, informazioni, messaggi. Il contorno delle ‘cose’ che ci circondano è oggi assai più sfumato rispetto a quello che esse avevano al tempo in cui gli stessi valori ideali venivano spesso vissuti come vere realtà oggettive.

e todos os problemas daí advindos.

Na verdade, todos os estudos gadamerianos partem de conquistas alcançadas por outro filósofo Alemão, Martin Heidegger, o qual, a partir da obra “Ser e Tempo”, de 1927, foi considerado precursor de uma verdadeira virada realizada no campo filosófico, causando uma profunda revolução em todo o conhecimento científico.

Heidegger assume grande importância na história da filosofia exatamente por defender uma hermenêutica fundamental, e não mais regionalizada ou geral como era entendida até então. Isso significa que a interpretação passa a ser condição prévia de todo o conhecimento e atividade humana, e não apenas da interpretação de textos. Tal mudança é bastante significativa, mesmo porque, durante muito tempo, a hermenêutica se deteve na análise de alguns textos específicos, como, por exemplo, os textos clássicos e bíblicos.

Posteriormente, sobretudo a partir de Scheleiermacher, com a generalização do mal entendido, a hermenêutica perde o caráter regionalizado, passando a se ocupar de todo e qualquer texto. Mas, ainda sim, continuava a ser vista como simples técnica, um mero instrumento que poderia ser empregado apenas para esclarecer os significados propostos pelos textos.

Somente com Heidegger acontece uma nova virada no campo da hermenêutica, assumindo esta ciência um sentido fundamental. Isso significa que a interpretação é algo inerente ao próprio ser humano, que interpretamos tudo o que se passa a nossa volta, e não apenas as proposições escritas (textos). Daí a conotação “fundamental” atribuída ao procedimento hermenêutico.

Para entender, porém, a teoria heideggeriana, cumpre trazer a lume algumas questões e teorias que serviram de base para a grande virada realizada por este importante filósofo alemão. Dentre elas, importa destacar as contribuições advindas de seu assumido mentor, Edmund Husserl, o qual teve grande influência em todo seu pensamento, principalmente a partir de suas análises sobre a fenomenologia.

Husserl se destacou exatamente pela atenção dispensada à consciência humana. Para ele, no entanto, a consciência deveria ser estudada não apenas do ponto de vista estrutural, mas, principalmente, do ponto de vista concreto, isto é, levando em conta sua relação com as coisas para as quais se volta.

Nesse sentido, entende Husserl que a consciência pode ser analisada de dois modos distintos. Em primeiro lugar, pode ser entendida como unidade ou conjunto de vivências internamente acumuladas. Como sabemos, ao longo da vida o homem vai acumulando experiências, fruto de suas relações sociais, de acontecimentos ou, até mesmo, do contato

direto com determinados objetos. É exatamente o conjunto de todas essas experiências que pode ser entendido como consciência.

Por sua vez, o segundo sentido diz respeito à vivência intencional, isto é, à capacidade de atribuição de sentido, a qual também é inata a todo ser humano. Este, aliás, é o sentido que mais interessa ao presente estudo. Até porque, além de acumular experiências, é patente o papel do homem de atribuir sentido àquilo que encontra a sua volta. Assim, por exemplo, quando acontece determinado fenômeno, este, por si só, não pode ser visto como simples ou complexo, bom ou ruim, interessante ou não. Tudo vai depender do sentido que a ele atribuímos.

Em seguida, dando continuidade a sua análise sobre o tema, afirma Husserl que a consciência apresenta sempre duas características distintas: a temporalidade e a intencionalidade. A primeira significa que a consciência está sempre mudando, seja no tempo ou no espaço. Por sua vez, a intencionalidade decorre do fato de estar sempre voltada para algo, fruto de um desejo, uma determinada percepção das coisas, entre outros fatores. Isso significa, portanto, que ela não é neutra. Tanto é verdade que a interpretação que fazemos de um determinado texto está intimamente ligada a nossa intenção em relação a ele: o que nos levou a lê-lo desta forma específica? O que esperamos desta leitura?

Assim, é possível concluir que a consciência também pode ser entendida como um fenômeno, algo que vai passar por transformações, dependendo do contexto histórico no qual estamos inseridos. Naturalmente, todas essas transformações vão também se refletir sobre os fenômenos percebidos, os quais, como foi dito, somente possuem sentido na condição de atribuição humana.

Dessa forma, propõe Husserl um conceito que será de grande valia para Heidegger. Trata-se do conceito de “mundo da vida”. Para Husserl, mundo da vida é “o mundo em que nos introduzidos por mero viver nossa atitude natural, que, como tal, jamais poderá tornar-se objetivo para nós, mas que representa o solo prévio de toda experiência.” (GADAMER, 1997, p. 331) Sendo assim, mundo da vida é o todo em que estamos vivendo como seres históricos. É nele que toda experiência se fundamenta.

Por isso mesmo, afirma Husserl que a oposição entre a natureza e o espírito deve ser revista, como também deve ser revista a oposição entre as ciências naturais e as ciências humanas. Mesmo porque ambas partem da intencionalidade que caracteriza, exatamente, o mundo da vida. (GADAMER, 2004, p. 38) Com isso, Husserl põe em discussão a pretensa universalidade do ideal científico de conhecimento, o qual tinha na objetividade o critério último da verdade e da razão.

Outra noção também desenvolvida por Husserl e aproveitada, posteriormente, por Heidegger diz respeito à fenomenologia. Esta, na realidade, dá origem a um importante movimento filosófico (movimento fenomenológico), o qual ocupa uma posição de relevo na filosofia do século XX.⁵⁷ Tal movimento surge na Alemanha, nos anos que precederam a primeira guerra mundial. Para entendê-lo, cumpre indagar acerca da origem etimológica do termo.

Nesse sentido, ressalta Heidegger que a expressão “fenomenologia” deriva de dois termos distintos: fenômeno e logos. O primeiro vem do grego *phainómenon* e significa mostrar-se, ou seja, aquilo que se mostra por si mesmo. Isso significa que, nos termos propostos por Husserl, fenômeno é aquilo que, tal como a idéia de justiça e de punição, de amizade ou amor, possui em si mesmo o próprio sentido. Por isso, fenômenos não devem ser compreendidos a partir da idéia de utilidade ou de prazer que deles se possa ter. (GADAMER, 1994, p. 06)

Por sua vez, *logos* significa fala, ou, simplesmente, dizer algo. Aqui, percebe-se, claramente, uma significativa mudança em relação ao pensamento dominante. Até porque, tradicionalmente, o termo *logos* sempre foi utilizado como sinônimo de razão, instrumento capaz de extrair a verdade de todas as coisas. Contrariamente a esta posição, afirma Heidegger (2005, p. 58) que a função primordial do logos não é mostrar uma verdade intrínseca a um determinado objeto, mas tão-somente permitir ver alguma coisa, o que depois deverá ser tematizado.

Após analisar os dois termos em questão, o próprio Heidegger define o que entende por fenomenologia. Segundo ele,

[...] deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo. É este o sentido formal da pesquisa que traz o nome de fenomenologia. Com isso, porém, não se faz outra coisa do que exprimir a máxima formulada anteriormente - “para as coisas elas mesmas!” (HEIDEGGER, 2005, p. 65)

Daí, a aproximação entre os dois autores (Husserl e Heidegger). Ambos defendiam a

⁵⁷ É interessante ressaltar, como bem afirma Gadamer, que a fenomenologia nasceu como uma escola do pensamento interna à filosofia acadêmica. Dentre suas características, destaca-se a pouca publicidade que teve, sobretudo em sua origem. Tal fato, ainda segundo Gadamer, talvez se explique pela origem hebraica de seu fundador, Edmund Husserl, e pelo contexto histórico no qual ela surgiu. Husserl desenvolveu suas idéias no conturbado período que envolveu a primeira guerra mundial, sendo, inclusive, afastado definitivamente da vida pública em 1933, em virtude de uma série de perseguições de natureza política. Outra característica peculiar da fenomenologia é a preocupação com coisas banais. Isso significa que Husserl nunca se ocupou dos grandes temas clássicos da filosofia. Ao contrário, toda a sua atenção se voltava para as coisas corriqueiras. Nesse sentido, importa ressaltar que um dos mais importantes alunos de Husserl, Adolf Reinach, passou um semestre inteiro estudando a idéia de caixa de correspondências. Para um maior aprofundamento sobre a fenomenologia, ver: (GADAMER, 1994)

busca de um método, ou maneira de deixar as coisas se manifestarem em si mesmas (fenomenologia), evitando, portanto, que essa manifestação fosse ocultada por conceitos e juízos previamente fixados e impostos. (SILVA FILHO, 2003, p. 57)

Acontece, porém, que, apesar da proximidade entre eles, Heidegger se afasta das idéias de Husserl pelo fato de este buscar, por meio de reduções e através do caráter intencional da consciência, aquilo que ele denominou de consciência transcendental. Trata-se, segundo ele, de uma subjetividade originária, o não-relativo por natureza (o eu puro), a partir da qual o sentido do ser encontraria seu fundamento último. Com isso, pretendia Husserl estabelecer um raciocínio lógico, em que a filosofia se revelasse uma ciência rigorosa. Esta, aliás, era sua preocupação central, que ocupou a maior parte de seu tempo. É isso, exatamente, o que observa Gadamer:

A questão primária de Husserl, na qual ele se emergia com penetrante escrupulosidade, era: como posso me tornar um filósofo honesto? Com isso, ele pretendia: como posso realizar cada passo do meu pensamento assim que todo passo posterior possa se apoiar sobre um terreno seguro? Como posso evitar toda pressuposição injustificada e realizar assim, finalmente, também na filosofia o ideal da ciência rigorosa?⁵⁸ (Gadamer, 1994, p.10, tradução nossa)

Diferentemente, embora também partisse do mundo da vida, Heidegger não irá buscar uma posição anterior à objetividade das ciências, o ego transcendental, tal como proposto por Husserl. Ao contrário, para ele, este ponto prévio não pode ser tido como algo objetivo e preestabelecido, assumindo, ao revés, um caráter histórico que lhe é imanente. A esse respeito, afirma o autor de “Ser e Tempo” que o ponto prévio caracteriza-se, exatamente, pela temporalidade e historicidade que lhe é imanente.

Neste ponto, Heidegger, além de alçar a questão hermenêutica a um patamar fundamental, imprescindível não apenas para a interpretação dos textos, mas para toda atividade e pensamento, acaba rompendo com o domínio da filosofia da consciência, a qual sempre se baseou no ideal do ser como presença, ou seja, como uma verdade absoluta, sempre pronta para ser captada.

Como se vê, partindo da fenomenologia, não obstante as peculiaridades em relação à posição adotada por Husserl, Heidegger irá se ocupar de uma noção que, segundo ele, sempre foi negligenciada na história da humanidade, qual seja, a noção de ser.

⁵⁸ La questione primaria di Husserl, in cui egli si immergeva con penetrante scrupolosità, era: come posso diventare un filosofo onesto? Con ciò egli intendeva: come posso compiere ogni passo del mio pensiero così che ogni passo ulteriore possa poggiare su di un terreno sicuro? Come posso evitare ogni presupposizione ingiustificata e realizzare così finalmente anche in filosofia l'ideale della scienza rigorosa?

Na verdade, para o autor de “Ser e Tempo”, o grande erro da filosofia da consciência está em ocultar o verdadeiro sentido do ser, o que se deve ao fato de identificá-lo com a manifestação imediata do próprio ente. Segundo Heidegger, desde o idealismo platônico até a modernidade, boa parte dos cientistas, aí incluindo os juristas, ainda acredita que o ente possua uma essência que está sempre disponível, pronta para ser captada por qualquer um que se disponha a buscá-la.

Ao contrário, afirma Heidegger (2005, p. 143) que o ente não mostra, numa primeira abordagem, seu ser próprio. Para ele, o que se percebe, num primeiro momento, são apenas algumas qualidades a ele inerentes, como, por exemplo, sua cor, gosto e dureza. Isso significa que “os sentidos não dão a conhecer o ente em seu ser, ao contrário, anunciam meramente a utilidade e a desvantagem das coisas intramundanas externas para o ser humano dotado de corporeidade.”

A esse respeito, percebe-se que Heidegger adota um sentido completamente diverso para o termo “ser”. Tradicionalmente, este sempre foi compreendido como fundamento, base ou origem das coisas. Diferentemente, para Heidegger, ser significa revelar-se, apresentar-se (daí a influência husserliana em seu pensamento). Por isso mesmo, para que essa revelação ocorra, é fundamental que haja uma abertura ou clareira que, de acordo com ele, deve ser entendida como a própria existência humana.

Como consequência, afirma este autor que toda a compreensão do ser, antes de ser tratada como uma simples qualidade inerente ao ente que o representa, deve partir, necessariamente, de uma instância de compreensão prévia, que é o próprio homem. Tal fato se justifica, ainda segundo Heidegger, por ser este o único ser que possui uma compreensão de si mesmo. Daí a necessidade de se partir dele para se chegar à compreensão adequada do ser dos demais entes.

Sendo assim, é incontestável o rompimento com a filosofia da consciência, a qual sempre se assentou na dicotomia entre sujeito e objeto e no entendimento do ser como presença, isto é, como algo que pode ser captado de maneira absoluta.

Importa ressaltar, porém, que, para Heidegger, não se pode falar em uma subjetividade absoluta (transcendental), como queria Husserl. Tampouco se pode falar em um homem abstrato ou ideal. Para ele, o que verdadeiramente importa é o homem concreto, ou seja, aquele que, desde sempre, está inserido ou “jogado no mundo” em que vive. Daí, a construção heideggeriana do termo “ser-aí” ou “pre-sença” (*Dasein*)⁵⁹, por meio do qual pretendia se

⁵⁹ A expressão alemã *Dasein* é composta de dois termos distintos: *da*, que significa aqui ou aí, e *sein*, que significa ser. Por isso mesmo, ela também pode ser traduzida como ser-aí, expressão que é amplamente

referir, exatamente, a esta instância de compreensão prévia (o homem enquanto inserido no mundo em que vive), a partir da qual se poderá buscar o verdadeiro sentido do ser.

Heidegger ainda acrescenta:

É na pre-sença que se há de encontrar o horizonte para a compreensão e possível interpretação do ser. Em si mesma, porém, a pre-sença é ‘histórica’, de maneira que o esclarecimento ontológico próprio deste ente torna-se sempre e necessariamente uma interpretação ‘referida a fatos históricos.’ (HEIDEGGER, 2005, p. 70)

No mesmo sentido, afirma Vattimo que:

Antes do mundo, ou à raiz do dar-se do mundo como totalidade instrumental, está o ser-aí. Não existe mundo se não existe o ser-aí. É também verdade que não existe o ser-aí, por sua vez, se não enquanto ser-no-mundo; mas a mundaneidade do mundo se funda somente em base ao ser-aí, e não vice-versa.⁶⁰ (VATTIMO, 1995, p. 25, tradução nossa)

Ainda segundo Vattimo, “Ser-no-mundo significará, agora, não tanto ter já sempre relação com uma totalidade de coisas-instrumentos, mas ter já sempre familiaridade com uma totalidade de significados.”⁶¹ (VATTIMO, 1995, p. 27, tradução nossa)

Por isso mesmo, não há como negar que o sentido do ser jamais poderá ser visto como algo imutável (este, aliás, é o grande erro cometido pelo paradigma filosófico então dominante). Ao contrário, o ser possui uma historicidade que lhe é inerente, devendo ser concebido não como presença, e sim como evento, o qual está sempre se revelando ao longo do tempo (daí, portanto, o título da importante obra Heideggeriana: Ser e Tempo).

À vista do exposto, conclui-se que o problema da compreensão vai assumir uma importância central no pensamento de Heidegger. Para ele, porém, deve ser invertida a relação entre compreender e interpretar. Isto porque o ato de interpretar jamais pode ser visto como a colocação de significados e valores a partir de um objeto neutro. Ao contrário, deve ser entendido sempre como desenvolvimento de algo prévio, que se caracteriza, exatamente, por instaurar o próprio objeto. Este algo prévio é, na realidade, nossa pré-compreensão dos objetos com os quais nos ocupamos, chamada, por isso mesmo, de compreensão existencial.

utilizada pelos autores que se ocupam do tema no Brasil e que, nos termos da doutrina heideggeriana, significa o local onde o ser ocorre ou a abertura na qual a presença acontece. Talvez por isso, a tradução brasileira da obra “Ser e Tempo”, rompendo com o costume já consagrado no pensamento filosófico brasileiro, acabou optando pelo termo pre-sença no lugar de ser-aí.

⁶⁰ Prima del mondo, o alla radice del darsi del mondo come totalità strumentale, c'è l'esserci. Non c'è mondo se non c'è l'esserci. È anche vero che l'esserci non c'è, a sua volta, se non in quanto essere-nel-mondo; ma la mondità del mondo si fonda solo in base all'esserci e non vice-versa.

⁶¹ essere nel mondo significherà ora non tanto avere già sempre rapporto con una totalità di cose-strumenti, ma avere già sempre familiarità con una totalità di significati.

Como se vê, à luz da teoria heideggeriana, antes de interpretarmos qualquer objeto, nós já o compreendemos, ou melhor, já nos relacionamos com ele e, portanto, já o inserimos no mundo em que vivemos. Como afirma o próprio Heidegger (2005, p. 204), “a interpretação se funda, existencialmente, na compreensão, e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.”

É óbvio que esta compreensão (ou pré-compreensão) se forma sempre de maneira inconsciente, o que significa que, muito antes de termos consciência deste processo, já estamos inseridos dentro dele, como integrantes do grupo em que vivemos. É nesse sentido, aliás, que se fala no homem enquanto ser “jogado no mundo”.

A esse respeito, importa transcrever as observações de Streck, segundo o qual:

O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de ‘objetos’ com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe. O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. (STRECK, 2007, p.196)

Outra não é a conclusão a que chega Stein ao discorrer mais detidamente sobre o problema da compreensão:

A compreensão é uma estrutura que articulamos antes de um processo consciente, uma estrutura que articulamos entre nós mesmos, com nosso modo de nos relacionarmos com o mundo e com as pessoas. Estrutura que não conseguimos explicitar, mas sem a qual não se daria outro processo de conhecimento. (STEIN, 1988, p.58)

Sendo assim, não há como negar que não apenas compreendemos os fenômenos que estão a nossa volta, como também estamos, desde sempre, neles inseridos. Isso porque o que nos cerca, pelo menos no que tange ao sentido que lhe atribuímos, não existe independentemente daquilo que somos e pensamos.

Nesse sentido, afirma Silva Filho que:

Antes de o homem poder ter consciência de que este ou aquele possui tais ou quais características que lhe são úteis, ele já conhece esta utilidade a partir de um sentido que aquele ente já possui em sua circunvisão. Esta disponibilidade é o à-mão do qual trata Heidegger. Em outras palavras, ser jogado no mundo significa que primeiro estamos enredados na disponibilidade dos entes, para só depois termos consciência disto e podermos tematizar esta disponibilidade, desenvolvendo, inclusive, outras

possibilidades que ali vinham ocultas. A compreensão prévia é, pois, um sentido que o homem assume de modo inconsciente e que, ademais, já lhe é transmitido pela própria linguagem. (SILVA FILHO, 2003, p.62-63)

Como ressaltado, porém, é óbvio que essa compreensão ou horizonte não pode ser visto como algo estático. Ao contrário, trata-se de algo em constante transformação, que se vai modificando com a evolução social e, conseqüentemente, refletindo-se também no sentido que atribuímos aos objetos que nos cercam.

Do mesmo modo, ressalta Heidegger que esse sentido está sempre ligado à utilidade que os objetos representam para o homem. Tal utilidade, contudo, não pode ser vista apenas do ponto de vista individual. Ao contrário, deve ela ser vista sempre do ponto de vista social, levando em conta o todo no qual estamos inseridos. Tal fato, aliás, é bastante óbvio, até porque nossa concepção de utilidade não depende apenas de nós mesmos. Ao contrário, ela está sempre atrelada às relações que mantemos com o grupo no qual nos inserimos.

Sendo assim, se eu considero determinado objeto útil, isso se deve, principalmente, às relações sociais por mim mantidas. Certamente, se eu mantivesse uma convivência com um grupo social diverso, minha concepção de utilidade também mudaria.

Tal conclusão leva Heidegger a afirmar que o ser-aí é, ao mesmo tempo, ser-com, o que significa que o mundo no qual está inserido o homem é sempre o mundo compartilhado com outros. Este fato, aliás, irá influenciar não apenas a utilidade que os objetos apresentam para o homem, mas a própria compreensão que o homem possui de si mesmo.

A esse respeito, afirma Heidegger que:

Na base desse ser-no-mundo determinado pelo com, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença é mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros. O ser-em-si intramundano destes outros é co-pre-sença. (HEIDEGGER, 2005, p.170)

Assim, toda vez que investigamos ou analisamos determinado objeto ou fenômeno, não estamos diante de algo neutro ou desconhecido, ao qual atribuímos uma explicação e sentido ainda inéditos. Definitivamente, não. Mesmo porque, como já visto, todos os objetos com os quais nos ocupamos já estão irremediavelmente inseridos no mundo em que vivemos.

Partindo das conclusões acima esboçadas, defende Heidegger a teoria do círculo hermenêutico, segundo a qual toda interpretação deve ter por base a pré-compreensão que temos do objeto a ser interpretado. Partindo dela, devemos confrontá-la com o objeto com o qual lidamos, de modo que, a partir deste confronto, a interpretação voltará sempre

modificada.⁶² Como conseqüência, afirma Heidegger, citado por Silva Filho (2003, p. 63), que sempre nos movemos “dentro do que já foi compreendido, e, embora, mediante a interpretação, ele volte tematizado, sempre permanecerá velado o horizonte de sustentação de qualquer atividade intelectual nossa.”

Também nesse sentido, cumpre trazer a lume a lição de Karl Larenz, que muito bem discorreu sobre a teoria do círculo hermenêutico. Segundo ele:

[...] uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado - que aqui seja pertinente - das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete - e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso - de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceito e, conforme o caso, retificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. (LARENZ, 1997, p. 286)

Assim, se nos propomos a interpretar determinado texto, iniciamos sua leitura sempre a partir da pré-compreensão que dele possuímos. Desse modo, à medida que nos aprofundamos em sua leitura, iremos sempre confrontá-lo com o sentido que inicialmente lhe atribuímos. Com isso, o ponto de partida voltará sempre tematizado e, portanto, diferente, ainda que esta diferença consista apenas na certeza que até então tínhamos.

Importa ressaltar, porém, que a teoria em questão (do círculo hermenêutico) não foi proposta originariamente por Heidegger. Antes dele, Friedrich Ast (1788–1941) já havia se ocupado do tema, atendo-se à relação entre o todo e o particular. Nesses termos, é inquestionável sua contribuição para a teoria heideggeriana e para outras teorias que se lhe seguiram.

Por sua vez, ao discorrer a respeito do tema, Karl Larenz (1997) trouxe preciosas contribuições, sobretudo no que diz respeito à superada dicotomia entre ser e dever ser. Nesse sentido, afirma Larenz que, no âmbito do processo interpretativo do direito deve-se levar em conta não apenas a pré-compreensão do texto normativo, mas toda a tradição na qual ele se insere. Assim, além do texto propriamente dito, temos que nos ater às contribuições doutrinárias, às decisões judiciais, como também ao próprio contexto social e ao caso concreto a ser decidido.

É, aliás, o que se extrai da seguinte passagem de sua obra:

⁶² Por isso mesmo, muitos autores falam em espiral, e não em círculo hermenêutico. Mesmo porque nunca se volta para o mesmo ponto do qual se partiu. Ao contrário, o processo em questão pressupõe sempre uma mudança, ainda que esta, como foi dito, seja advinda de uma certeza que até então não se tinha.

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à 'coisa Direito', à linguagem, em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas. (LARENZ, 1997, p. 290)

Percebe-se, portanto, a grande contribuição trazida por Larenz para o avanço da Ciência Jurídica. Até porque, há muito, o Direito está calcado na distinção entre questão de fato e questão de direito (ser e dever-ser), o que se deve, sobretudo, aos estudos desenvolvidos por Kelsen, a partir dos quais ganhou enorme destaque essa distinção, como se o direito pudesse ser compreendido independentemente da realidade social para a qual se volta.

Diferentemente, Larenz, ao incluir no âmbito da pré-compreensão jurídica não apenas aspectos técnico-jurídicos, mas também questões de fato, consegue suplantam a referida distinção, aproximando o direito da realidade para a qual se volta, o que, sem dúvida alguma, é bastante louvável.

Acontece, porém, que, ao contrário do que sustentava Heidegger, entende Larenz que esse processo circular deve culminar na busca de um sentido objetivo da norma. Assim, embora rompa com o pensamento linear, próprio do método silogístico que dominou a Ciência Jurídica por muito tempo,⁶³ entende Larenz que o intérprete deve, ao final do processo interpretativo, sair do círculo ao encontrar o sentido correto para o texto normativo.

Como se vê, apesar da enorme contribuição, é inquestionável seu apego à filosofia da consciência então dominante, o que se explica pela tentativa de saída do círculo hermenêutico, como se fosse possível fixar um sentido objetivo e absoluto para a norma jurídica.

Ao contrário, entende Heidegger que, diferentemente do que pretendia Larenz, não cabe ao intérprete sair do círculo hermenêutico. Segundo ele, o decisivo não é sair do círculo, mas, sim, entrar nele de modo justo.

Por sua vez, entrar no círculo de modo justo significa levar em conta nossos preconceitos e pressuposições, colocando-os sempre entre parênteses no momento da interpretação. Somente assim, segundo o defensor da filosofia hermenêutica, podemos alcançar a verdade sobre o ser, sem confundi-la com as idéias ou pressupostos que dele mantemos. A esse respeito, importa ressaltar que, para Heidegger, a verdade do ser se dá sempre enquanto evento (e não como presença). Isto significa que ela nunca se dá de uma vez por todas. Ao contrário, ela vai sempre se revelando a partir do contato com o contexto atual.

⁶³ O processo do compreender tem o seu curso, desse modo, não apenas em uma direção, 'linearmente', como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objetivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro. (LARENZ, Karl, 1997, p. 287)

Sendo assim, rejeita-se o pensamento estático, no qual se pode alcançar sempre uma realidade prévia e fixa, para, em seu lugar, conceber-se o ente (no caso o Direito) como algo que está em constante transformação, ou melhor, em constante revelação. É, aliás, o que ressalta José Lamago (1990, p. 109-113), segundo o qual o intérprete não deve buscar simplesmente “conhecer” o Direito, mas, sim, um agir mediador na realização da possibilidade do melhor Direito nas condições historicamente concretas.

Com isso, é incontestável o afastamento em relação ao paradigma filosófico tradicional, passando o conhecimento a ser concebido como histórico e hermenêutico, sendo esta historicidade mantida até o fim. Para Heidegger, portanto, a historicidade é inerente ao próprio ser e, portanto, dela não se pode fugir.

Outro aspecto de fundamental importância para a compreensão do pensamento heideggeriano diz respeito ao papel por ele atribuído à linguagem. Conforme bem observa Streck (2007, p. 143), a filosofia da consciência sempre esteve assentada na idéia de que a linguagem é um mero instrumento para a designação de entidades, sempre independentes dela, ou para a transmissão de pensamentos, também concebidos sem sua intervenção. Nesses termos, é a linguagem concebida como uma significação acessória para algo previamente conhecido ou pensado ou, ainda, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto.

Rompendo com esta concepção, afirma Heidegger que a linguagem possui uma função constitutiva, e não apenas representativa. Sendo assim, somente temos um mundo graças à capacidade que possuímos de, por meio da linguagem, nomeá-lo. Tal fato, aliás, é bastante óbvio. Mesmo porque toda vez que pensamos nos objetos que compõem o mundo em que vivemos, automaticamente, utilizamos os nomes que lhe são atribuídos. Na verdade, nós só podemos imaginá-los porque, previamente, os individualizamos, o que se dá pela linguagem.

Com isso, é correto afirmar que não podemos ter consciência de algo sem, primeiro, nomeá-lo. Em outros termos, não podemos descobrir o mundo nem seu sentido independentemente da linguagem. Daí, a famosa observação de Heidegger segundo a qual “a linguagem é a casa do ser.”

No mesmo sentido, cumpre transcrever a lição de Silva Filho:

A linguagem não pode ser encarada como um mero meio de comunicação, pois ela é o solo sobre o qual a nossa consciência sobre as coisas que nos cercam, seus papéis e significados, se estabelece. Antes que nós tenhamos a linguagem para realizarmos o entendimento mútuo, ela já nos traz a representação particular do mundo. Daí dizer que a linguagem mais nos fala do que nós falamos a ela. (SILVA FILHO, 2003, p.107)

Desse modo, não podemos sequer imaginar um mundo que seja independente de seu aspecto lingüístico. A linguagem é, sem dúvida alguma, muito mais do que um meio de representação da realidade. Ela é um meio de acesso a esta. Ora, eu só reconheço um objeto (um peixe ou uma cadeira, por exemplo) porque, muito antes, nós o nomeamos. Não existe como, portanto, conhecer algo sem que, antes, lhe tenha sido atribuído um nome.

É este, aliás, o sentido que podemos extrair do Evangelho de João, a partir do qual se percebe, claramente, a íntima ligação entre a existência do mundo e a linguagem. Segundo o referido texto, “No princípio era o Verbo⁶⁴, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por intermédio dele, e sem ele nada do que foi feito se fez.” (João 1, 1-3)

Por isso mesmo, afirma Streck que a linguagem

[..] é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa. (STRECK, 2007, p.200)

4.5.1 A aplicação da hermenêutica filosófica no âmbito jurídico: a proposta de Gadamer

À vista de tudo o que foi até aqui exposto, resta evidente que, não obstante toda a importância e influência do pensamento de Heidegger, ele não se preocupou com a questão específica da interpretação dos textos, muito menos com o aspecto técnico relacionado com a interpretação dos textos jurídicos. Sua análise assumiu um caráter muito mais amplo e profundo, relacionada com o que acontece à base de todo o conhecimento e ação. Por isso mesmo, diante de sua obra, fala-se em uma hermenêutica fundamental, e não, simplesmente, geral, como era até então defendida.

Daí a importância do pensamento desenvolvido por aquele que, para muitos, é considerado o sucessor do autor de “Ser e Tempo”: Hans-Georg Gadamer, que, de certa forma, representou o retorno às várias correntes hermenêuticas tradicionais, o que se explica pela preocupação com a problemática atinente à interpretação dos textos. Este, aliás, é um dos aspectos que o distinguem de seu grande mentor. Acontece, porém, que apesar do retorno à

⁶⁴ Entenda-se “verbo” como “palavra”.

doutrina tradicional, ele irá romper com o paradigma dominante ao absorver as inovações propostas pelo seu compatriota, sobretudo aquela decorrente do aspecto ontológico da pré-compreensão humana.

É o que observa Silva Filho:

Como se constata, portanto, GADAMER representa o retorno, de um lado, às questões hermenêuticas que motivaram a tradição romântica (...). Contudo, tal recuo se faz em um patamar qualitativo radicalmente distinto. A interpretação dos textos e a compreensão nas ciências do espírito são vistas agora como uma decorrência da estrutura ontológica de pré-compreensão do homem. (SILVA FILHO, 2003, p.73)

Partindo da observação Heideggeriana de que nós não apenas compreendemos, mas nos encontramos sempre em uma determinada e limitada situação histórica, Gadamer irá desenvolver sua teoria hermenêutica, por ele denominada de hermenêutica filosófica, afirmando, exatamente, que nenhum de nós pode se afastar do contexto no qual estamos inseridos. Isso significa que, ao interpretarmos um texto, qualquer que seja ele, não podemos, em busca de uma fictícia tentativa de nos voltarmos ao contexto histórico no qual ele foi elaborado, simplesmente abstrairmos os preconceitos e valores que caracterizam nossa sociedade atual. Segundo Gadamer, isso seria absolutamente impossível.

Até porque, como observa Tuozzolo,

Enquanto somos seres temporais, enquanto o tempo nos investe no nosso ser mais profundo, nenhum de nós pode liberar-se do tempo ao qual pertence. A época histórica limitada na qual vivemos, os preconceitos que a caracterizam, não são elementos externos ao nosso ser; ao contrário, somos o que somos somente enquanto temos certas, limitadas e condicionadas convicções, diversas em relação àquelas que tínhamos ontem ou que teremos amanhã. Todo homem leva consigo sempre determinadas e parciais concessões, ou melhor, no fundo, o seu ser é essencialmente constituído pelo conjunto de tais pressuposições. Querer sair delas, prescindir dos nossos preconceitos, significaria tentar uma atividade impossível: abstrair-se de si mesmo, esquecer-se, 'começar do zero'. Mesmo querendo, não podemos renunciar ao tempo que somos, à condicionalidade histórica dos nossos pensamentos.⁶⁵ (TUOZZOLO, 1996, p.8-9, tradução nossa)

No mesmo sentido, afirma Stein que:

⁶⁵ In quanto siamo esseri temporali, in quanto il tempo ci investe nel nostro essere più profondo, nessuno di noi può liberarsi del tempo a cui appartiene. L'epoca storica limitata in cui viviamo, e i pregiudizi che la caratterizzano, non sono elementi esterni al nostro essere, al contrario siamo ciò che siamo solo in quanto abbiamo certe limitate e condizionate convinzioni, diverse rispetto a quelle che avevamo ieri o che avremo domani. Ogni uomo porta con sé sempre determinate e parziali concezioni, anzi, in fondo, il suo essere è essenzialmente costituito dall'insieme di tali presupposizioni. Voler uscire da esse, prescindere dai nostri pregiudizi, significherebbe tentare un'impresa impossibile: astrarre da se stessi, dimenticarsi, 'cominciare da zero'. Anche volendo, non possiamo rinunciare al tempo che siamo, alla condizionata storica dei nostri pensieri.

O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. E este estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por preconceito que pode se modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente. (STEIN,1987, p.112)

À vista do exposto, percebe-se, claramente, que a idéia de “preconceito” assume grande importância no pensamento Gadameriano, sendo, sem dúvida alguma, uma das principais categorias por ele desenvolvidas. Para ele, porém, o sentido atribuído a este termo em muito se afasta da concepção tradicional, predominante a partir da ilustração. A esse respeito, afirma Gadamer que a idéia de preconceito assumiu, injustamente, uma conotação acentuadamente negativa, sendo o termo utilizado como sinônimo de falso juízo ou juízo não fundamentado, o que significa um juízo não baseado em um método científico.

Para Gadamer, essa concepção negativa deve-se tão-somente ao predomínio do dogma, largamente difundido na ciência moderna, segundo o qual nenhuma proposição ou afirmação pode ser tida por certa se não se basear em um procedimento metodológico. Insurgindo-se contra essa concepção, afirma Gadamer (1997, p. 360) que, em si mesmo, o termo “preconceito” não possui um sentido negativo. Segundo ele, o termo significa apenas “juízo que se forma antes do exame definitivo de determinada coisa”. Sendo assim, não há que se falar em uma conotação nem positiva nem negativa para o termo. Como exemplo, afirma Gadamer que, no ordenamento jurídico Alemão, pode-se falar em preconceito também no sentido de uma pré-decisão jurídica, elaborada antes de ser proferida a sentença definitiva.

Ao lado da idéia de preconceito, outra noção defendida por Gadamer (1997, p. 371) é a de autoridade. Esta, da mesma forma que a anterior, também foi e continua sendo alvo de duras críticas no meio científico e filosófico. Nesse sentido, são veementes as críticas formuladas por Jünger Habermas, as quais, aliás, serão analisadas mais adiante. A esse respeito, o próprio Gadamer afirma que, há muito, esta noção vem sendo empregada como oposto de razão e liberdade, ou seja, como obediência cega a determinada pessoa ou crença.

Para o autor de “Verdade e Método”, no entanto, a essência da autoridade está muito longe disso. Segundo ele, a autoridade não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas, sim, em um ato de reconhecimento proveniente da liberdade e da própria razão. Desse modo, segundo ele, a autoridade repousa “sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites atribui ao outro uma visão mais acertada.” (GADAMER, 1997, p. 371)

Como exemplo, podemos citar a relação entre o professor e o aluno, ou entre o especialista e o leigo. Nestes casos, não há que se falar de uma imposição de autoridade. Até

porque, como visto, a autoridade não se impõe. O que ocorre é a predisposição, tanto do aluno quanto do leigo, sempre baseada na razão, em face das idéias por aqueles apresentadas.

Se vamos a um médico, por exemplo, e ele prescreve um determinado medicamento, muito provavelmente seguiremos aquilo que nos foi prescrito. Não houve, porém, imposição de autoridade. Ora, nada nos foi imposto pelo profissional da área da saúde. Não obstante, seguiremos suas determinações. O motivo para tanto é simples: racionalmente, aceitamos sua autoridade, ao menos no tocante àquele tema.

Sendo assim, por mais que não percebamos, nossa vida é repleta de situações como a acima retratada. Por meio delas, verificamos que o tempo todo estamos aceitando a autoridade de outras pessoas, que se mostram tecnicamente superiores. Como consequência, pautamos, constantemente, nosso comportamento de acordo com aquilo que nos foi passado, embora nada nos tenha sido exigido.

Nesse sentido, ainda segundo Gadamer, uma forma particular de autoridade pode ser percebida com a tradição. Segundo ele, o que é consagrado pela tradição tem sempre um poder evidente sobre nossos comportamentos e ações, ainda que não tenhamos consciência deste fato. Assim, por exemplo, no Direito inglês, filiado ao sistema da *Common Law*, embora não haja uma Constituição escrita, muitas de suas instituições políticas apresentam uma força incrível, como se fossem até mesmo imutáveis.

Nesse sentido, ninguém contesta, por exemplo, o regime monárquico e o prestígio da família real inglesa. Do mesmo modo, o sistema parlamentar de governo é algo quase que indiscutível no país da rainha. A partir desses dois exemplos, é fácil perceber a força da tradição, ou seja, daquilo que provém do passado e que não precisa ser fundamentado para ter validade. Tal aspecto é, sem dúvida alguma, de grande importância. Mesmo porque, ainda que estejamos diante de um período revolucionário, como o que decorreu da revolução francesa, não há que se falar em uma ruptura total com o passado. Este sempre se faz presente, com maior ou menor força, como decorrência, exatamente, do peso da tradição.

Tal opinião, contudo, está longe de ser pacífica. Ao contrário, muitas críticas lhe são endereçadas, a maioria delas baseadas no mesmo fundamento daquelas formuladas em relação à autoridade. Isso significa que, para uma parte significativa dos filósofos e cientistas, a mesma incompatibilidade presente na relação entre razão e autoridade, apresenta-se também em face da tradição. Gadamer, porém, rechaça essa afirmação, ressaltando que não há qualquer incompatibilidade entre as duas noções. Segundo ele, toda tradição pressupõe conservação, a qual, por sua vez, implica, também, um ato racional. Ora, para conservarmos algo, temos que refletir em torno de sua conveniência ou não. Não conservamos nada

simplesmente por conservar.

É, aliás, o que se pode depreender da seguinte passagem:

Parece-me, no entanto, que entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. (...) Na realidade, a tradição sempre é um momento de liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos parecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo o caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação. (GADAMER, 1997, p. 373-374)

Sendo assim, podemos concluir que nunca estamos imunes ao passado. Ao contrário, ele sempre nos condiciona, produzindo efeitos sobre o presente. Conseqüentemente, não podemos, simplesmente, desconsiderar a tradição e buscarmos um sentido objetivo para um fenômeno que esteja completamente desvinculado do passado. Isso seria impossível. Até porque o passado, ou a tradição, como afirma mais uma vez Gadamer, não existe como algo estanque, sem qualquer reflexo sobre o presente.

Por outro lado, quando nos voltamos para a investigação ou conhecimento de um fato histórico, também o fazemos em virtude de questões e interesses que caracterizam o momento presente. Assim, por exemplo, a administração implementada por determinado Presidente da República, aqui no Brasil, pode ter importância e conotação diferentes, dependendo do contexto no qual ela será analisada. Isso significa que o contexto atual também influencia o sentido atribuído ao passado. Por isso, é correto falar em uma via de mão dupla, uma vez que, do mesmo modo que somos conformados pelo passado, este também é influenciado pelo presente.

Desse modo, o enfoque a ser dado ao fato histórico, ou a escolha do próprio fato a ser investigado, também depende (e muito) do novo contexto. Daí, segundo observa Gadamer, é absolutamente impossível admitir um conhecimento completo da história. Isso porque ela somente adquire sentido a partir dos valores que caracterizam o contexto atual, do mesmo modo que este é sempre conformado pelos fenômenos históricos.

A partir da concepção acima exposta, propõe Gadamer uma nova categoria, também de grande importância para a compreensão de sua teoria hermenêutica. Trata-se da história

efetual. Através dela, busca o defensor da hermenêutica filosófica ressaltar, exatamente, o influxo que a tradição exerce sobre nós, deixando patente que a compreensão humana é sempre uma compreensão histórica.

Isso significa que o passado não pode ser visto como algo fechado em si mesmo, sem qualquer ligação com o presente. Ao contrário, para o autor de “Verdade e Método”, os efeitos da história operam em toda e qualquer compreensão, estejamos ou não conscientes deste fato. Por isso mesmo, afirma Gadamer (2003, p. 399) que o horizonte do presente está sempre em formação, sendo permanentemente influenciado pelo passado. Aqui, aliás, desponta outra categoria gadameriana: a de horizonte. Esta, por sua vez, significa “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto.”

A esse respeito, levando em conta a interpretação de um determinado texto, é fácil perceber que seu sentido vai variar de acordo com o horizonte do intérprete, o qual, por sua vez, nunca pode ser visto como algo fechado. Com isso, Gadamer não pretende afirmar que existem dois horizontes distintos: o do intérprete e o da produção do texto. Na verdade, o que ocorre, segundo ele, é a existência de um único horizonte, o qual, porém, é sempre móvel, estando em constante transformação. Sendo assim, falar em vários horizontes é tão incorreto quanto aceitar a existência de um único horizonte fechado. É o que observa, mais uma vez, Silva Filho:

Logo, a idéia de que se tenha o horizonte do intérprete e o horizonte de produção do texto histórico, ao qual aquele pretende se deslocar, é falsa. Em verdade, há apenas um único horizonte, permanentemente mutável. Um horizonte presente fechado é tão fictício quanto supor a existência de um indivíduo totalmente isolado, como na história de Robinson Crusoe. [...] Trata-se, na verdade, de um único grande horizonte, que é sempre móvel e que se alarga junto conosco. Este horizonte abarca todo o tempo, e nele se desenrola a tradição. Deslocar-se de um ponto a outro, ou de um horizonte a outro, significa, pois, levar a nós mesmos sem de nós apartar os olhos. (SILVA FILHO, 2003, p.86)

Daí, a observação segundo a qual horizonte é “algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move.” (GADAMER, 2003, p. 402) É exatamente esse processo que Gadamer denomina de “fusão de horizontes”, o que, porém, não significa, como já ressaltado, a existência de vários horizontes distintos, que se unem em um determinado contexto, mas, sim, a existência de um único horizonte, que está em constante formação, alargando-se o tempo todo.

A partir da idéia de fusão de horizontes, Gadamer passa a sustentar que é impossível separar o momento da compreensão e o da aplicação. Isso significa que não compreendemos primeiro, para só depois aplicarmos a norma à realidade. Ao contrário, todo processo de

compreensão traz implícito sua aplicação, ainda que seja a um caso fictício. Segundo ele,

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos, isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação – isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 2003, p. 408)

Desse modo, não somente a compreensão e a interpretação representam um processo unitário e, portanto, indissolúvel, como também a própria aplicação é parte integrante deste. Como afirma o defensor da hermenêutica filosófica, no ato da compreensão, sempre ocorre uma aplicação do texto à situação atual do intérprete. (GADAMER, 2003, p. 407-408)

O mesmo ponto de vista é corretamente sustentado por Müller, o qual assevera que:

A descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário – num processo, que inclui o ‘sujeito compreendente’ [*den Verstehenden*] e sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e nessa medida completado, embora esse sujeito compreendente esteja vinculado a esse sentido do texto. (MÜLLER, 1995, p.40)

A esse respeito, no entanto, cumpre ressaltar que o trinômio (compreensão- interpretação-aplicação) não decorre de um processo linear, no qual a solução seria, simplesmente, deduzida de um preceito legal. Na verdade, todo o processo se dá de forma circular.

Como acima ressaltado, ao interpretarmos um determinado texto, partimos sempre da pré-compreensão que dele possuímos. Nesta, porém, não inserimos apenas aspectos técnicos ou jurídicos. Ao contrário, conforme observa Larenz, ela compreende também aspectos fáticos, como, por exemplo, o contexto social no qual vivemos e o caso concreto a ser decidido.

Até porque o Direito não existe como algo destacado da realidade para a qual foi criado. A partir da pré-compreensão, nos aprofundamos em sua leitura, ocasião em que poderemos confrontá-la com o sentido inicialmente atribuído. Com isso, o ponto de partida voltará sempre tematizado e, portanto, diferente. Isso significa que a interpretação é sempre o desenvolvimento de uma pré-compreensão, e não o contrário.

Esse processo, contudo, não visa a um sentido absoluto e, portanto, permanente. Ao contrário, conforme restou demonstrado a partir de Heidegger, sob o influxo da tradição e em virtude das particularidades do caso concreto, ele está o tempo todo se transformando, sendo

mantida, desse modo, sua historicidade como característica marcante e inafastável de todo o processo.

Como se vê, são inúmeras as contribuições advindas da teoria Gadameriana. Rompendo com a filosofia da consciência, nos termos do que havia sido proposto por Heidegger, o autor de “Verdade e Método” representou um enorme salto qualitativo, consolidando o entendimento de que não se pode mais falar em um sentido objetivo para a norma jurídica, como se este estivesse sempre disponível, como fruto amadurecido de uma árvore. Ao contrário, tal sentido é sempre mutável, sendo alterado em vista das particularidades do caso concreto, levando-se em conta o influxo da tradição.

Nesse contexto, a interpretação não pode mais se efetivar como simples processo dedutivo, no qual a solução do caso concreto, denominado de premissa menor, é sempre deduzida do texto normativo, então considerado como premissa maior. Diferentemente, como ressalta Gadamer, todo processo interpretativo se desenvolve através do círculo hermenêutico, partindo exatamente da pré-compreensão do todo, a qual será confrontada com o caso a ser decidido, em um processo de interação constante e recíproca. Com isso, torna-se inegável a influência dos preconceitos e, sobretudo, da tradição, em todo processo interpretativo.

Acontece, porém, que apesar da enorme contribuição, não há como deixar de apontar algumas lacunas na teoria Gadameriana. Dentre elas, podemos afirmar que, por mais que a hermenêutica filosófica nos ajude a entender todo o mecanismo de atuação do processo hermenêutico, evitando equívocos advindos de uma concepção estática do direito, ela acaba deixando em aberto aspectos fundamentais na aplicação de uma norma jurídica.

É o caso, por exemplo, do problema da justiça. Ora, como sabemos, diferentemente de outras áreas do conhecimento, o direito não pressupõe apenas uma interpretação adequada de suas normas. Muito além disso, sua preocupação deve girar em torno da justiça da decisão a ser proferida. Isso significa que, além de um “correto compreender”, deve o intérprete buscar um “justo decidir”. (SILVA FILHO, 2003, p. 130-131)

Tal aspecto foi muito bem ressaltado por Castanheira Neves, segundo o qual a interpretação jurídica apresenta uma natureza praxístico-decisória, e não, simplesmente, significativo-compreensiva. Isso significa que:

A intenção e as exigências regulativas deste pensamento não se cumprem numa ‘doutrina de um correto compreender’ – como se exprime Canaris e, com ele, ainda, o pensamento comum –, mas antes na doutrina de um justo decidir. Não a correção de uma consistente e coerente integração compreensiva ou a validade como coerência narrativa, mas a justeza decisória ou a validade-justiça são aqui os valores polares. (NEVES, 2003, p. 76)

Esse fato, porém, acabou sendo tangenciado por Gadamer, o qual não se dedicou com profundidade ao tema, o mesmo valendo para seu grande mentor, Martin Heidegger. Por isso mesmo, podemos falar em um flanco desguarnecido, sobretudo na teoria gadameriana, a qual, por ter se dedicado com maior ênfase ao problema hermenêutico da interpretação dos textos jurídicos, deveria ter-se voltado também para o referido aspecto.

Isso não significa, contudo, que tenhamos que jogar por terra todo o avanço alcançado a partir da perspectiva ontológica então desenvolvida. Mesmo porque toda a discussão em torno do aspecto ético no direito não afasta os méritos da proposta hermenêutica desenvolvida por Heidegger e Gadamer e pelos que lhes sucederam.

Sendo assim, o que devemos fazer é, sem descurar dos avanços alcançados pela hermenêutica filosófica, estabelecer critérios que possam atender ao sobredito sentimento de justiça. Com isso, objetivamos, sobretudo, legitimar as decisões judiciais a serem proferidas.

Daí, porém, advém uma enorme dificuldade. Como levar a cabo esta tarefa? Quais critérios poderiam ser utilizados no sentido de fazer valer os direitos e garantias fundamentais, atendendo, assim, à promessa realizada com o advento da modernidade? Esta tarefa torna-se ainda mais difícil quando nos atemos à realidade extremamente complexa na qual vivemos, a qual se mostra repleta de valores divergentes, nas mais diversas áreas.

É daí que advém a pergunta central a ser respondida diante do atual contexto: como respeitar valores tão diversos como os que caracterizam a sociedade moderna e, ao mesmo tempo, atender ao sentimento de justiça, legitimando as decisões judiciais? Trata-se, sem dúvida, do grande desafio do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, visando a apresentar alternativas para a solução do problema em questão, assume destaque especial a teoria discursiva do direito, desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, a qual irá alcançar enorme importância, sobretudo em face da complexidade característica da sociedade atual.

4.6 A crítica Habermasiana

Antes, porém, de analisarmos mais detidamente a teoria proposta por Habermas, cumpre ressaltar as severas críticas por este realizadas à teoria Gadameriana. Habermas, embora também conteste a pretensão de objetividade das ciências do espírito e da própria

ciência natural, destacando a importância da hermenêutica, irá assumir postura bastante crítica em relação a algumas categorias defendidas por Gadamer. É o caso, por exemplo, da autoridade e da tradição. Segundo ele, toda tradição pode ocultar um contexto de violência; por isso, somente poderíamos legitimar o consenso por ela trazido caso estivéssemos seguros de que ele se realizou de modo não distorcido e isento de coação. (SILVA FILHO, 2003, p. 115)

Assim, embora aceite que a razão esteja fundada e conformada pela tradição, afirma Habermas que ela tem capacidade de se voltar contra esta criticamente e, até mesmo, de rejeitá-la. Como consequência, defende o filósofo da razão comunicativa uma espécie de razão emancipatória, capaz de jogar por terra tradições que, a despeito de sua força e influência ao longo da história, podem estar assentadas em alguma forma de alienação psicológica ou ideológica. Desse modo, entende Habermas que a crítica ao iluminismo, realizada pelo seu compatriota, representa um grande retrocesso, exatamente por negar o espírito crítico, aceitando passivamente uma tradição que pode estar assentada em uma conduta antidemocrática.

Gadamer, por sua vez, afirma ter sido mal interpretado por Habermas, negando, portanto, que sua teoria hermenêutica pudesse representar uma obediência cega àquilo que advém da tradição. Ao contrário, segundo ele, uma teoria que pressupõe uma constante tomada de consciência dos próprios pressupostos não pode, em hipótese alguma, ser apontada como desprovida de caráter crítico. A esse respeito, observa Gadamer que o simples fato de se aceitar o influxo da tradição não quer dizer que haja uma obediência cega e ingênua a esta. Tanto é verdade que o próprio autor de “Verdade e Método” afirma que é corrente a transformação da tradição, a partir do diálogo constante com o novo contexto.

Na verdade, por mais salutar que seja a crítica habermasiana, sobretudo ao colocar em evidência o flanco desguarnecido do pensamento do autor de “Verdade e Método”, não podemos concordar com todas as suas observações. Até porque concordamos com Gadamer acerca do peso que a tradição exerce no processo interpretativo. Como vimos, ao buscarmos a interpretação adequada para um determinado texto, não podemos, simplesmente, desconsiderar nossos preconceitos, ignorando o peso do passado sobre o processo interpretativo.

Isso implicaria partir de uma falsa premissa: a de que estamos imunes à força da história e, mais do que isso, a de que podemos nos desvencilhar de nós mesmos durante o processo interpretativo. Tal fato, porém, não se sustenta. Até porque o passado sempre nos condiciona, produzindo efeitos sobre o presente, ainda que estejamos decididos e engajados

na tarefa de modificá-lo.

Por isso mesmo, entendemos que, apesar de toda a crítica Habermasiana à hermenêutica filosófica, proposta por Gadamer, as duas posições não se excluem. Ao contrário, podemos falar em uma complementação entre elas, de modo que partilhamos da posição defendida por Stein, o qual defende, exatamente, uma relação de complementariedade entre as teorias propostas por esses dois grandes filósofos da história da humanidade. Assim, para Stein:

[..] os dois métodos, o dialético e o hermenêutico, e as duas posições filosóficas que nele se manifestam encontram o seu estatuto teórico na referência a esta polaridade da reflexão. Mas esta polaridade não apenas torna comparáveis o método crítico e o método hermenêutico. Ela instaurou, desde sempre, uma proximidade entre ambos. De tal maneira que um não pode operar sem o outro. Portanto, tanto na filosofia crítica como na filosofia hermenêutica, o ideal da reflexão aparece enquanto busca da racionalidade. Apenas a reflexão crítica acentua a diferença, o contraste e a reflexão hermenêutica acentua a identidade.” (STEIN *apud* HABERMAS, 1987, p. 103)

4.7 A proposta de Habermas

Por outro lado, ao se voltar para o problema da eficácia e, sobretudo, da legitimidade do direito, Habermas trará enorme contribuição para a ciência jurídica, propondo um novo critério de racionalidade (a racionalidade comunicativa), a qual rompe também com a filosofia da consciência, agora a partir de uma teoria discursiva do direito, e não mais hermenêutica, como proposta por Gadamer.

Para tanto, ele parte de uma severa crítica endereçada tanto ao paradigma liberal quanto ao modelo paternalista, implantado com o advento do Estado Social. Esta crítica se assenta em uma das características mais marcantes da sociedade atual, qual seja, a pluralidade. Segundo o filósofo da Escola de Frankfurt, esta característica, por si só, demonstra a insuficiência dos dois modelos acima ressaltados.

Mesmo porque a sociedade moderna se caracteriza, exatamente, pela diversidade de valores, sejam eles de ordem religiosa ou cultural. Isso significa que, no âmbito de um mesmo grupo social, é possível identificar doutrinas morais, filosóficas e religiosas das mais diversas, algumas até mesmo opostas ou inconciliáveis.

Daí, o grande equívoco advindo do modelo implantado com o Estado do bem-estar

social, o qual, partindo de uma forma de vida ou identidade coletiva, tida como compartilhada, pressupõe a existência de um consenso ético entre os membros pertencentes ao mesmo grupo social. Este, porém, nunca existiu e nunca vai existir, sobretudo no mundo moderno, que tem a ressaltada pluralidade como uma de suas características mais elementares.

Por isso mesmo, propõe o filósofo da razão comunicativa uma teoria que seja mais adequada a este novo contexto e que respeite, acima de tudo, a sobredita e inafastável diversidade cultural. Com isso, objetiva-se conferir maior legitimidade aos resultados alcançados pelo direito e, como consequência, maior efetividade para as normas jurídicas.

Foi exatamente com esse objetivo que ele propôs sua teoria discursiva do direito, a qual se assenta na idéia de reconstrução do conceito de soberania popular, concebida não mais em termos tradicionais, mas, sim, a partir de uma perspectiva procedimentalista. Como consequência, as respostas para as demandas sociais implicarão, sempre, participação efetiva de seus próprios destinatários.

Nesse sentido, afirma Habermas (1997, p. 24) que soberania popular é o poder produzido comunicativamente e sempre de forma intersubjetiva, que resulta “das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia.”

Sendo assim, é fácil perceber que, para Habermas, em uma sociedade centrada na diversidade como a atual, a legitimidade do direito pressupõe, necessariamente, um processo democrático para sua criação. Isso significa que não mais se justifica a concepção do direito apenas sob o aspecto coercitivo, como algo imposto por terceiros e que se sustenta com base no poder do Estado de fazer valer sua vontade em detrimento da vontade do particular. Ao contrário, somente através de um processo democrático, o direito respeitará a ressaltada diversidade cultural e, portanto, se legitimará como um dos mais importantes instrumentos de integração social.

É o que se extrai do seguinte trecho:

Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático de criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ela tira sua força legitimadora. A teoria do discurso fornece uma resposta

simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais. (HABERMAS, 1997, p. 308)

Isso significa que, na perspectiva procedimentalista do direito, a legitimidade do fenômeno jurídico não decorre, simplesmente, de pré-compreensões dos ideais de bem, entregues ao arbítrio de algum escolhido, como, por exemplo, o presidente, ou, principalmente, o juiz. Ao contrário, em face da nova perspectiva proposta, não se admite mais a atribuição de papéis salvacionistas e paternalistas a terceiros, como se estes fossem capazes de, num passe de mágica, encontrar respostas perfeitas para os problemas que lhe são apresentados. (NUNES, 2005, p. 61)

Para Habermas, no âmbito do Estado democrático de direito, cada cidadão deve assumir responsabilidade pelos princípios elementares de sua própria vida, não podendo mais recorrer a nenhuma autoridade transcendente que o alivie de suas decisões.

Nessa perspectiva, como bem ressalta Cattoni (2005), o direito não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar, permanecendo sempre aberto a diferentes concepções e a diferentes papéis sociais. O objetivo é evitar que a abordagem normativa perca seu contato com a realidade, permanecendo, ao contrário, em permanente tensão com esta.

Desse modo, critica Cattoni a tese dos que sustentam a existência de um hiato, sobretudo nos países em desenvolvimento, entre o Direito e a realidade, entre a “Constituição formal” e a “Constituição real”. Para ele, a partir da perspectiva procedimentalista, esse suposto afastamento torna-se impossível. Na verdade, o que irá ocorrer é uma permanente tensão entre as normas constitucionais e a realidade fática. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 05)

Desse modo, o papel principal a ser desempenhado pelo Texto Constitucional é assegurar, mediante balizas processuais constitucionais, uma participação constante e efetiva aos destinatários das normas jurídicas, de modo que eles possam cooperar, plenamente, na formação das decisões das quais sofrerão os efeitos. (NUNES, 2005, p. 61)

É, aliás, o que ressalta Habermas (1997, p. 181) quando defende a “institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.” Como se vê, é por meio de tais processos e pressupostos comunicativos que se alcança a racionalização das decisões judiciais e da administração de

um governo vinculado ao direito.

Com isso, ainda segundo Habermas,

[...] atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a 'combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada' são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar, que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 1997, p. 186)

Desse modo, em oposição à produção interior e monológica de normas jurídicas, pautada em uma moral convencional, Habermas propõe um procedimento dialógico/discursivo, fundamental para a produção do direito, sobretudo em uma sociedade pautada pela diversidade. (CRUZ, 2006, p. 134)

Como consequência, não há como negar que a autonomia privada e a autonomia pública deixam de ser vistas de forma estanque, passando a ser concebidas de forma complementar, como duas faces da mesma moeda. Mesmo porque, como afirma Cattoni (2006, p. 114-115), a partir do momento em que soberania popular passa a ser interpretada procedimentalmente, essa interpretação acaba garantindo que as duas dimensões da autonomia jurídica se articulem reciprocamente. É exatamente por isso que cada um de nós, como sujeito privado, torna-se apto, sempre pelo processo legislativo de mediação entre canais institucionalizados ou não, a produzir nossos próprios direitos e deveres.

Ante todo o exposto, é fácil perceber que, tal como Heidegger e Gadamer, Habermas também critica o paradigma da filosofia da consciência, ressaltando, de forma veemente, seu esgotamento. Isso significa que, também para o filósofo da escola de Frankfurt, já não se sustenta mais a atitude objetiva do intérprete que se dirige a si próprio como a entidades no mundo exterior, buscando captar sua essência, caracterizada pela imutabilidade. Para ele, no entanto, o paradigma da consciência deve ser substituído pelo da compreensão, o qual pressupõe, como ressaltado, “a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam os seus planos de ação através de um acordo entre si sobre qualquer coisa no mundo.” (HABERMAS, 1998, p. 277)

4.8 As críticas à proposta habermasiana

É importante ressaltar, porém, que a teoria habermasiana não está infensa às críticas. Ao contrário, não faltam autores que ressaltam as lacunas apresentadas pela teoria procedimentalista, sobretudo nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, afirma-se que a teoria habermasiana foi proposta levando em conta a realidade do povo alemão, o qual apresenta elevados índices de desenvolvimento humano, seja no tocante à saúde, como ao grau de instrução. Por isso mesmo, ela não se ajustaria à realidade de países que ainda não alcançaram o grau de desenvolvimento europeu e americano, uma vez que desconsidera exigências substantivas para o real exercício dos direitos fundamentais.

Por outro lado, critica-se também a possibilidade defendida por Habermas de se falar em uma teoria geral da Constituição, ou seja, uma teoria da Constituição proposta a partir da idéia de constitucionalismo visto como fenômeno universal. É, aliás, o que ressalta Streck (2007), segundo o qual uma teoria da Constituição deve levar em conta, sempre, a realidade dos países em desenvolvimento, sendo capaz de remover os obstáculos que impedem o exercício dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, afirma Streck que seria imprescindível conceber a Constituição como “ordem ou medida material da sociedade”, atribuindo ao Poder Judiciário o papel de seu guardião máximo. Ainda segundo Streck, apenas através de uma atuação judicial, ética e politicamente comprometida, poder-se-ia superar o hiato entre a Constituição formal e a realidade político social, “deixado pela ação ou pela omissão dos demais Poderes da República e pela própria dinâmica de uma sociedade degradada e hipossuficiente, lançando mão de valores fundamentais, dentre eles, a dignidade humana.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 05)

No mesmo sentido, afirma o jurista Gaúcho:

O que sempre direi explícito são as insuficiências das abordagens habermasianas, mormente - e insisto neste ponto - se levarmos em conta as especificidades de um país de modernidade tardia como o Brasil, que exige - e disso estou plenamente convicto - uma teoria da Constituição adequada às suas especificidades e uma atuação interventiva da jurisdição constitucional, sem cair, à evidência, no ‘ativismo judicial’, que, aliás, tem sido praticado às avessas em *terrae brasilis*, contribuindo para a inefetividade dos direitos fundamentais sociais. (STRECK, 2007, p. 13-14)

Os adeptos desta última corrente costumam defender, nos termos propostos por Canotilho, a necessidade de uma Constituição dirigente, cuja principal função seria remover os obstáculos que impedem nosso desenvolvimento. Isso significa que a Constituição deve

assumir um caráter nitidamente político, sendo, na verdade, como afirma mais uma vez Streck, o instrumento jurídico de direção política da sociedade.

Tal posição foi sintetizada por Cattoni, segundo o qual, nos termos ressaltados por Streck,

É o judiciário, ou melhor, os Tribunais superiores e, na sua crista, o Supremo Tribunal Federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de ‘direitos’ e de realização da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se, pois, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p.04)

Tal posição, porém, é severamente combatida por todos aqueles que, baseados numa teoria procedimentalista, como a defendida por Habermas, vêem a Constituição apenas como instituidora das condições legítimas do direito; o que significa que seu papel não é resolver, por si só, todas as mazelas presentes em nossa sociedade, mas apenas criar as condições comunicativas necessárias para a produção legítima do direito, bem como das políticas futuras que devem ser efetivadas.

A esse respeito, afirma Cattoni que, sob as condições modernas de um mundo plural, em que competem, com mesma dignidade, vários projetos do que seja o florescimento humano, tal compreensão não somente parece chocar-se com o pluralismo político e de identidade individuais e coletivas, característico da modernidade, “como coloca em risco, com seu desprezo por nossas próprias vivências de cidadania, a democracia entre nós.” (CATTONI, 2005, p. 05)

Desse modo, ainda segundo Cattoni, nos termos de uma visão procedimentalista do direito, a Constituição

[..] deve ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma; ou seja, das condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático. (CATTONI, 2006, p. 114)

Como se vê, o tema em questão é dos mais polêmicos, despertando o interesse e o espírito crítico de renomados filósofos e grandes juristas, os quais se têm voltado, cada vez mais, para o problema da efetividade e legitimidade do direito.

De fato, há muito, nossa sociedade clama pela concretização de todas as promessas feitas com o advento da modernidade, assim como pela implementação da maioria dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional. Por isso mesmo, não há dúvidas de que as várias propostas realizadas no sentido de buscar uma maior inclusão social são, sem sombra de dúvidas, bastante louváveis, merecendo todo nosso respeito e atenção.

O problema, porém, decorre da forma como são implementadas essas políticas. Até porque, no âmbito de uma sociedade extremamente complexa como a nossa, formada por valores diversos e até mesmo contrastantes, não deixa de ser um enorme risco o papel salvacionista atribuído ao Estado. Até porque conceder ao ente estatal (por meio de seus órgãos, como o judiciário, por exemplo) poderes e a responsabilidade de pôr fim a todos os problemas sociais é algo extremamente complicado, que deixa patente todos os perigos.

Isso porque, sob o pretexto de aplacar as demandas sociais, muitas decisões arbitrárias são tomadas diariamente. Assim, por exemplo, com o propósito de fazer justiça, o juiz pode acabar proferindo decisões que deixam transparecer nitidamente apenas seus próprios valores, o que, sem dúvida alguma, não deixa de ser nocivo.

Até porque, como visto, vivemos numa sociedade em que o pluralismo é uma realidade marcante e inafastável. Por isso mesmo, toda construção do direito deve se fundar na participação efetiva de seus destinatários, e nunca como resultado de um processo monológico. Isso não quer dizer, porém, que o juiz deixará de ter poder de decisão. Não é isso. Até porque, para o bem do próprio do sistema, é fundamental que este continue exercendo suas atribuições, sobretudo no sentido de coibir os excessos, possibilitando um ambiente adequado para a construção co-participativa do direito.

Para tanto, é fundamental que o direito resulte da atuação efetiva de todos aqueles que estão diretamente ligados a ele, como é o caso do juiz, das partes e até do representante do ministério público, dependendo do caso.

Somente assim, respeitando os valores muitas vezes divergentes, sem descuidar das normas consagradas pelo nosso ordenamento jurídico, assim como das especificidades do caso concreto, é que conseguiremos uma maior legitimidade para as decisões judiciais.

Por isso mesmo é que propomos, a partir do próximo capítulo, uma nova forma de conceber a autonomia privada, a qual terá como fundamento uma perspectiva procedimentalista, de caráter habermasiano, sem abandonar, porém, o aspecto hermenêutico fundamental, conforme acima ressaltado.

Com isso, pretendemos adaptar a autonomia privada ao novo contexto, buscando critérios que realmente se sustentem do ponto de vista prático e não apenas teórico. Até

porque de nada adianta a técnica se ela, de fato, não puder ser aplicada à realidade fática.

5 A AUTONOMIA PRIVADA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os aspectos apontados nos capítulos anteriores evidenciam a insuficiência das principais teorias que se ocupam da autonomia privada, a exigir uma reformulação ampla, que a adapte ao contexto atual. O objetivo, como ressaltado, é buscar uma nova forma de conceber este importante instrumento jurídico, que se sustente em face da nova realidade social. Trata-se, aliás, de uma necessidade premente. Mesmo porque, em um mundo globalizado e altamente desenvolvido (pelo menos do ponto de vista tecnológico) como o nosso, não faz sentido que a autonomia privada e os contratos sejam concebidos ainda em termos clássicos.

A esse respeito, como já visto, não se aceita mais a idéia de que os efeitos jurídicos negociais nasçam diretamente da vontade manifestada. Mesmo porque, ao realizarmos um negócio jurídico, além dos efeitos desejados, costumam derivar dele uma série de conseqüências que são estabelecidas diretamente pelo ordenamento jurídico, a despeito de não haver nenhuma manifestação nesse sentido.

Assim, por exemplo, quando alguém realiza um contrato de compra e venda, assumindo a qualidade de vendedor, ele responderá, salvo convenção em contrário, pela evicção, assim como pelos vícios redibitórios. Para tanto, não há a necessidade de manifestação de vontade nesse sentido. Isso significa que tais efeitos decorrem diretamente do ordenamento jurídico, e não da vontade manifestada.

Por isso mesmo, atribuir efeitos jurídicos exclusivamente à vontade exteriorizada é desconsiderar a necessária intervenção do ordenamento, o qual, sem dúvida alguma, é indispensável para a produção de todo e qualquer efeito no mundo jurídico. Daí, a inconsistência da expressão “autonomia da vontade”, a qual peca exatamente por ressaltar

demasiadamente o elemento anímico na formação do contrato.

Do mesmo modo, ter na vontade o elemento central na interpretação dos negócios jurídicos é também uma postura que merece profundos reparos, uma vez que deixa patente o predomínio de um paradigma filosófico já ultrapassado (a filosofia da consciência). Nesse sentido, pouco importa se essa vontade é vista como elemento volitivo interno ou externo (vontade declarada).

Como mencionado, a filosofia da consciência é uma corrente filosófica que parte da perspectiva de que razão e matéria são dois elementos completamente autônomos. Isso significa que o homem (único ser dotado de razão) e os demais objetos que lhe são externos são, além de distintos, absolutamente independentes. Sendo assim, os objetos passam a ter uma realidade que em nada depende da realidade dos homens que com eles se relacionam.

Daí, portanto, a crença de que esta realidade pode ser captada de maneira objetiva e invariável, sempre por meio de um procedimento científico. Nesses termos, em linguagem Gadameriana, podemos afirmar que os objetos são vistos como simples presença (como algo que pode ser captado de uma vez por todas a partir do método empregado), e não como evento, isto é, como algo que está sempre em aberto e que nunca se mostra em definitivo.

Na verdade, desde Heidegger e sua crítica à filosofia então dominante, ficou claro que nada possui uma essência imutável. Nenhum objeto pode ser visto como algo absoluto, como se sua essência pudesse ser captada por meio da mera observação. Do mesmo modo, também foi evidenciado que a análise dos objetos deve partir sempre de uma instância de compreensão prévia, que é exatamente o homem. É óbvio, porém, que não se trata do homem abstrato, mas, sim, do homem concreto, completamente inserido no contexto social em que vive.

Decorre daí, portanto, o equívoco de se analisar a vontade, seja ela interna ou declarada, como algo absoluto, que possa ser captado de uma vez por todas. Ora, não há como negar que tudo aquilo que nos cerca, pelo menos no que tange ao sentido que lhe atribuímos, não existe independentemente daquilo que somos e pensamos.

Por outro lado, também não concordamos com a tese daqueles que, embora numa perspectiva mais objetiva, definem autonomia privada como o poder de estabelecer regras para regular os próprios interesses. Esta tese, embora possua o mérito de não valorizar demasiadamente a vontade na formação do contrato, também peca por se assentar em uma premissa completamente equivocada, qual seja, a de que as partes de uma relação contratual possuem, em igualdade de condições, esse poder de fixar as cláusulas para atender os próprios interesses.

Tal fato, embora desejável do ponto de vista teórico, está bastante distante do novo

contexto em que vivemos. Assim, não há dúvidas que um grupo social em que as partes contratantes possam discutir livremente as cláusulas contratuais, agindo sempre em igualdade de condições, é um ideal a ser perseguido, por expressar um desejo profundo do homem. Contudo, a realidade em que vivemos é bastante diversa deste ideal.

Nela, em virtude da concentração de riquezas e da necessidade de agilidade, a grande maioria dos contratos é celebrada por simples adesão. Isso significa que apenas uma das partes contratantes irá estabelecer as cláusulas contratuais, cabendo à outra tão somente aderir ao conteúdo previamente fixado.

Nesse contexto, é importante observar que tampouco se justifica a tese de que, nessa modalidade contratual, a autonomia privada reside na liberdade de celebrar ou não o contrato, e não em fixar seu conteúdo. Mesmo porque grande parte dessas relações contratuais surge para obter serviços essenciais, como o de água, luz, telefone, entre outros, os quais se tornaram indispensáveis à existência humana. Além do mais, mesmo aqueles produtos ou serviços não atrelados à satisfação de necessidades ligadas à própria subsistência acabam se tornando indispensáveis, em virtude de campanhas publicitárias cada vez mais eficientes, que criam necessidades artificiais e cada vez mais numerosas.

Por isso mesmo, se do ponto de vista teórico a liberdade de celebrar ou não o contrato é defensável, na prática, ela vem perdendo considerável espaço. Até porque não tem o menor sentido afirmar que temos liberdade para assinar ou não um contrato para fornecimento de água, por exemplo. Como também não faz sentido ressaltar que temos liberdade para discutir as aludidas cláusulas contratuais, quando, na verdade, estas são impostas pela prestadora do serviço, cabendo à outra parte, simplesmente, aderir às cláusulas previamente estabelecidas.

À vista de todo o exposto, importa indagar, então, em que reside a autonomia privada? Como podemos entender este princípio basilar de todo o ordenamento jurídico? Não podendo ser entendido como poder para estabelecer regras atinentes aos interesses privados, qual o melhor critério para defini-lo? Este é, sem dúvida alguma, o maior desafio a ser enfrentado por este trabalho.

Certo é, porém, que a autonomia privada não pode mais ser concebida como poder conferido a todos para contratar ou não, ou, ainda, para fixar o conteúdo das cláusulas contratuais. Na verdade, por mais que isso possa ocorrer, e seja até mesmo desejável que ocorra, a cada dia, vem-se tornando uma realidade cada vez mais distante de nosso cotidiano. Sendo assim, não mais se justifica a sobredita concepção.

Desse modo, visando a apresentar alternativas plausíveis em face do novo contexto em que vivemos, defendemos a autonomia privada como a prerrogativa conferida às partes de

participar ativamente, e sempre de forma concreta, na regulação dos próprios interesses. Essa prerrogativa pode ser exercida quando das tratativas para o estabelecimento de uma relação contratual, mas deve se tornar efetiva principalmente quando, diante de um caso concreto, as partes buscarem a concretização das referidas cláusulas, fixando o sentido que elas devem assumir diante de uma situação específica.

Tal fato se justifica uma vez que a declaração de vontade, assim como os demais elementos presentes em uma relação contratual, não possuem um sentido objetivo e imutável. Como visto, a partir do declínio da filosofia da consciência, não mais se justifica a tese de que razão e matéria são objetos distintos e independentes, como se esta possuísse uma essência objetiva, sempre pronta para ser captada.

Na verdade, conforme anteriormente ressaltado, a “essência” ou o ser dos objetos nunca pode ser concebido como simples presença, ou seja, como algo permanente, sempre pronto para ser extraído. Ao contrário, devemos concebê-lo sempre como um evento, isto é, como algo mutável, tanto no tempo quanto no espaço. Para tanto, porém, devemos partir do homem concreto, ou seja, do homem inserido do meio em que vive.

No caso específico dos contratos, são as partes envolvidas na relação contratual, juntamente com o juiz, caso haja litígio levado à apreciação judicial, que irão determinar o sentido que as cláusulas assumirão diante do caso concreto. Tal fato, porém, como é óbvio, não impede a participação recíproca das partes também no momento de estabelecimento das referidas cláusulas.

Como vimos, essa participação, mais do que legítima, seria desejável. O problema, porém, é que, diante da massificação das relações contratuais, exigir que um grande grupo econômico, como as Casas Bahia ou o Carrefour, por exemplo, venha a discutir concretamente as cláusulas dos milhares de contratos celebrados diariamente é pura utopia. Algo inconcebível, que jamais seria implementado. Por isso mesmo, em situações dessa natureza, a autonomia privada se caracteriza, principalmente, pela possibilidade de as partes discutirem concretamente, ainda que perante o judiciário, a validade ou não de determinadas cláusulas, e o sentido que estas irão assumir naquela situação específica.

Sendo assim, entendemos que a fixação desse sentido não pode ser obra exclusiva de um ser “iluminado”, acima do bem e do mal, capaz de proporcionar soluções sempre justas a partir das pretensões deduzidas concretamente. Ao contrário, são as próprias partes que, numa perspectiva procedimentalista, vão contribuir para a formação desse sentido, através de argumentos compartilhados intersubjetivamente. Tal fato deve sempre ocorrer, seja no âmbito de um procedimento jurisdicional ou, ainda, a partir de um acordo realizado entre os

interessados diante do caso concreto.

Importa ressaltar, porém, como anteriormente frisado, que, tratando-se de uma discussão travada no âmbito judicial, não defendemos o esvaziamento do papel de decisão e direção do juiz. Não é isso. Até porque ele tem uma missão fundamental na condução do procedimento até seu desfecho final. O importante, no entanto, é que o órgão judicial, em respeito à própria autonomia privada das partes, leve em conta as contribuições por estas trazidas, seja no tocante à validade ou não de determinada cláusula, seja no aspecto do sentido concreto adquirido pelos termos contratuais.

Como conseqüência, será fundamental a participação das partes também na determinação do alcance e sentido a ser assumido pelas cláusulas gerais. Estas, aliás, exercem papel fundamental na delimitação das relações contratuais, como, por exemplo, a boa-fé objetiva, a revisão e o dirigismo contratual. Como visto, esses institutos nasceram com o advento do Estado Social, o que se deu exatamente em função da necessidade de intervenção do ente estatal nas relações econômicas.

Foi exatamente essa nova postura do órgão estatal que acabou relativizando dogmas advindos do Estado liberal, como é o caso, por exemplo, do princípio *pacta sunt servanda*, o qual traduzia a obrigatoriedade quase absoluta dos contratos, exatamente por serem fruto da vontade livre das partes.

Ocorre que, apesar da mudança, muito se discutiu acerca do sentido e alcance desses novos institutos. Esta, aliás, é uma questão de fundamental importância. Mesmo porque, em se tratando de princípios ou cláusulas gerais, não há como negar a necessidade de uma maior atuação dos intérpretes, a qual se justifica exatamente pela maior indeterminação no tocante às condições de aplicação. (GALUPPO, 1999, p. 203)

É importante mencionar, contudo, que no contexto atual, principalmente em virtude do já ressaltado pluralismo que caracteriza a sociedade moderna, tais princípios não podem ter seu conteúdo fixado por uma única pessoa. Ao contrário, somente as partes, numa perspectiva procedimentalista, poderão captar todos os valores envolvidos e fixar um sentido adequado e legítimo diante do caso em questão.

Nesse sentido, cumpre trazer a lume as observações de Nunes, que muito bem sintetizou o contexto e o tema em discussão:

No entanto, encontramos-nos em uma sociedade pluralista, onde o relativismo impera, e em que a nenhum sujeito solitário é possibilitada a captação com imparcialidade desses valores; somente através de um processo intersubjetivo e argumentativo, balizado pelos princípios (normas) constitucionais, será possibilitada a integração das cláusulas gerais em perspectiva normativa. (NUNES, 2005, p.78)

É óbvio que, nesse processo, as partes, assim como o juiz, irão partir da pré-compreensão que possuem. Esta, porém, não se limita apenas ao contexto fático. Ao contrário, ela leva em consideração também o contexto jurídico. Isso significa que, tal como constatado por Larenz, não se pode mais separar as normas jurídicas do contexto fático ao qual elas se dirigem. O que, aliás, é facilmente perceptível. Assim, por exemplo, sempre que alguém vai celebrar um determinado contrato, ao lado de uma pressuposição de ordem fática, ele também formula uma pré-compreensão jurídica da relação a ser constituída.

Ora, por mais que não sejam especialistas no assunto, os contratantes sempre possuem uma idéia, ainda que superficial, de alguma cláusula que deve ser inserida, de um direito que não pode ser omitido. Também no tocante à interpretação, é muito comum as partes pressuporem aquilo que, para elas, é o sentido adequado ou o correto entendimento de determinada cláusula. É óbvio, porém, que esta pressuposição tem que ser confrontada com o caso concreto, jamais podendo ser concebida como algo absoluto, sob pena de cair na mesma armadilha que acabou levando à derrocada a filosofia da consciência.

É natural, contudo, que o juiz, ao ser convocado para a solução dos conflitos, possua um conhecimento técnico mais específico, fruto do embasamento doutrinário e da experiência alcançada a partir de sua formação acadêmica e de sua experiência profissional. Tal conhecimento, porém, não pode ser visto como algo estanque, que está dissociado do contexto fático no qual será aplicado.

Ao contrário, o direito jamais pode ser visto como algo isolado, que independe dos fatos concretos. Até porque, como ressaltado, toda interpretação pressupõe também uma aplicação, que, por isso, está intimamente relacionada a um determinado contexto, ainda que imaginário. Sendo assim, é inquestionável a necessidade de um diálogo constante entre a pré-compreensão jurídica e os novos valores e elementos que surgem a partir das transformações sociais.

A esse respeito, importa transcrever, uma vez mais, a lição de Silva Filho:

[...] para que seja encontrada a solução jurídica para os casos que se apresentam aos aplicadores, é fundamental o modo como a pretensão das partes se configura, o modo como o caso se apresenta. Daí porque não ser suficiente tratarmos de uma pré-compreensão de juristas, esta não se divorcia totalmente da pré-compreensão das partes, e assim deve ser para que possa cumprir a sua função de solucionar os conflitos de maneira justa. O Direito não deve ser reduzido a uma linguagem de profissionais. O fenômeno jurídico é mais amplo, ele é visceral para todos os membros da sociedade, e deve ser levado em conta pelo aplicador do Direito em todas as suas dimensões. (SILVA FILHO, 2003, p.145-146)

Para tanto, ainda segundo o mesmo autor, é fundamental

[...] um adequado confronto de pressupostos, inserindo entre estes não só a específica pré-compreensão jurídico-dogmática, mas também os valores, expectativas e pontos de vista pertinentes a todos os setores sociais, pois só assim o ordenamento jurídico em sua aplicação estará apto a exercer plenamente o seu papel precípua de resolução justa dos conflitos, estando sintonizado com os valores do seu tempo e espaço. (SILVA FILHO, 2003, p. 147)

Desse modo, não é demais repetir, a autonomia privada não pode se restringir às tratativas iniciais mantidas pelas partes, no sentido de estabelecer as cláusulas contratuais que melhor atendam a seus interesses. Mesmo porque, se assim fosse, estaríamos em sérios apuros para utilizá-la como fundamento dos contratos de adesão (amplamente predominante no contexto atual), assim como dos contratos obrigatórios, os quais também vêm ganhando muito espaço no cenário jurídico moderno.

Tudo isso, é claro, contribui para jogar por terra, em definitivo, a idéia tradicional de obrigação enquanto vínculo ou elo (de caráter estático) entre duas partes, no qual uma delas, o credor, se afigurava como único titular de direitos, entre eles o de exigir da outra, o devedor, a realização da prestação devida.

Na verdade, há muito, a doutrina vem defendendo a existência de uma relação obrigacional complexa, de natureza essencialmente dinâmica, uma vez que passível de diversas transformações, desde seu nascimento até sua extinção. Nesse sentido, cumpre trazer a lume a lição de Fernando Noronha, segundo o qual existem duas maneiras de encarar a relação jurídica obrigacional:

[...] uma, vendo nela apenas o que se chama de relação obrigacional simples, isto é, somente olhando o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, encarando-a na perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados e nascidos de um determinado fato [...]. Nesta segunda perspectiva teremos o que se chama de relação obrigacional complexa, ou sistêmica. (NORONHA, 2003, p. 72)

Ocorre que, apesar de propor a distinção acima mencionada, o próprio Fernando Noronha reconhece que falar em obrigação simples não passa de uma mera abstração. Mesmo porque aquilo que encontramos na vida real são sempre relações obrigacionais complexas.

No contexto atual, tal fato vem-se tornando evidente. Até porque, conforme ressaltado, a partir da cláusula geral de boa-fé objetiva, vem sendo consagrada uma nova categoria de deveres, os chamados deveres acessórios (dentre eles o de proteção, lealdade e

esclarecimento), que tem como fonte, exatamente, a cláusula geral da boa-fé. Tais deveres são assim denominados uma vez que não se confundem com o dever principal, consistente na realização da prestação obrigacional. Do mesmo modo, tais deveres não podem ser atribuídos apenas a uma das partes. Ao contrário, é de sua própria natureza sua atribuição simultânea ao devedor e ao credor, o que significa que qualquer uma das partes pode ser demandada pelo descumprimento de algum deles.

Sendo assim, no âmbito da relação obrigacional, devedor e credor são, simultaneamente, titulares de direitos e deveres, o que significa que ao invés de falarmos em um vínculo de subordinação, é muito mais adequado ressaltar a existência de uma relação de cooperação, em função da qual as partes agem em conjunto em busca de suas finalidades e expectativas.

Até porque, a partir do momento em que atribuímos à autonomia privada também o alcance de ensinar às partes a participação efetiva na construção do sentido das cláusulas anteriormente fixadas, é natural que a idéia de cooperação se torne ainda mais evidente, suplantando, definitivamente, a idéia anteriormente ressaltada.

Desse modo, concordamos com Nunes (2005), no sentido de que a relação obrigacional deve ser vista, modernamente, sempre como um procedimento estruturado a partir de uma seqüência de atos e fatos, visando sempre à obtenção de uma finalidade que atenda ao interesse das partes, sem descuidar, porém, o interesse social.

6. CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, é inegável que não mais se justifica entender a vontade como causa determinante dos efeitos jurídicos que decorrem das relações contratuais. Por isso mesmo, é descabida a expressão “autonomia da vontade”, sendo mais conveniente falar em “autonomia privada”. Tal expressão, aliás, veio, exatamente, substituir a carga individualista e liberal presente na anterior.

Por outro lado, a autonomia privada também não pode mais ser entendida como o simples poder conferido às partes para, *in abstracto*, estabelecer o conteúdo das relações contratuais ou escolher com quem contratar. Como visto, tal postura, além de se assentar em um paradigma filosófico em franco declínio (a filosofia da consciência), destoa completamente da realidade atual. Até porque, na atualidade, é grande o número dos contratos de adesão, ou seja, dos contratos cujas cláusulas são fixadas exclusivamente por uma das partes, sem que haja, portanto, qualquer liberdade de negociação entre elas.

No mesmo sentido, vem assumindo cada vez maior destaque os contratos obrigatórios, cuja restrição à liberdade é ainda maior. Mesmo porque, nesta última hipótese, não existe sequer a opção de deixar de realizá-lo.

Por isso mesmo, é fundamental que se faça uma profunda releitura do conceito de autonomia privada, de modo que a expressão seja adaptada ao novo contexto. Para tanto, é imprescindível que ela seja entendida de forma mais ampla, abrangendo também a prerrogativa conferida às partes para que, à luz do caso concreto e dialeticamente, possam participar da construção do sentido que as cláusulas negociais irão assumir em face de um determinado contexto.

A esse respeito, não podemos nos esquecer de que, embora boa parte das relações contratuais tenha seu conteúdo fixado em um determinado momento, seus efeitos se prolongam no tempo, dando origem a uma relação obrigacional complexa, que está sujeita a transformações até que haja sua extinção.

É por isso, também, que não podemos limitar a participação das partes apenas no tocante às tratativas que precedem o nascimento da relação contratual. De outro modo, partiríamos da idéia equivocada de que as partes possuem o poder de emoldurar ou engessar a relação contratual, sempre de forma absoluta, independentemente, portanto, das especificidades que poderão surgir ao longo de sua execução. Ora, tal posição não se sustenta. Até porque, conforme foi ressaltado, os fatos que estão sendo regulados são fatos futuros, que,

por isso mesmo, não podem ser recortados e delimitados de forma absoluta, como se coubesse à realidade se adaptar ao Direito, e não o contrário.

Ademais, é importante frisar a existência de um enorme volume de contratos nos quais a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais sequer existe, limitando-se uma das partes a assinar o instrumento contratual, cujas condições são previamente fixadas. Daí, portanto, a necessidade de alargarmos o significado de autonomia privada, de modo que as partes possuam também a prerrogativa de participar ativamente da construção do significado das cláusulas e, principalmente, da solução mais adequada para o conflito de interesses instaurado entre elas ao longo do cumprimento da relação contratual.

Isso não significa, no entanto, que esteja completamente afastada a possibilidade de as partes discutirem previamente as cláusulas que irão reger suas relações. Não é isso. Na verdade, o que queremos é dotar a autonomia privada de maior amplitude, de modo que as partes possam, como fruto deste poder atribuído pelo ordenamento, não apenas discutir a redação das aludidas cláusulas (quando possível, obviamente), mas, principalmente, participar de forma ativa da construção do sentido que estas devem assumir durante o cumprimento da relação contratual e, até mesmo, após sua extinção.

É evidente, porém, que a posição aqui defendida não se coaduna com a idéia clássica de relação obrigacional. Nesta, o vínculo entre as partes é visto como algo estático, que nasce e se extingue sem sofrer mudanças. É como se toda a relação fosse concretizada em um quadro rígido e inalterável, cabendo às partes apenas se resignar àquilo que, pelo menos em tese, foi fruto da discussão entre elas. É daí, aliás, que nasce a idéia do *pacta sunt servanda*.

Ainda de acordo com tal concepção, as partes deveriam ocupar uma posição sempre precisa, sendo o credor o único titular de direitos, enquanto ao devedor seriam atribuídos apenas deveres. Por isso mesmo, tornou-se corrente a idéia de obrigação como de vínculo de subordinação entre as partes.

Tal posição, porém, não mais encontra acolhida. Isso porque, em face da concepção moderna de relação obrigacional, é inegável que tanto o credor quanto o próprio devedor assumem a titularidade de direitos e deveres. Assim, por exemplo, não há como negar que o devedor tem o direito de ver respeitada sua dignidade quando demandado pelo descumprimento da prestação devida. Do mesmo modo, ele tem o direito de pagar apenas na data do vencimento, não podendo, a princípio, ser acionado antes da data fixada.

Por outro lado, o credor também assumirá uma série de deveres. Como exemplo, por simetria de tratamento no que tange aos direitos do devedor, o credor tem o dever de não

expor o demandado ao ridículo ou a uma situação vexatória quando da exigência do cumprimento da prestação em atraso.

Por sua vez, devido à necessidade de atender à função social, os direitos do credor não receberão a devida tutela caso tenham por fundamento um interesse egoísta, que contraria de forma evidente o interesse social. Nesse sentido, podemos citar a hipótese de alguém que assume a obrigação de não construir em determinada parte de seu terreno e que, em descumprimento do avençado, construa um edifício de apartamentos no local.

Neste caso, por mais que o ordenamento jurídico possibilite a destruição da obra realizada, é bastante provável que tal consequência não seja implementada, o que se justifica por não ser condizente com a função social exigida no caso. Por isso mesmo, será resguardada a posição do devedor, embora ele tenha que assumir o dever de indenizar o credor pelos prejuízos sofridos.

Diante do exposto, não há como negar que a idéia de autonomia privada ora defendida reforça ainda mais a noção moderna de relação obrigacional, a qual pressupõe um vínculo de cooperação entre as partes, e não de subordinação, como tradicionalmente defendido. Tal afirmação é evidente, até porque, se entendemos que as partes devem discutir, de forma isonômica e dialética, o sentido das cláusulas contratuais, participando ativamente da busca da solução mais adequada para os conflitos entre elas instaurados, é mais do que natural que não haja subordinação, mas, sim, colaboração entre elas, a fim de alcançar o resultado comum desejado.

Ademais, nos termos da posição aqui defendida, concluímos que também não se sustentam as teorias tradicionais pertinentes à interpretação dos contratos. Ora, é evidente que tanto a teoria da vontade (a qual se baseia na busca da vontade real), quanto a teoria da declaração (baseada na vontade efetivamente declarada) partem de pressupostos equivocados.

O primeiro deles decorre do fato de imputar à vontade – seja interna ou externa – a causa geradora de efeitos jurídicos, o que, há muito, vem sendo criticado. Como vimos, desde o momento em que se consagrou o uso da expressão “autonomia privada” (em substituição à autonomia da vontade), ficou claro que a vontade, por si só, nada produz, que não é ela, portanto, a fonte produtora de efeitos jurídicos.

Em segundo lugar, quando buscamos a vontade inicialmente exteriorizada, ainda que internamente, partimos do pressuposto de que a situação fática manteve-se inalterada, o que, na maioria das vezes, não condiz com a realidade. Como mencionado, embora as cláusulas contratuais tenham sido fixadas em um determinado momento, as relações por elas regidas irão prolongar-se no tempo, pressupondo, portanto, um contexto fático muitas vezes diverso

daquele inicialmente existente. Sendo assim, não procede a tentativa de interpretar o contrato, ou o negócio jurídico de um modo geral, levando em conta, exclusivamente, a vontade interna ou declarada das partes.

Da mesma forma, muito embora as teorias da confiança e da responsabilidade tenham jogado luzes importantes sobre o tema, relativizando o papel da vontade na produção dos efeitos do negócio jurídico, elas, por si só, também não resolvem o problema. Ao contrário, podem dar margem a arbitrariedades, sobretudo se atribuírem ao juiz a responsabilidade exclusiva na solução do conflito.

Por isso mesmo, entendemos que a melhor forma de interpretar os contratos é confrontar seus termos com a realidade fática. Não, porém, com aquela existente quando de sua realização, mas, sim, a contemporânea à solução do problema surgido entre as partes. Tal solução, todavia, não pode ser obra de um ser iluminado, que se põe acima do bem e mal. Na verdade, ela deve provir de um procedimento dialeticamente instaurado pelas próprias partes (ainda que sob a presidência do Juiz), as quais, como fruto da autonomia privada, deverão participar de forma ativa e decisiva na solução de todos os problemas ocorridos no âmbito da relação contratual.

Tal postura é fundamental, até mesmo porque o sentido da norma, assim como o das cláusulas contratuais, não pode ser visto como presa de um momento eterno. Ao contrário, é algo inacabado, que está em movimento contínuo, como o próprio homem, em sua indiscutível temporalidade. Daí, a importância do processo hermenêutico, fundamental na revelação do próprio Direito e do sentido adequado das cláusulas diante de um novo contexto fático.

Com base nessa nova postura, será possível ultrapassar um paradigma filosófico em declínio, como a filosofia da consciência, e adaptar esse importante instituto, que é a autonomia privada, à realidade contemporânea, caracterizada pela massificação das relações contratuais e pela inexistência, na grande maioria das vezes, de liberdade para negociação das cláusulas contratuais.

Por outro lado, em face da presente proposta, acreditamos, também, ser possível romper com os resquícios do modelo social de Estado, que há muito se mostrou incapaz de solucionar os problemas de uma sociedade extremamente complexa, como a nossa, penetrando em um novo modelo de organização, mais aberto e plural, no qual, de fato, as desigualdades possam ser enfrentadas e superadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. **Manuale di Diritto Privato**. 4 ed. Padova: Cedam, 2005.

ALPA, Guido; GAGGERO, Paolo. **Profili istituzionali del diritto privato**. Padova: Cedam, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Manuel Carneiro de Souza. **Bandeira a Vida Inteira**. Rio de Janeiro: Editora Alumbramento, 1986, pág. 90.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

BARCELLONA, Pietro. **Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici**. Milano: Giuffrè, 1969.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: LZN, 2003.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto Civile. Contratto**. Milano: Giuffrè, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito**. Traduzido por Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. (83-129) In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 87, jul.-set. 2004.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/03/2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Geral do Direito Moderno. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDEIRO, Antônio da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 2³ ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Pós-Eficácia das Obrigações**. Lisboa: Coimbra editora, 1984.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DÍAZ, Julio Alberto. *A teoria da Imprevisão no Novo Código Civil Brasileiro*. In: **Revista de Direito Privado**, n. 20, 2003.

DORIA, Giovanni; RUSSO, Ennio; LENER, Giorgio. **Istituzioni delle Leggi Civili**. 3^o ed. Milano: Cedam, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. 4 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

FERRI, Giovanni Battista. **Dai Codici della proprietà al codice dell'impresa**. Milano: Giuffrè, 2005.

FERRI, Giovanni. **Il negozio giuridico**. 2 ed. Padova: Cedam, 2004.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 33-41, 2º sem. 2006a.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, CÉSAR. *Direito Civil. Curso Completo*. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5 ed; tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Il problema della Coscienza storica**. Napoli: Guida, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Il movimento fenomenológico**. Bari: Sagittari Laterza, 1994.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 7 ed. Padova: Cedam, 1992.

GALGANO, Francesco. **Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione**. Bologna: Zanichelli, 1982.

GALGANO, Francesco. **Tratatto di Diritto Civile Commerciale. Il negozio Giuridico.** 2 ed. Milano: Giuffrè, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, 36 n. 143 jul/set., 1999, p. 191-209.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: RT, 1967.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer.** Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I.** 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Che cos'è metafisica.** 3 ed. Milano: Adelphi, 2005.

IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del Diritto Privato.** Padova: Dedam, 1990.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione.** 4º ed. Milano: Giuffrè, 1999.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato.** Bari: Laterza, 2001.

JOÃO. In: **A BIBLIA:** tradução João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica brasileira, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Belo Horizonte: Líder, 2004.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção.** Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCARELLI, Francesco. **Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici**. Padova: Cedam, 1990.

LYRA FILHO, Roberto. Direito do capital e direito do trabalho. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. Ramos de (Orgs.) **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 62-76.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINES, Temistocle. **Diritto Costituzionale**. 10 ed. Milano: Giuffrè, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado. Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho do Direito Civil Constitucional: in: **Revista de Direito Civil**, vol. 65, jul/set, 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência. Elementos de uma teoria constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada. O princípio da Autonomia Privada na Pós-Modernidade.** Dissertação de Mestrado apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado pela PUCMinas, 2003.

NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica.** Coimbra: Coimbra editores, 2003.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos dos Direitos das Obrigações e introdução à responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. Alguns fundamentos do revisionismo contratual. Acerca do Direito obrigacional e contratual numa perspectiva democrática. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 60-81, 1º sem. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Atualização Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti.** 3º ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, t. I.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PRATA, Ana. **Notas sobre Responsabilidade Pré-contratual.** Coimbra: Almedina, 1995.
RÁO, Vicente. **Ato jurídico.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RESCIGNO, Pietro. **Trattato di Diritto Privato.** 2. ed. Torino: UTET, 2004.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Contornos contemporâneos do Direito Civil Brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUCMINAS. Belo Horizonte, 2004.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da**

Codificação: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998a.

ROPPO, VINCENZO. **Istituzioni di Diritto Privato.** 3° ed. Bologna: Monduzzi, 1998b.

SACCO, Rodolfo. **Trattato di Diritto Privato.** 2 ed. Torino: Utet, 1996. Tomo II.

SACCO, Rodolfo. DE NOVA, Giorgio. **Il contratto.** 3. Ed. Torino: UTET, 2004. Tomo II.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Trattato di Diritto Civile. Il Contratto.** 3 ed. Torino: UTET, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STANZIONE, Pasquale. **Manuale di Diritto Privato.** Torino: Giappichelli, 2006.

STANZIONE, Pasquale. *Diritto Privato. Lineamenti istituzionali.* Torino: Giappichelli, 2003.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência. Uma introdução à filosofia.** Porto Alegre: L&PM, 1988.

STEIN, Ernildo. **Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”.** Comemoração dos sessenta anos de Ser e Tempo de Heidegger. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

STEIN, Ernildo. *in:* HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer.** Porto Alegre: L&PM, 1987.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica ao Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Trabalho apresentado no painel Crise das Codificações, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil,** realizada no campus da

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999, p. 13-25.

TEPEDINO, Gustavo. **Novos Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **A parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di Diritto Privato**. 17 ed. Milano: Giuffrè, 2004.

TUOZZOLO, Cláudio. **H. G. Gadamer e l'interpretazione come accadere dell'essere**. Milano: Franco Angeli, 1996.

VATTIMO, Gianni. **La fine della modernità**. 2ed. Milano: Garzanti, 1995.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.