

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIOGO NASCIMENTO BUSSE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSPECTIVA
ECONÔMICA DOS APLICADORES DO DIREITO NA REALIDADE JURÍDICA
BRASILEIRA: UMA POLARIZAÇÃO ESTÉRIL**

CURITIBA

2013

DIOGO NASCIMENTO BUSSE

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSPECTIVA
ECONÔMICA DOS APLICADORES DO DIREITO NA REALIDADE JURÍDICA
BRASILEIRA: UMA POLARIZAÇÃO ESTÉRIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

DIOGO NASCIMENTO BUSSE

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSPECTIVA
ECONÔMICA DOS APLICADORES DO DIREITO NA REALIDADE JURÍDICA
BRASILEIRA: UMA POLARIZAÇÃO ESTÉRIL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Eduardo Saldanha
Universidade Estadual de Londrina - UEL e
Faculdade de Administração e Economia - FAE

Curitiba, 04 de fevereiro de 2013

*Dedico este trabalho à luz da minha vida,
minha família: minha mãe Themis Nascimento
Busse, meu pai Luiz Alberto Ayres Busse,
meus irmãos Thiago, Bruna e Natasha e meu
amor maior, meu filho João Luiz.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a construção deste trabalho e para a minha caminhada até aqui. É preciso destacar a importância na minha vida do Lincoln, da Ju e da Isabela, família que dá sentido a minha caminhada, além da minha parte em Londrina: minha vó Mariazinha, Tia Denise, Felipe, Carol, Ju e Maria Fernanda, e meus tios Junior, Sheila, Thaís e Shirley. Preciso destacar, também, minha admiração por Jucundino Perroni, pelo exemplo de pai e avô, e por meu cunhado Bruno Zaitter.

Devo um agradecimento especial a um grande amigo que se debruçou comigo, desde o nascimento deste projeto, sobre as angustiantes questões que originaram o trabalho: Victor Hugo Domingues. Agradecimento especial também ao meu querido irmão Bruno Pierin Furiati, um exemplo de pessoa, de estudioso e profissional do direito.

Ao meu irmão Bruno Otávio Litwinski, devo o agradecimento de quem tem a vida mais completa com a sua amizade. O agradecimento se estende a toda família Liti, especialmente à Jana e ao Tio Marlo, que com sabedoria, paciência e experiência muito têm nos ensinado sobre a vida.

Agradeço também às inspirações da minha vida, Gus Benke e Dudu Braga, e ao meu primo irmão, também exemplo de estudo e dedicação, Luiz Gustavo Nascimento Haas. Preciso destacar a importância na minha vida de Cida Stier.

Meus amados amigos/irmãos Daniel Glomb, Thiago Assunção, Gustavo Alencar, Gil Baroni, Henrique Ressel, Paula Velloso Moreira, Roseli Bassi, Mauro Zanatta, Luis Eduardo Muñoz, Guilherme Paranaguá e Cunha, Dilmar Leite, Dimas Bueno, Gustavo Debone, Marcelo Silveira Espíndola, Carlos Gravina, José Felipe Turkiewicz, Zé Beto, Marcos Juliano, Cleuza Canan, Marcelo Moro, Rafael Sfredo, Afro Martins Junior, Andressa Saizaki, Guilherme Fragomeni, Carlos Henrique Nasser Veiga, Ana Carolina

Bartolomei Ramos, Ana Cristina Carvalho, Luiza Muller, Sheina Parnes, Marcelo Andreoli, Monica Macedo, Marcelo Raskin, André Spinardi, Rafael Furtado Madi, André Folloni, Paulo Emílio Lenzi, Francisco Borio, Paulo Machado, Gustavo San'tanna Ferreira, Marcos Azuma, Milton Baptista, Guilherme Guerra, Aldo Schmitz, Joel Samways, Sandro Moser, Tom Lisboa, Alan Marcelo Costa, Ravi Pimentel, Andre Paes, Alessandro Duleba, Marco Langer, Guilherme Traub, Fernando Freire, Paulo Henrique Furtado, Caico de Paula, Guilherme Nadalin, Daniel Hachem, Ana Luiza Galvão Phul, Luiz Vicente, Silvana Santos, Fernando Munhoz Ribeiro, Gustavo Guedes, Mauricio Timm do Vale, Gilberto Costa, André Agner Martins, Antonio Augusto Porto, André Nacli, Lucas Ajuz, Beto Justus, Beto Madalosso, Caio Fortes de Matheus, Camila Braga, Fernando Requião, Claudio Demeterco, José Renato, Marco Dorigon, Eduardo Caramori, Fernando Flemming, Eduardo Malchow, Eunapio Torres, Fabio Batista, Tiago Rosset, André Scheinkmann, Fernanda Karam Sanches, Flavia Cury, Rodrigo França, Felipe Furiati, Fabio Galvão, Gerson Delliano, Jorge Brand Goura, Gu Berg, Guilherme Assad de Lara, José Roberto Abagge Filho, João Carlos Budal da Costa Junior, João Paulo Ribeiro Santana, Andre Ambrozio Dias, Lucas Rocha, Luis Felipe Sella, Arlindo Ventura, Tathiana Cenovicz, Thiago Hoshino, Thiago Marder, Vanessa Assad, Pedro Paschoal, Martim Afonso Palma, Fernando Braga Maciel, Dayana Dallabrida, Alessandra Back, Phillip Gil França, Cristina Mello e José Gaspar.

Dedico também, além do meu agradecimento, o mais sincero respeito e admiração pelos mestres com quem tanto aprendi: Rui Simon Paz, Egon Bockmann Moreira, Luiz Edson Fachin, Eduardo Saldanha, José Lúcio Glomb, José Antonio Peres Gediell, Paulo Busato, Ronaldo Lobo, Sergio Staut, César Graça, Ricardo Marcelo Fonseca e Araci Asinelli da Luz. Ao meu amigo e mestre Luis Fernando Lopes Pereira presto especial homenagem por ter despertado em mim, ainda na graduação, o interesse pelo pensamento crítico e pela própria busca ao conhecimento.

Ao meu orientador Eroulths Cortiano Junior dedico minha eterna amizade. Sempre lhe serei grato por tudo que aprendi ao seu lado.

*Gente é tão louca
E no entanto tem sempre razão
Quando consegue um dedo
Já não serve mais, quer a mão
E o problema é tão fácil de perceber*

*É que gente
Gente nasceu pra querer
Gente tá sempre querendo
Chegar lá no alto
Pra no fim descobrir
Já cansado que tudo é tão chato
Mas o engano é bem fácil de se entender*

*É que gente
Gente nasceu pra querer*

(Raul Seixas)

RESUMO

A realidade jurídica brasileira da constitucionalização do direito civil infestou a esfera das relações interprivados de princípios fundamentais que visam ao repensar da lógica individualista e patrimonialista, de modo a torná-lo emancipatório e não meramente reparador. A partir dessa nova perspectiva, de repersonalização e despatrimonialização do direito civil, toda a tradicional doutrina e jurisprudência civilistas foram impelidas a proceder a uma releitura crítica dos estatutos jurídicos fundamentais do direito privado. O presente trabalho tem por fim estudar as novas tendências do direito civil contemporâneo e o fenômeno da constitucionalização, que não quer dizer respeito apenas às Constituições formais (ou àqueles países nos quais existe uma Constituição), mas que trata também da dimensão prospectiva da Constituição. Sendo assim, é preciso analisar a função simbólica da Constituição, desenvolvendo um papel educativo que inclui a discussão moral no discurso jurídico e contribui para a formação de mentalidade ética na sociedade. Essa realidade constitucionalizante, contudo, não é isenta de críticas. Muitos autores e principalmente economistas contemporâneos iniciaram um movimento de crítica à incidência principiológica no âmbito do direito civil. A crítica é dirigida especialmente à falta de segurança jurídica supostamente ocasionada pela vagueza de conceitos flexíveis que hoje permeiam a codificação e as leis civilistas. Por outro lado, pode-se conceber que é justamente por meio destes conceitos flexíveis que os aplicadores do direito podem concretizar a análise econômica do direito, que leve em consideração as consequências econômicas e sistêmicas das decisões judiciais. Será apreciada a alegada contraditoriedade entre os discursos da constitucionalização do Direito Civil e da Análise Econômica do Direito, de modo a demonstrar que possivelmente não estamos diante de conceitos e concepções antagônicas, mas que, ao contrário, podem convergir em um esforço de construção teórica que visa à concretização da dignidade humana. Assim como a perspectiva econômica do direito não consiste em mera tentativa de resgate da certeza e segurança jurídicas, a constitucionalização do direito civil não implica, necessariamente, a falta de segurança. Para essa aproximação, o presente estudo tem como base a teoria da complexidade proposta por Edgar Morin e, a partir dela, analisa a possível interpenetração entre o sistema jurídico e o desenvolvimento econômico brasileiro.

Palavras-chave: Constitucionalização. Análise Econômica do Direito. Direito e Desenvolvimento. Segurança Jurídica. Complexidade. Ética. Discursos morais.

ABSTRACT

The constitutionalization of the private law in Brazilian law reached grounds of the private relationship so that the fundamental rights emerged to the re-thinking of binary standard 'individual-property, in a way it has overcome the compensatory behavior in favor of the applicability of the fundamental rights on it. As of this new perspective, with the rebirth of the individual and the deconstruction of property in the private law, the traditional doctrine (including civil law judges) became obliged to readapt their understandings of the fundamental rights of the civil law. This work has the purpose to study such trends of the contemporary civil law and the constitutionalization experiences over it. In order to do that, it is necessary to analyze the symbolic role of the Constitution (not only the written ones, but the entire sense of constitution), searching for the development of an informative model, which includes the discussion of moral behavior inside the legal speech, which will contribute for the formation of an ethical standard inside the society. Such constitutionalization reality is not, however, unanimous. Several scholars, mainly economists, are against the application of fundamental rights in civil law. Such criticism is related to the lack of legal certainty, since such fundamental rights are supposedly too vague and flexible for the civil code standards. On the other hand, it is possible to argue that such flexible concepts are the ones that allow judges to apply the economic analysis of law and, therefore, employ the economic consequences whenever they decide in a specific situation. The investigation hereunder will verify the distinctions between the speeches of the constitutionalization of the Civil Law and the Economic Analysis of Law, in a sense to demonstrate that law is not facing two different ideas, but those two notions can be constructed in a way to converge in favor of the human dignity. Thus, it shall be demonstrated that at the same time the economic analysis of law does not consist on a simple attempt to rescue the legal certainty, the constitutionalization of the civil law does not represent on a lack of such safety. For such, this study has its foundation on the complexity theory as developed by Mr. Edgar Morin and, from there, investigate the possibility of the legal system with the Brazilian economic development.

Key-words: Constitutionalization. Private Law. Civil Law. Economic Analysis of Law. Law and Development. Economy. Legal Certainty. Complexity. Ethic. Moral Speech.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	18
2.1	RAÍZES HISTÓRICAS E SOCIOLOGICAS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	19
2.2	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	27
2.3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO A PARTIR DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL	47
2.4	A PERSPECTIVA DE UMA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA E A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	60
3	A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓPTICA DA COMPLEXIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY	68
3.1	FILÓSOFOS QUE FUNDAMENTAM A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY – A CONTRIBUIÇÃO PARA O DISCURSO MORAL DA FILOSOFIA LINGUÍSTICA ANALÍTICA.....	72
4	A PERSPECTIVA ECONÔMICA DOS APLICADORES DO DIREITO	95
4.1	O DIREITO E A ECONOMIA VISAM AOS MESMOS FINS?.....	106
5	DIREITO, ECONOMIA E O DESENVOLVIMENTO: A TEORIA DA COMPLEXIDADE	114
5.1	EVOLUÇÃO E QUEDA DA TEORIA DO "DIREITO E DESENVOLVIMENTO"	120
5.2	O CONTRATO ENTRE DOIS PROBLEMAS: ONDE PESA A BALANÇA ESTATAL.....	123
5.3	A RACIONALIDADE E SUAS LIMITAÇÕES CULTURAIS	127
5.4	O PLURALISMO JURÍDICO E O PAPEL DOS CONTRATOS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	135
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
	REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo onde a vida social é cada vez mais integrada. Cada vez mais se percebem as consequências de uma ação individual na vida dos outros e cada vez mais surgem possibilidades de, mediante uma ação individual, se incentivar e influenciar comportamentos e movimentos em todo o globo terrestre. Vivemos em um mundo complexo.

Dizer que vivemos em um mundo complexo, significa iniciar um movimento de aproximação e aprofundamento da análise da vida em sociedade, que leve em consideração as várias formas pelas quais o homem em sociedade se manifesta. Em outras palavras, o fenômeno social possui várias manifestações: a sociedade se expressa economicamente, politicamente, juridicamente – por meio das normas que a regulam –, demograficamente, geograficamente, historicamente e culturalmente, para mencionar as experiências mais evidentes. A realidade/sociedade, no entanto, é uma só. O estudo das ciências humanas e sociais não deve negligenciar a complexidade organizacional que envolve a sociedade e que amplia a percepção acerca das influências recíprocas e interpenetrações decorrentes das mais variadas formas de manifestação do fenômeno social.

É perceptível como o convívio humano e as interações entre agentes econômicos demandam a todo momento novas soluções jurídicas, em um movimento conceutivo do direito que parte do social. Por outro lado, as coações e regulações jurídicas, bem como a normalização de comportamentos pelas instâncias de poder disseminadas na sociedade que não decorrem do Estado, constantemente moldam e delimitam os comportamentos humanos.

Percebe-se uma relação circular de produção da vida em sociedade que evidencia a natureza complexa do fenômeno social que não deve ser analisada de forma compartimentada. O presente estudo levará em conta a realidade complexa que pretende ser organizada pelo direito, ou seja, a complexidade da experiência jurídica que pressupõe um movimento cíclico por meio do qual o produto – o direito – faz parte do processo de produção – sociedade a qual se pretende organizar. Isso significa afirmar a limitação das esferas às quais tradicionalmente se atribui a função de organizar a sociedade, quando não consideradas suas interpenetrações decorrentes da complexidade social. Significa afirmar, também, a importância da disseminação e

formação de uma mentalidade que reconheça e enalteça os valores éticos responsáveis pela dignificação do homem, valores estes somente alcançáveis pelo autoconhecimento e não por uma imposição do Estado, embora este aparato de poder tenha importante papel no processo educativo e na garantia das condições materiais básicas, a partir das quais a vida humana possa ser desenvolvida. A lógica complexa que fundamenta o presente trabalho, ao desenvolver o método dialógico em superação da dialética – que pressupõe uma teoria vencedora –, não vislumbra ideias que não nos ensinem, vale dizer, não trabalha com teorias vencidas e vencedoras, mas procura agregá-las na construção do conhecimento.

Partindo, então, de uma nova lógica da complexidade do fenômeno social, o presente estudo tem por fim investigar a retórica da segurança jurídica na realidade brasileira, a constitucionalização do Direito Civil e a escola da Análise Econômica do Direito. Superficialmente, as duas correntes teóricas apresentam posições antagônicas. Não raras vezes, o plano teórico da Análise Econômica do Direito sustenta o discurso da maximização do benefício privado e a funcionalização do utilitarismo do agente como métodos seguros para alcançar os predicados afetos à constitucionalização do direito civil, como a dignidade da pessoa humana e a função social do direito.

Desde já é importante notar que o estudo não negligencia a inafastável carga valorativa que envolve a produção e a aplicação do direito. Ao contrário, quando se procura analisar a complexidade do fenômeno jurídico, inevitavelmente nota-se a presença de discursos morais que não distorcem a pretensa cientificidade do direito, mas o integram. A partir dos contemporâneos estudos que procuram fundamentar uma nova base para a operacionalização do direito, e mais especificamente daqueles que aproximam o direito à economia, serão abordadas as mais recentes contribuições para as justificativas de discursos morais.

Será apreciada a alegada contraditoriedade entre os discursos da constitucionalização do Direito Civil e da Análise Econômica do Direito, de modo a demonstrar que possivelmente não estamos diante de conceitos e concepções antagônicos, mas que, ao contrário, podem convergir em um esforço de construção teórica que visa à concretização da dignidade humana. Assim como a perspectiva econômica do direito não consiste em mera tentativa de resgate da certeza e segurança jurídicas, a constitucionalização do direito civil não implica, necessariamente, a falta de segurança. Por tais razões é necessário mencionar a gênese da discussão

acerca da segurança jurídica na realidade brasileira (discurso da certeza), que desembocou no direito privado individualista e patrimonialista.

Vislumbrando essa crise¹, o presente trabalho será estruturado em partes mediante as quais procurar-se-á, primeiramente, demonstrar uma realidade, a do Direito Civil-Constitucional.² Em um segundo momento terá como foco o crescente movimento que discute as perspectivas econômicas na aplicação do direito e, por fim, um esforço integrativo e construtivo na busca por uma possível convergência entre as correntes teóricas analisadas.

Uma crescente corrente de pensadores que investigam a aludida perspectiva econômica dos operadores do direito tem a pretensão de se contrapor aos critérios jurídicos principiológicos na realidade jurídico-privada brasileira. Conforme se verá, economistas e juristas têm sustentado que a constitucionalização do direito privado falhou em seu objetivo de perseguir a efetivação da dignidade da pessoa. É preciso, no entanto, se atentar para o fato de estarmos atravessando um período histórico de conformação e concretização dos direitos secularmente construídos, os quais estão hoje previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Essa constatação torna-se especialmente relevante neste momento em que o direito civil se depara com essa nova proposta teórica e pragmática para a sua compreensão e aplicação. Isso porque, para a vertente da Análise Econômica do Direito examinada no presente estudo, uma das consequências decorrentes da constitucionalização do direito civil mais nefastas aos anseios da coletividade é a alegada ausência de segurança jurídica, que emerge da aplicação discricionária de princípios como os referentes à boa-fé e à função social do contrato. A proposta é, fundamentalmente, um retorno à previsibilidade e calculabilidade das normas, ou, ao menos, das decisões judiciais, as quais, visando conceitos eminentemente econômicos

¹ Quando a hermenêutica não dá conta de atualizar os códigos presentes nos Códigos, os fatos se revoltam contra estes últimos. É aí que vem a crise – que tem início em meados dos anos 20 e eclode com a constitucionalização (no caso do direito brasileiro – CF/88), conforme adiante se analisará.

² Verificar-se-á que, para ilustrar essa realidade de um direito civil constitucionalizado, elegeu-se o instituto jurídico do contrato como exemplo predominante no presente trabalho, muito embora seja reconhecido que a constitucionalização alcança todo o sistema infraconstitucional, configurando um novo paradigma na realidade jurídica, especialmente, para fins dessa pesquisa, na realidade jurídico-privada brasileira.

como o que diz respeito à eficiência, devem observar o princípio basilar da livre iniciativa e da racionalidade das decisões humanas. Não se conceberiam mais os princípios da "função social" e da "boa-fé" no direito civil, o qual passa a ser governado pelo princípio constitucional da livre iniciativa e pelo pressuposto fundamental de que as ações humanas são racionais, visando a um retorno ao absolutismo da autonomia da vontade fundada no brocado latino *pacta sunt servanda*. No fundo, a análise econômica do direito quer afastar de um modo geral os "conceitos flexíveis", ou "cláusulas gerais" como prefere chamar Orlando Gomes, ou, ainda, "fórmulas ordenadoras" nos dizeres de Judith Martins-Costa, presentes no Código Civil de 2002, os quais ensejam maior discricionariedade ao julgador (proporcionando um ambiente aberto ao exercício hermenêutico dos aplicadores do direito). Uma observação alargada permite afirmar que, num momento recente, a Análise Econômica do Direito aproximou o conceito de justiça aos critérios de eficiência econômica, expulsando qualquer viés subjetivo que pudesse contaminar a almejada objetividade dos critérios trazidos pela economia. Tal corrente teórica tem em Richard Posner seu maior representante, e posicionou a Escola de Chicago como o primeiro celeiro teórico daqueles que pretendiam aproximar economia e direito como método científico normativo e positivo.

Nesse contexto, pode-se concluir que, de fato, a Análise Econômica do Direito trouxe curiosas reflexões e consequências para o campo do direito e constituiu relevante instrumento aos seus aplicadores, na medida em que trouxe ferramentas de operacionalização do direito que poderiam auxiliar na busca por decisões mais eficientes do ponto de vista da coletividade. Contudo, a partir do momento em que propõe a equiparação entre os conceitos de justiça e eficiência, percebem-se graves distorções.

No Brasil, essa escola trabalha o "novo direito civil", segundo alguns de seus defensores (vide livro recente de Luciano Timm, cujo título é "O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público"), elevando o princípio da livre iniciativa ao patamar fundamental sobre o qual é erigido o direito civil contemporâneo. Querem fazer crer que a perspectiva da Análise Econômica do Direito é diametralmente oposta ao direito civil constitucional, que atua procurando a pessoa por detrás do sujeito de direito abstrato, principalmente por meio da aplicação nas normas constitucionais e das cláusulas gerais ou conceitos

flexíveis espalhados pelo Código Civil de 2002 (tais como a função social do contrato e a boa-fé). Por outro lado, pode-se conceber que é justamente por meio destes conceitos flexíveis que os aplicadores do direito podem concretizar os elementos tão caros à Análise Econômica do Direito. Os objetivos não são, necessariamente, opostos. Ao que parece, a Análise Econômica do Direito procura justamente realizar a dignidade humana, ou ao menos, deveria objetivá-la.

Uma indagação então surge como proposta basilar do presente trabalho: estamos diante de duas teorias que são contraditórias? A análise econômica do direito implica afastamento da incidência dos princípios da função social e da boa-fé na esfera privada dos indivíduos, como querem alguns autores desta recente corrente teórica?

Para se responder aos questionamentos será preciso analisar os exemplos de conceitos flexíveis presentes no Código Civil, principalmente no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais, por meio dos quais pode incidir, também, a perspectiva econômica do direito. A questão aqui é fugir da dicotomia constitucionalização *versus* segurança jurídica, procurando demonstrar que, talvez, o problema central esteja localizado na forma como os conceitos flexíveis presentes na codificação civil brasileira são interpretados de maneira pluriforme e confusa e não no fato de efetivamente os julgadores possuírem maior grau de discricionariedade. Há, também, questões estruturais de funcionamento do Poder Judiciário que interferem substancialmente na qualidade da prestação jurisdicional pelo Estado, que hoje são objeto de preocupação dos processualistas.

No presente estudo, será possível analisar teoricamente a suposta complementaridade entre a ordem jurídica contemporânea brasileira, que privilegia a análise da pessoa através dos filtros de pluralização da subjetividade jurídica, e a Análise Econômica do Direito.

Será estudada, também, a suposta função simbólica da Constituição, além da pretensa influência dos ordenamentos jurídicos no desenvolvimento econômico e social e, mais especificamente, no comportamento dos agentes. Nessa perspectiva, será abordado recente estudo de Marcelo Neves, acerca da dimensão simbólica e instrumental do direito e da Constituição. Segundo Neves,

Nem sempre o direito e a legislação exercem hipertroficamente uma função simbólica, sobressaindo-se em muitos casos a sua dimensão instrumental. Assim como superestimar a função instrumental do direito é fator e produto de uma ilusão sobre a capacidade de dirigir-se normativo-juridicamente o comportamento, a supervalorização do caráter simbólico do direito é simplificadora, impossibilitando que se façam distinções ou análises diferenciadas em relação ao material jurídico.³

O processo educativo desenvolve todas as potencialidades humanas. Talvez a única forma capaz de desenvolver todas as potencialidades de um ser humano seja despertá-lo para que conheça a si mesmo. Sendo assim, é preciso investigar a função educativa da Constituição e do direito, instituições que mudaram significativamente a forma com que atuam na esfera privada das pessoas.

Em um segundo momento, a pesquisa aborda as tentativas de fundamentação científica dos discursos morais, analisando os principais filósofos que embasam a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e a contribuição para o discurso moral da filosofia linguística analítica.

No terceiro capítulo, o estudo se debruça sobre a corrente teórica da análise econômica do direito e os pensadores contemporâneos que investigam as consequências econômicas das decisões judiciais e seus principais efeitos sistêmicos.

Na sequência, discorre-se sobre a proposta da teoria da complexidade e a nova lógica que pode fundamentar a concepção jurídico-econômica do fenômeno social. Ocorre que não necessariamente a atividade econômica representa uma visão individualista e patrimonialista de relação humana, vale dizer, a economia, assim como o direito, existe para a consecução do objetivo precípua de vida em comunidade com dignidade; e a de que cabe sim ao Estado um papel na condução da atividade econômica no sentido da procura pelo alcance de determinados fins sociais. É o Estado Regulador.

Neste trabalho, busca-se a reflexão da constitucionalização que leve em consideração sua função como um sistema de dinamismo estabilizado.⁴ Em outras palavras, a constitucionalização do direito conforma um sistema que procura organizar

³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.26-27.

⁴ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.22.

uma sociedade a partir de princípios fundamentais ao desenvolvimento da vida com dignidade, que mantém uma abertura ao dinamismo inerente ao fenômeno social.

Um sistema fechado, como uma pedra, uma mesa, está em estado de equilíbrio, ou seja, as trocas de matéria/energia com o exterior são nulas. Por outro lado, a constância da chama de uma vela e a constância do meio interno de uma célula, ou de um organismo, não estão absolutamente ligadas a tal equilíbrio; ao contrário, há desequilíbrio no fluxo energético que os alimenta, e, sem este fluxo, haveria desordem organizacional levando rapidamente ao definhamento.

Num primeiro sentido, o desequilíbrio alimentador permite ao sistema manter-se em aparente equilíbrio, isto é, em estado de estabilidade e de continuidade, e este aparente equilíbrio só se degradará se for deixado entregue a si mesmo, isto é, se houver fechamento do sistema. Este estado assegurado, constante e, no entanto, frágil [...] tem alguma coisa de paradoxal: as estruturas permanecem as mesmas, ainda que os constituintes sejam mutantes; assim acontece não apenas com o turbilhão, ou a chama da vela, mas com nossos organismos, onde nossas moléculas e nossas células renovam-se sem cessar, enquanto o conjunto permanece aparentemente estável e estacionário. Por um lado, o sistema deve se fechar ao mundo exterior a fim de manter suas estruturas e seu meio interior que, não fosse isso, se desintegraria. Mas, é sua abertura que permite este fechamento.⁵

Além disso, os sistemas interagem com outros sistemas também estabilizados por este desequilíbrio do fluxo energético que os alimenta. Portanto, é imprescindível a análise do sistema dentro do fluxo temporal no qual ele se insere.

A visão concreta da realidade é, portanto, o exato oposto do pensamento analítico, que recorta as partes do todo ao qual elas pertencem, tornando-as, nessa operação mecânica, completamente ininteligíveis. [...] Hegel sustenta que o ser e o pensamento tendem sempre à unidade. Mas não é só isso. A apreensão concreta do real, além dessa busca da unidade, nunca retira o objeto pensado do fluxo temporal no qual ele se insere, necessariamente.⁶

O sistema do Direito Civil-Constitucional pode mostrar-se aberto e receptivo às transformações sociais, sem com isso perder a sua unidade e estabilidade. Isso não assegura que a constitucionalização dos direitos seja um modelo de organização jurídica da sociedade suficiente para a efetivação dos direitos mais fundamentais dos cidadãos, até mesmo porque, conforme foi dito acima, "a inteligibilidade do sistema deve

⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.21.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.307.

ser encontrada, não apenas no próprio sistema, mas também na sua relação com o meio ambiente"⁷.

Por isso mesmo não se pode negligenciar a função simbólica da constitucionalização, no processo educativo e de formação de uma mentalidade cívica, ética e moral na sociedade. É por isso que faz sentido analisar a possível complementaridade entre o modelo da constitucionalização dos direitos e da análise econômica do direito. A constitucionalização, por si só, não assegura a concretização dos direitos fundamentais, mas consiste em uma brecha através da qual pode incidir uma análise das consequências das decisões judiciais no seio da coletividade.

Por sua vez percebe-se contribuição ímpar da análise econômica do direito quando consegue ilustrar de forma clara o que às vezes se torna difícil enxergar por meio do discurso jurídico. A aproximação do direito com a linguagem econômica redundante, muitas vezes, em clareza de transmissão de ideias – comunicação – e de percepção das consequências sociais das soluções jurídicas.⁸

⁷ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.22.

⁸ Importante ressaltar que o presente trabalho se afilia ao entendimento de Fachin quando afirma que "a análise do tema como propomos, nem de longe, subscreve a equivocada perspectiva economicista aplicada ao Direito." (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.176). Segundo Henri Lepage *apud* Fachin, "a teoria econômica não tem a pretensão de se substituir ao estudo do Direito e às ciências jurídicas clássicas. Todavia, de sua interpenetração podem surgir novas luzes e instituições úteis tanto aos economistas, historiadores, sociólogos, quanto aos juristas." (*Id.*).

2 A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A realidade jurídica brasileira, em uma brevíssima análise histórica, cresce sob os auspícios da sociedade individualista e mercantilista, que emerge das revoluções verificadas no contexto europeu, no vácuo deixado pela ruptura com o regime anterior. Embora a realidade jurídica brasileira tenha sido inspirada em grande parte por movimentos político-econômicos originados no seio dos nossos colonizadores portugueses⁹ (lei da boa razão, ordenações filipinas, etc.) a tradição francesa exerceu considerável influência, na medida em que, mais adiante, enfatiza a revolução social e a ideia de *poder constituinte*. O modelo jurídico individualista e estatalista da Revolução Francesa é constituído com base nesta construção teórica abstrata. O *poder constituinte* consiste, na realidade, em uma severa ruptura com o passado, procurando inventar um mundo novo, reinventar uma linguagem jurídica toda nova (veja-se que se trata, conforme sua acepção clássica, de um poder originário, ilimitado e incondicionado – isso rompe com o passado, como quem quer apagá-lo). É nesse momento que se institucionaliza a modernidade. Procurando demonstrar essa ruptura, Habermas afirma que a modernidade sem modelos precedentes tem de "estabilizar-se com base nas condições por ela mesma produzidas."¹⁰ Em uma perspectiva diametralmente oposta, a Constituição norte-americana, por exemplo, aproveita e dá ênfase aos precedentes, pois valoriza sua história, acreditando que herda não apenas um costume inglês, mas também um bom costume dessa nação.

A codificação mercantil de 1850 e a civil de 1916, no direito brasileiro, representam o cume da sedimentação individualista na prática jurídica e social, fortemente influenciados pelo Código de Napoleão. E quando se fala em "individualismo" é pertinente notar que se está falando de uma característica moderna, porque o individualismo "exprime a subjetividade como fator determinante na sua constituição;

⁹ Já nas primeiras linhas de sua obra "Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro", Orlando Gomes afirma a importância dessa herança, ao mencionar que a "história do Direito Civil brasileiro singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas". (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.7).

¹⁰ HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.24.

não se trata apenas do indivíduo simplesmente contraposto ao coletivo, mas do universo rico e próprio ao indivíduo – a sua subjetividade"¹¹.

2.1 RAÍZES HISTÓRICAS E SOCIOLÓGICAS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Segundo Francisco Amaral, o direito civil é direito privado,

porque se baseia na igualdade jurídica e no poder de autodeterminação das pessoas que intervêm nas relações jurídicas, objeto de sua disciplina, e é comum ou geral, porque suas normas aplicam-se de modo uniforme a todas essas relações, disciplinando a realidade social como um todo.¹²

Como sistema que regula a realidade social em sua totalidade, é preciso conhecer então a realidade da qual emerge o direito civil brasileiro. Amaral chega até mesmo a afirmar ser

impossível uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico, principalmente do direito civil, sem o recurso à investigação histórica, que permite identificar os fatores que nele vêm influenciando, ao longo do seu processo de formação, principalmente os que se verificam no seu estágio atual, de significativas mudanças. E é importante também pela perspectiva que oferece das relações entre o sistema jurídico e os demais subsistemas que formam a sociedade, como o político e o econômico.¹³

Neste capítulo, serão abordados o desenvolvimento histórico e a construção do direito civil brasileiro, com base nas características políticas, econômicas e sociais da sociedade brasileira inicialmente no período do Brasil-Colônia e, posteriormente, do Brasil-Império, para então se analisar brevemente o processo de codificação.

¹¹ WU, Roberto. A modernidade descontínua: razão em tempos de subjetividade. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008. p.31.

¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.108.

¹³ *Ibid.*, p.111.

Orlando Gomes, em sua obra "Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro", propõe que o marco decisivo na evolução do direito português e, conseqüentemente, no brasileiro, foi a publicação da Lei da Boa Razão, cujas principais inovações foram os novos critérios de interpretação nos casos de lacuna, com o afastamento do direito canônico e dos comentários dos glosadores. Essa verdadeira revolução conferiu sobrevida às Ordenações, que permaneceram vigentes por longo período ao ganhar flexibilidade. Segundo o autor baiano, "a essa imposição de uma fonte subsidiária tão flexível deve-se possivelmente, a extraordinária vitalidade das Ordenações Filipinas"¹⁴, sobretudo no Brasil, onde a bagagem legislativa trazida pelos portugueses permaneceu em vigor mesmo após a proclamação da independência do Brasil, em 1822¹⁵.

Em que pese este ter sido o marco determinante, "o primeiro ato legislativo que nos diz respeito é a bula do Papa João II, de 20.01.1506, confirmando os direitos de D. Manuel, rei de Portugal, sobre as terras do Brasil, em consequência do Tratado de Tordesilhas, de 1494"¹⁶. Todavia, realmente a fase do Brasil-Colônia é marcada pela aplicação das Ordenações Filipinas que "trazidas para o Brasil, consolidou-se aqui esse atraso"¹⁷.

Essas não são informações esvaziadas de importância para a compreensão da realidade jurídica brasileira contemporânea. Muito pelo contrário, impressiona o fato de as Ordenações Filipinas terem sobrevivido à queda do Império e completado 314 anos de existência¹⁸. Segundo Orlando Gomes, "em pleno século XX, a nossa legislação civil continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603"¹⁹.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.11-12.

¹⁵ *Ibid.*, p.12.

¹⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.126.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ GOMES, *op. cit.*, p.13.

¹⁹ *Id.*

Interessante notar que o direito civil brasileiro foi construído durante um longo período de anotações às ordenações portuguesas, que reparavam, supriam e desenvolviam a legislação, de acordo com as vicissitudes e o contexto cultural brasileiro. Isso fez com que o Código Civil brasileiro de 1916 permanecesse mais fiel à tradição portuguesa do que o próprio código lusitano, que sofreu demasiada influência estrangeira, como afirmaram alguns autores mencionados por Orlando Gomes na obra em que estuda as raízes do código civil brasileiro.²⁰

É o momento em que se verificam rumos diferentes na evolução das instituições jurídico-privadas do Brasil e de Portugal:

Até então a história jurídica dos dois povos fora comum. Daí por diante, bifurca-se. O Brasil permanece fiel à tradição, enquanto Portugal se deixa influir pelas ideias francesas, a ponto de consagrar inovações chocantes no seu Código de 1867. É que a estrutura social do Brasil, nessa época, não comportava essa influência alienígena. Sobre o vasto Império projetavam-se os tentáculos da sociedade colonial baseada no trabalho escravo. Embora se fizesse sentir a necessidade de reformar a legislação civil, mediante a elaboração de um Código que, por disposição constitucional, deveria ser fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade, malograram, no Império, três tentativas de codificação: a de Teixeira de Freitas (1859) a de Nabuco de Araujo (1872) e a de Felício dos Santos (1881).²¹

O citado esforço de Teixeira de Freitas, segundo consenso dos civilistas nacionais, superou todas as expectativas, eis que idealizado como um trabalho preparatório para a codificação, mas que acabou por constituir o "marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro"²². Amaral enaltece o trabalho do jurisconsulto do império, dizendo que a sua "Consolidação das leis civis" e o "Esboço" constituem uma das "maiores glórias da cultura jurídica nacional e estrangeira, comparável, se não superior, à dos maiores juristas do seu século, consideradas as circunstâncias de ordem material e cultural em que se produziu"²³. Importante ressaltar, no entanto,

²⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.15-16.

²¹ *Ibid.*, p.17.

²² *Ibid.*, p.18.

²³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.128.

que o esforço configurou a conservação da influência do direito português entre os brasileiros.

O desenvolvimento das instituições jurídico-privadas no Brasil, contudo, se deu com a duradoura influência do chamado *privatismo doméstico*²⁴, características que formavam um direito privado conservador, marcado pela sociedade de família patriarcal, com determinante preocupação com a preservação do patrimônio formado pelo chefe da entidade familiar.

A influência da organização social do Brasil-colônia faz-se sentir até ao fim do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Bevilacqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. Razões históricas e ecológicas modelaram-na por forma a que preponderasse, na organização social, a ordem privada, como bem o demonstrou Nestor Duarte.²⁵

Nem mesmo a emancipação política do Brasil, alterou essa cultura, até mesmo porque nessa época "não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados"²⁶. Das palavras do civilista brasileiro, depreende-se o porquê da tardia influência da filosofia liberal, que já há muito tempo havia infestado a cultura jurídico-privada portuguesa. Isso reforça a peculiaridade do desenvolvimento do direito civil no Brasil que, "por mais forte que houvesse sido o seu entusiasmo pelo progresso da ciência jurídica na Europa, não lhe foi possível escapar à influência do meio"²⁷.

Mesmo assim, a característica mais marcante da primeira codificação civilista brasileira foi a de consistir, assim como os principais códigos europeus, em

²⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.28.

²⁵ *Ibid.*, p.29.

²⁶ *Ibid.*, p.40.

²⁷ *Ibid.*, p.31.

uma legislação idealista que não correspondia à realidade, mas, ao contrário, mantinha grande parcela da sociedade alienada e marginalizada:

Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.

O Código Civil brasileiro teve, assim, um cunho teórico. Observa René Davi que os primeiros Códigos da América Latina, promulgados no décimo nono século, refletiam o ideal de justiça de uma classe dirigente, europeia por sua origem e formação, constituindo um direito que pouco levava em conta as condições de vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população, mantidas em um estado de completa ou meia escravidão. O retardamento na organização do Código Civil brasileiro permitiu que esse divórcio entre o direito teórico e o prático não fosse tão profundo entre nós, como foi em outras nações do continente. Mas, ainda assim, a alienação constituiu frequente recurso do legislador para dotar o país de uma legislação que nada ficasse a dever aos Códigos mais modernos. Em várias disposições, é mais uma expressão de ideias do que de realidades.²⁸

Temos na exposição acima colacionada, as origens no Brasil do distanciamento entre a realidade jurídica e a social, que culminou evidente na passagem do século XX para o XXI. O Código Civil de 1916, vigente por quase cem anos, já não mais correspondia à realidade da dinâmica interação entre os agente econômicos da atualidade e à velocidade e tecnologia com que realizam suas transações.

Como a indústria brasileira da época se resumia aos interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, com os primeiros produzindo para o comércio internacional e os segundos importando para o consumo interno, verificava-se a disseminação de um conservadorismo baseado na coincidência de interesses econômicos da classe dominante. Consequentemente, não existiam "descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais"²⁹.

²⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.34-35.

²⁹ *Ibid.*, p.40.

A conservação desse sistema, que funcionava graças à exploração desumana em larga escala de trabalhadores rurais, interessava à burguesia agrária e mercantil na medida em que assim mantinham os privilégios econômicos e a condição cultural destacada em relação ao meio em que viviam.

Quando começa a analisar a estrutura social do Brasil no período de elaboração do Código Civil de 1916, Orlando Gomes aponta uma contradição ideológica entre estas camadas dominantes da população brasileira, contradição importante para se identificar a peculiaridade da adaptação da ideologia econômica liberal no país.

Enquanto a burguesia mercantil aspirava a um regime político e jurídico que lhe assegurasse a mais ampla liberdade de ação, tal como preconizava a ortodoxia liberal, a burguesia agrária temia as consequências da aplicação, ao pé da letra, dos princípios dessa filosofia política, consciente, como classe, de que a democratização de fundo liberal se faria ao preço do seu sacrifício. Essa contradição não provocou o antagonismo entre os dois setores, não só por que seus interesses econômicos imediatos coincidiam, mas também porque a superestrutura política era, em verdade, de fachada. O regime representativo, por sua desfiguração através do coronelismo, permitia ao proprietário da terra resguardar-se de investidas contra seus interesses fundamentais. Por outro lado, o sistema de franquias liberais aproveitava, tão somente, a reduzido número, sendo estranho à grande maioria da população miserável e inculta. E, desse modo, sem grandes abalos, arrastava-se o país pelos corredores da História.³⁰

Esse embate, todavia, refletiu na elaboração do código, que foi fruto do trabalho de homens da classe média que viviam no meio desse "desajustamento interno entre os interesses da classe dominante"³¹. Apesar da identificação desse desajustamento, a preocupação dos legisladores nessa época sempre foi desenvolver um sistema que preservasse a expansão do sistema de produção então vigente, que explorava a riqueza e os recursos humanos nacionais. Segundo Orlando Gomes

³⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.46.

³¹ *Ibid.*, p.48.

Não haverá exagero em dizer-se que essa atitude foi consciente, por ser a que se compadecia com o grau de desenvolvimento econômico e social do país. Os interesses fundamentais das camadas superiores da sociedade brasileira reclamavam uma legislação que favorecesse a expansão das forças produtivas nos quadros do sistema colonial de exploração da riqueza. Sente-se a preocupação de evitar qualquer obstáculo à livre iniciativa.³²

Note-se que desde há muito tempo se idealiza um sistema de direito privado que privilegia o princípio da livre iniciativa, que norteou todo o desenvolvimento legislativo civilista brasileiro do século XX, apesar das tentativas de movimentos por leis sociais bem denunciadas por Orlando Gomes.³³

Interessante observar, especialmente para fins de enriquecer o debate objeto do presente estudo, que das anotações às discussões parlamentares que procuraram introduzir leis sociais durante a elaboração do Código Civil de 1916, depreende-se uma polarização entre as técnicas que privilegiavam dispositivos de caráter geral e as que propunham particularizações, conforme mostra Gomes:

Essa questão consistiu em saber se o Código deveria conter poucas disposições, de caráter geral, sobre a locação de serviços, ou, se, ao contrário, deveria admitir as particularizações, destacando os serviços materiais dos imateriais e regulando especialmente os serviços domésticos. Prevaleceu a tentativa sintética, de que fora pioneiro, entre nós, Felício dos Santos, no seu projeto de Código Civil. Beviláqua orientara-se nesse sentido, convencido de que os Códigos deveriam ser obra de síntese. Referindo-se à regulamentação da locação de serviços, ponderou que deveria traduzir-se em 'normas gerais e amplas para que dentro delas as classes e os indivíduos desenvolvam livremente as suas energias úteis'.³⁴

Um ponto bastante ressaltado pelo autor baiano refere-se aos reflexos da mentalidade dominante na legislação expressa no Código Civil, especialmente na questão da locação de serviços, crucial para o funcionamento da indústria e para a conservação da expansão das forças de produção. O fato de não ter incorporado dispositivos de proteção sobre os acidentes de trabalho, segundo Orlando Gomes,

³² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.54.

³³ *Ibid.*, p.51.

³⁴ *Ibid.*, p.65.

Orlando Gomes, é reflexo da concepção local ainda não aberta às discussões que já se propagavam na Europa, sobretudo após a proclamação dos direitos dos trabalhadores, previstos no Tratado de Versalhes apenas dois anos após a entrada em vigor no Código Civil de 1916.³⁵

Nesse sentido, a análise de Orlando Gomes é bem semelhante ao conhecido trabalho do jurista francês Georges Ripert, que analisou como o sistema capitalista francês, vitorioso, moldou o ordenamento jurídico, na sua obra "Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, de 1947. Ripert, assim como Gomes, reconhece a influência das forças de produção dominantes na estruturação da legislação privatista, e introduz, ainda, importantes reflexões acerca da relação entre o direito e o desenvolvimento econômico da França, reflexões pertinentes ao objeto do presente estudo e que serão abordadas mais adiante.

Por ora, é importante refletir como Orlando Gomes e Georges Ripert demonstram uma noção de que não há uma relação determinística entre a lei e a ordem social. Em outras palavras, a sociedade se organiza por outros meios que não as leis, bem como as deforma e distorce suas interpretações quando convém, ou até mesmo para torná-las aplicáveis.

Dessas elucubrações surgem dúvidas quanto ao tamanho do papel do ordenamento jurídico para a revolução de um sistema econômico, assim como não é tão certa a importância do regime da economia para a formulação do sistema jurídico. Quer-se dizer, é lógico que há relação e influências mútuas, todavia, é preciso incluir na reflexão o papel das instituições, vale dizer, dos mecanismos histórico-culturais instituídos em uma sociedade, que limitam as possibilidades e influenciam decisivamente no processo de desenvolvimento.³⁶

³⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.66-67.

³⁶ É preciso problematizar, portanto, o tamanho do papel do ordenamento jurídico para a revolução de um sistema econômico, assim como a importância do regime da economia para a formulação do sistema jurídico. Conforme se afirmou acima, as instituições são criadas e se elas mudam, foram modificadas por alguém (podem até ser criadas ou modificadas autoritariamente, mas isso é feito por alguém). Isso é afirmado por Georges Ripert: "As relações entre os homens não são relações necessárias derivadas da natureza das coisas; são criadas pelos homens e podem ser modificadas por ele." (RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p.12).

Estabelecidas essas noções históricas e filosóficas, as quais não necessariamente refletem uma linearidade e continuidade, ao contrário essas noções pinceladas até o momento constituem muito mais processos descontínuos e litigiosos, procurar-se-á analisar a realidade jurídica brasileira, com a qual nos deparamos nos dias de hoje. Nesse contexto, constata-se que o direito civil brasileiro atual constitui um movimento que visa ao repensar dessa tendência patrimonialista puramente liberal. Ele tem sido objeto de análise dos civilistas de nosso tempo, os quais são unânimes ao observar na atual codificação um sentimento publicista e funcionalizante: trata-se do fenômeno da constitucionalização do direito privado. Nos dias de hoje, o Direito Civil não dispensa a sua base principiológica que incorpora preceitos constitucionais dignificantes do homem na sua interpretação e aplicação.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Não há mais espaço puramente privado que não seja iluminado pelos preceitos constitucionais. O contexto liberal, que clamava pelo esforço conjunto da sociedade no sentido de se afastar as ingerências arbitrárias do Estado no espaço autônomo e hermético de liberdade privada dos indivíduos, cedeu a uma realidade que ensejava o repensar do papel do poder público no privado. Paradoxalmente, o indivíduo livre para expressar sua vontade era crescentemente constringido.

A liberdade privada foi, então, redesenhada: do estrito afastamento do Estado, passou a suscitar a intervenção do poder público para garantir as condições a partir das quais a liberdade poderia ser exercida em sua plenitude.

Essa intervenção se deu mediante um processo de reformulação das principais constituições contemporâneas, que não se resumiram a organizar politicamente os Estados soberanos. Naquele contexto liberal, as preocupações se concentravam na proteção da propriedade e na garantia da igualdade formal, vale dizer, a liberdade que se visava proteger era a liberdade econômica que tinha como norte a proteção do patrimônio e a sua mobilização.

Essa releitura do direito civil brasileiro à luz da Constituição permanece em construção mesmo 25 anos após a promulgação da Carta Maior e não quer dizer

respeito apenas às Constituições formais (ou àqueles países nos quais existe uma Constituição); trata também da dimensão prospectiva da Constituição.

Enfim, os civilistas se deram conta de que ao trabalhar com a contemporaneidade está-se a falar de algo que é inacabado por natureza, ou seja, que está em movimento.

Procurando não operar um reducionismo na complexidade acerca do contexto cultural brasileiro que precedeu a elaboração da sua codificação, como se a história das leis que regularam os institutos jurídico-privados (como a propriedade e a família, por exemplo), fosse suficiente para compreender a realidade, o capítulo anterior desenvolveu uma análise histórica e sociológica acerca do contexto cultural brasileiro e fugiu do discurso estritamente jurídico.

Foi visto que os esforços de codificação, especialmente empreendidos por Teixeira de Freitas, refletiam um direito civil patrimonialista que excluía a grande maioria das pessoas - aquelas que não eram proprietárias, nem contratantes, nem integrantes de uma relação familiar.

Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.³⁷

Como, então, não questionar e proceder a uma releitura do direito civil brasileiro, segundo essas novas concepções socializantes que envolvem não somente o sistema jurídico, mas toda a realidade social, preocupada com a situação de exclusão de uma grande massa de pessoas? Quando se fala, portanto, em "releitura", fica claro que a Constituição não apaga a codificação, ela apenas a reescreve. Da mesma forma, a proposta de despatrimonialização do direito civil não quer dizer que o

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.2.

patrimônio tenha deixado de ser importante ao indivíduo, mas opera uma mudança na ordem de prioridade, com prevalência à pessoa.³⁸

Segundo Sousa Ribeiro, naquele momento de crença nos ideais liberais, "pode dizer-se que são bem tênues, senão inexistentes, as conexões de sentido entre o direito civil e a Constituição"³⁹. Essa afirmação evidencia uma época em que saberes compartimentalizados orientavam a sociedade iludida pela crença no progresso ilimitado. Talvez a sociedade permaneça iludida e os saberes permaneçam compartimentalizados, todavia movimentos no sentido de uma emancipação do conhecimento e da forma com que as pessoas se relacionam entre si e com o meio em que vivem já são ensaiados.

Um desses movimentos é vislumbrado no campo do direito. O direito faz parte da cultura de um povo e com ele evolui. A realidade do direito civil contemporâneo e a transição por que passou, tão bem explorados nas palavras de Joaquim Sousa Ribeiro, mostram que, se não estamos diante de um cenário dos mais animadores, ao menos encontramos um ambiente mais propício para que sejam dados os primeiros passos rumo à emancipação da pessoa humana no sentido de se desvencilhar das constrictões epistemológicas modernas e dos grilhões da filosofia positivista que norteou uma visão de mundo mecanicista.

Da mesma forma, então, que não se concebe mais um indivíduo atuando nitidamente em uma área pública ou definidamente privada, não se concebe mais a análise do direito como um saber dividido em várias disciplinas autônomas e bastantes para explicar a complexa, vibrante, dinâmica e colorida experiência jurídica. Um direito infestado por normas constitucionais que visam à realização da dignidade humana é um direito colorido por uma axiologia emancipatória que, ao contrário do que pode parecer, ao complexificar o olhar acerca das relações humanas, as tornam simples e belas como elas verdadeiramente o são. Em outras palavras, a propriedade, o contrato, a família e, por que não dizer, a economia em si, o mercado e os bens de um modo geral, possuem uma razão de ser, qual seja, a dignificação do homem.

³⁸ Nessa releitura desenvolvida pela doutrina, importante também a noção da repersonalização do sujeito que traz a reflexão acerca do mínimo existencial para o exercício efetivo da liberdade dos indivíduos. Trata-se da necessidade de satisfazer as necessidades materiais mínimas para que uma pessoa viva com dignidade e exerça plenamente a liberdade e a democracia.

³⁹ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.730, 1998.

Desde já, se faz mister um alerta: não se pode negligenciar o patrimônio e seu papel na consecução de uma vida digna. Em que pese à reformulação de prioridades no direito privado, que elevou a pessoa humana à categoria fundamental de sua dinâmica, acompanhada de uma nova composição hierárquica do ordenamento jurídico, que, em face do patrimônio, enalteceu a pessoa, "o primado material cabe, indiscutivelmente, ao direito civil"⁴⁰.

Pietro Perlingieri traça as premissas sobre as quais se fundamenta o fenômeno da doutrina do Direito Civil-Constitucional:

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional – concebida como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o fenômeno da legislação e da codificação em particular – consideram: a) a natureza normativa das constituições; b) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo das fontes do Direito; c) a renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos.⁴¹

Importante ter em mente que essas premissas são resultantes de um processo paulatino de introdução nas cartas políticas de dispositivos que se preocupam "com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito"⁴², bem como "estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada"⁴³.

Por seu turno, essa realidade que emerge na contemporaneidade mostra uma complexidade inerente às relações sociais que não pode ser observada por meio de uma lógica dicotômica, evidenciando, assim, que o Direito compartimentalizado não dá conta de explicar os complexos fenômenos sociais. Portanto, essa dinâmica entre a legislação ordinária e as normas constitucionais compreende uma unidade, uma como desdobramento da outra, evitando que "a Constituição seja interpretada à

⁴⁰ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.730, 1998.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75, jul./set. 2007.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.6.

⁴³ *Ibid.*, p.7.

luz da legislação ordinária, uma espécie de bidirecionalidade hermenêutica plena de ambigüidades"⁴⁴.

Nesse sentido, assume a Constituição um papel centralizador e unificador do sistema jurídico, a partir da qual toda a legislação infraconstitucional será balizada.

A compartimentalização do discurso jurídico limita a interpretação do jurista e faz com que, paulatinamente, a realidade jurídica se afaste da realidade social, quando esta se mostra muito mais complexa e constantemente insiste em escapar dessa lógica abstrata que procura cindir a realidade em compartimentos estanques, estáticos e incomunicáveis.

Uma evidente preocupação não apenas com o aspecto processual da elaboração de leis, mas também em relação ao conteúdo destas, surge no seio do princípio da legalidade constitucional. Nesse sentido,

Uma clara distinção entre validade, legalidade e legitimidade da lei exige que o princípio da legalidade constitucional se configure como garantia de sujeição dos valores fundamentais do ordenamento jurídico. Para tanto, o controle de legitimidade da lei é sobretudo um controle de legitimidade constitucional que diz respeito não apenas ao aspecto processual de elaboração das leis, mas principalmente ao conteúdo das leis.

Tal controle diz respeito não apenas a lei em si, mas também aos atos e atividades que representam a autonomia individual, coletiva e da discricionariedade administrativa. A autonomia e liberdade garantidas à atividade econômica, privada e mercantil, não podem estar acima do controle de legitimidade constitucional. A função e a destinação dos atos assumem um valor determinante em relação a seus aspectos meramente formais e estruturais. Neste contexto, a iniciativa econômica deve cumprir com uma função social, sendo exercida de modo a não causar danos à segurança, liberdade e dignidade humana.⁴⁵

Em outros termos, não há espaço privado totalmente livre das irradiações das normas constitucionais e que, portanto, não deva atravessar o filtro de legalidade dos anseios sociais expressos na Carta Maior. Os espaços tradicionalmente privados, que outrora eram hermeticamente impermeáveis aos preceitos constitucionais, ganham também uma função no sentido da dignificação da pessoa, fundamento precípua de todo o ordenamento.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.76, jul./set. 2007.

⁴⁵ *Ibid.*, p.76-77.

Importante ressaltar, no entanto, que a simples constitucionalização de direitos não autoriza a celebração de suas garantias. Em outras palavras, a tipificação de direitos na Constituição, que outrora figuravam nas codificações e a elas se limitavam, não implica automaticamente efetiva aplicação. É o que esclarece Joaquim de Sousa Ribeiro:

Só após a 2.^a guerra mundial se impôs definitivamente, obtendo consagração rigorosa, a idéia da supremacia normativa e da eficácia directa dos preceitos constitucionais tuteladores de posições subjectivas. Já não direitos na medida das leis, mas leis na medida dos direitos constitucionalmente garantidos, esta a palavra de ordem que passa a ter acolhimento expresso nalguns textos constitucionais.⁴⁶

Nesse sentido, a Constituição centraliza todo o ordenamento jurídico e não traz apenas normas de conteúdo programático, mas também aquelas que regulam a esfera privada das pessoas e incidem diretamente sobre as suas relações.

Essas normas incidem diretamente na regulação das relações entre privados, sem, com isso, afastar a essência do corpo de leis que constitui as codificações civis. Segundo o autor português, duas são as formas pelas quais a constitucionalização se opera:

Não só a mediação legislativa não é pressuposto da sua aplicabilidade – vigoram, portanto, como direito operativo, mesmo na falta da lei –, como prevalecem sobre as normas ordinárias que a contrariem – pelo que actuam, se for caso disso, contra a lei. Isto é, a intervenção do legislador, não só não é estritamente necessária para dar eficácia na ordem jurídica real a esses preceitos constitucionais, como lhe está subordinada, devendo adequar-se ao seu conteúdo.⁴⁷

Para ilustrar o afirmado, o autor mostra alguns exemplos da legislação portuguesa que ilustram claramente como os fatos, ao rebelarem-se contra a realidade jurídica, evidenciam a crise e reclamam por mudanças: "Rejeitadas pela consciência dominante em largas faixas da sociedade portuguesa, em processo de rápida mutação,

⁴⁶ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.732, 1998.

⁴⁷ *Ibid.*, p.733.

essas soluções eram agora directamente postas em causa por alguns dos novos princípios constitucionais"⁴⁸.

A constitucionalização do direito civil, nesta óptica, consiste em uma dinâmica que é capaz de aproximar a realidade jurídica da realidade social. É a sociedade que anseia por direitos e os reconhece; dela emergem necessidades, que são satisfeitas por meio de mecanismos nascidos eficientemente das próprias interações. Nesse contexto, "esses quadros não traduzem senão grandes opções quanto aos valores fundamentais por que há-de reger-se a comunidade"⁴⁹.

Assim, surgem as leis na medida dos direitos e não direitos que são moldados artificialmente pelos técnicos que muitas vezes anseiam algum tipo de controle.

Isso torna necessário que se desenvolvam interpretações jurídicas não formalistas, que acabam se resumindo ao clássico mecanismo de subsunção dos fatos concretos às normas abstratas. Dessa maneira, é relevante propor uma "interpretação das disposições legislativas considerando a hierarquia das fontes e valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica"⁵⁰.

As teorias de interpretação das normas ordinárias e constitucionais são inseparáveis, vale dizer, constituem realidades jurídicas dentro de um sistema axiológico, hierarquizado, centralizado e unificado. Nesse sistema, mesmo quando as normas se mostram aparentemente claras e diretas, elas não devem, por isso, ensejar outra forma de observação que não a sistêmica. "A clareza da norma é um *posterius* e não um *prius* da interpretação normativa"⁵¹.

Em síntese: (i) a interpretação do fato e da lei é processo unitário e indivisível, pelo qual não se dissocia o problema concreto do sistema jurídico; (ii) o princípio da legalidade constitucional é uma constante nas soluções normativas que são construídas incessantemente pelos doutrinadores, legisladores e aplicadores do direito; (iii) as técnicas e as noções devem ser adequadas aos valores fundamentais do

⁴⁸ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.734, 1998.

⁴⁹ *Ibid.*, p.737.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.77, jul./set. 2007.

⁵¹ *Id.*

ordenamento, sendo que nenhuma interpretação corrente ou cultura "oficial" está legitimada a contrariar estes valores;

[(iv)] em quarto lugar perceber que a passagem da lei para o direito é um processo contínuo, constituído pelo impacto com as peculiaridades do fato, em uma atividade hermenêutica que tem como parâmetros privilegiados os valores guias da Constituição, assumidos na historicidade e totalidade da experiência, em um justo equilíbrio entre o dever ser e o ser; sem perigosas concessões ao pragmatismo e ao niilismo; e, sabendo colher a natureza dos interesses e dos valores em conflito, equilibrando-os – no caso concreto – segundo a axiologia constitucional, prontos a reconhecer nos perfis valorativos de descontinuidade, em relação à tradição, fatores de promoção e ao mesmo tempo de garantia do pacto constitucional⁵²;

(v) a solução do caso concreto deve ser buscada na totalidade do ordenamento jurídico, com apoio nas técnicas hermenêuticas mais avançadas, que conferem factibilidade à juridicidade – como o equilíbrio entre os interesses, a razoabilidade, a proporcionalidade, a adequação e a subsidiariedade; (vi) por fim, é preciso formar aplicadores e intérpretes capazes de construir uma "jurisprudência valorativa atenta às conseqüências das decisões"⁵³, que não se contentem com a aparente clareza das normas, mas que possam contribuir para a concretização dos valores constitucionais.

A estes pressupostos teóricos, o autor atribui algumas conseqüências, dentre as quais:

- a) A incorporação dos valores da dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais ao ordenamento, é uma característica do neoconstitucionalismo (ou do constitucionalismo contemporâneo) e das normas internacionais surgidas no seio da declaração dos direitos humanos. É preciso ter em mente que a dignidade da pessoa humana é um valor que constitui o próprio direito positivo e não é fruto do direito natural, eis que as normas constitucionais são normas positivadas, assim como as normas previstas no Código Civil, por exemplo. "O dever ser, enriquecido com conteúdos antes exclusivos do plano moral, assume a função determinante de um

⁵² PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.78, jul./set. 2007.

⁵³ *Id.*

novo e diverso positivismo ético"⁵⁴. Esse elemento ético incorporado ao ordenamento acompanha a evolução da sociedade e dos anseios ético-políticos que dela emergem. Como consequência desta nova realidade, a realidade da despatrimonialização do Direito Civil, esta área do saber jurídico deixa de se fundar sobre as noções de propriedade ou de empresa e eleva à categoria fundamental a dignificação da pessoa e sua emancipação plena perante as agruras do mundo capitalista. Sua preocupação se desloca de um plano material, patrimonial, para um plano existencial, emancipatório.

- b) O Direito Civil-Constitucional representa uma superação da dicotomia que imperou por longo período arraigada na cultura jurídica moderna, em uma clara reação do direito e da política sobre a economia e o mercado. O novo ambiente que emerge dessa superação é propício para a concretização de uma ordem pública aberta, inclusive à internacionalização das relações civis, que passam a ter como norte a realização dos direitos humanos.
- c) Em face dessa superação, são reavivados institutos, conceitos e princípios que outrora justificavam a manutenção do sistema patrimonialista e individualista, e que, agora, passam a irradiar as luzes constitucionais a todo o ordenamento, renovando o que se entende por igualdade e enaltecendo o dever de solidariedade do Estado.

[d)] É prerrogativa dos juízes comuns desempenhar um controle difuso, que se soma àquele centrado na Corte Constitucional, a qual poderá no entanto sempre indicar a interpretação que considera sustentável ou decidir pela eliminação, pela abrogação do texto do ato com força de lei porque irremediavelmente considerado inconstitucional.⁵⁵

Nos primeiros sessenta anos de vigência da Constituição da República Italiana a doutrina do direito civil enfrentou grande dificuldade na afirmação de uma linha interpretativa de condução dentro da legalidade constitucional. A jurisprudência da

⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.79, jul./set. 2007.

⁵⁵ *Ibid.*, p.80.

Corte Constitucional tem se mostrado relevante no que se refere a esta construção de um caminho mais claro.

No ano da publicação do texto, a Associação Italiana de estudiosos do Direito Civil, presidida pelo próprio Pietro Perlingieri, publicava uma monumental obra de 27 volumes, que se propõe a traçar a evolução da construção jurisprudencial e doutrinária do Direito Civil na legalidade constitucional.

Em um primeiro momento, não se viam os juízes comuns envolvidos nesse processo de construção e efetivação dos direitos fundamentais, competindo esta tarefa unicamente à Corte Constitucional.

No curso dos anos 70 se inicia um novo movimento de reconhecimento do caráter unitário do ordenamento, centralizado que é pelas normas constitucionais. Estas, por sua vez, não possuem apenas conteúdo programático destinado à organização política do Estado, mas que incidem sobre toda a legislação infraconstitucional e diretamente sobre as relações entre particulares.

Uma terceira fase é apontada por Perlingieri, que compreende os anos 80, durante a qual os juízes comuns são chamados à aplicação e construção do direito na legalidade constitucional, sem remeter a questão à Corte Constitucional.

Por fim, é possível indicar uma quinta fase, do início dos anos 90 até os dias de hoje, que superou qualquer dúvida acerca da incidência imediata dos direitos fundamentais e a discutível cisão entre o momento interpretativo das leis ordinárias daquele no qual se aplicariam as normas constitucionais. Foi reconhecido o caráter unitário do ordenamento que evidencia a integralidade hermenêutica dentro da ordem normativa. Assim, a interpretação das normas ordinárias é feita em consonância com as normas constitucionais, uma como desdobramento da outra em um processo unitário e integral (segundo a técnica, já referida anteriormente por Perlingieri, do *combinato disposto*).

Percebe-se que o processo de formação de uma jurisprudência centralizada pela Constituição Federal e o desenvolvimento dos direitos fundamentais constituem uma construção integrada da sociedade, para a qual convergem, ou ao menos deveriam convergir, todos os atores sociais relevantes (agentes econômicos, operadores do direito, políticos, pesquisadores etc.). Indo ainda mais além, é possível, também, entender o processo de diversidade de interpretações dos princípios constitucionais e

dos conceitos flexíveis presentes nos Códigos Civis elaborados no seio da legalidade neoconstitucionalista, como um fenômeno decorrente dessa realidade que abriu espaço para a discussão ética, econômica e social no estabelecimento e na aplicação de normas jurídicas, ainda incipiente, mas em constante aprimoramento.

Paulo Lôbo expõe a natureza transdisciplinar do processo de constitucionalização percorrido pelo direito civil, no sentido de ir além da disciplina. O direito civil e a sua operacionalização, hoje, são visitados pela filosofia, pela história, pela sociologia, pela economia e pela cultura em que está inserida uma relação jurídica.

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A Constituição brasileira de 1988 consagra o Estado social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3.º) "constituir uma sociedade livre, justa e solidária", com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.⁵⁶

Em síntese, para solucionar um caso concreto, a norma constitucional irá atuar em aplicação coordenada com a lei ordinária específica, com as cláusulas gerais que nelas estão esparsas ou mesmo de forma imediata, incidindo diretamente nas relações entre particulares.

A doutrina da legalidade constitucional impõe aos civilistas um vasto e incessante programa de estudo, que se proponha a atualizar constantemente a interpretação e construção doutrinária e jurisprudencial. O sistema de Direito Civil deve, assim, se harmonizar com os valores constitucionais e concretizá-los de acordo com os anseios dos sujeitos de necessidades que na sociedade interagem.

⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008. p.20.

A superação do formalismo e conceitualismo na hermenêutica pressupõe o chamamento de elementos históricos e culturais que são emanados do próprio seio social e que ganham espaço em função da porosidade constitucional do ordenamento. É por meio dessa porosidade, inclusive, que incidem as normas de direito internacional garantidoras dos direitos humanos e se introduzem os elementos ético e filosófico que instrumentalizarão os civilistas no sentido da concretização dos valores essenciais de realização das pessoas.

O fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, vale dizer, da relação que se dá entre titulares de direitos formalmente iguais; não é esse o campo próprio do direito público. É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público, quando no direito privado.

[...]

No Estado Social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade).⁵⁷

No Brasil, "o mais privado dos direitos" está inserido em uma Constituição Federal que elevou à categoria fundamental de todo o ordenamento a proteção e garantia da dignidade humana. Como consequência, as titularidades, o trânsito jurídico, bem como o instituto familiar, se tornam expressões necessárias dos indivíduos pois por meio delas sua dignidade é realizada e, por isso, merecem especial proteção do legislador e dos aplicadores do direito.

Para a problematização dessas reflexões, nada melhor do que os questionamentos propostos por Joaquim de Sousa Ribeiro:

Tenho-vos falado, até aqui, da conexão entre o direito constitucional e o direito civil, ou seja, entre duas esferas normativas, dois complexos reguladores integrantes do sistema jurídico.

Mas – pergunta-se agora – será que as disposições consagradoras de direitos, liberdades e garantias têm também incidência direta sobre os actos privados, quer no âmbito negocial, quer no âmbito extranegocial? Será que os particulares estão também vinculados aos seus comandos e proibições,

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.36, n.141, p.1000-101, jan./mar. 1999.

em termos de ficarem obrigados a respeitá-los, no exercício da autonomia privada e na prática de atos materiais? Em caso afirmativo, tais preceitos constituirão normas de conduta e, conseqüentemente, critérios de valoração de comportamentos nas relações interprivadas, fundando directamente invalidades negociais e obrigações de indemnizar.

Esta questão – inicialmente crismada como a da "eficácia em relação a terceiros" (*Drittwirkung*, na designação alemã), e hoje preferencialmente dita como a da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – tem alimentado um longo e vivo debate, sobretudo na doutrina germânica.⁵⁸

A despeito da existência de norma expressa no direito português (art. 18, n.º 1, da Constituição), assim como no brasileiro (art. 5.º, § 1.º, também da Constituição), que refutam qualquer dúvida acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a discussão não é descabida no nosso cenário jurídico. Pelo contrário, "também entre nós, a questão não dispensa uma reflexão doutrinal alargada"⁵⁹.

Isso porque, há não muito tempo, os direitos fundamentais eram encarados como direitos exclusivamente suscitados pelos particulares em face das ingerências do Estado. Muda-se o contexto social diante do qual entendiam-se por garantidos os direitos fundamentais desde que mantido o Estado longe da autonomia privada dos indivíduos. E nesse novo cenário que foi delineado, cenário de "pluridimensionalidade e plurifuncionalidade dos direitos fundamentais, já faz todo sentido perguntar pela sua eficácia limitativa da autonomia negocial dos privados e da sua genérica liberdade de acção"⁶⁰.

Por outro lado, a relativização da autonomia da vontade não quer afirmar num sentido diametralmente oposto, de onde poderia se supor a extinção do espaço privado. Não é qualquer situação que enseja a anulação de um negócio jurídico interprivados, com base nos preceitos constitucionais. Sempre que se estiver diante de uma solicitação de uma das partes de uma relação contratual, que procura rescindir o pacto, deve-se ter em mente os interesses da contraparte. Ribeiro torna clara esta

⁵⁸ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.741, 1998.

⁵⁹ *Ibid.*, p.742.

⁶⁰ *Id.*

afirmação quando trabalha logo adiante com a contratação privada, a ideia de contrato como *limitador de direitos fundamentais* e os princípios da autodeterminação e da igualdade.

É o que se depreende das palavras do autor:

Por outro lado, há que não esquecer que no contrato há duas partes. Ora, dentro da estrutura de contraposição de interesses típica das relações contratuais, o que se dá a uma tira-se à outra. Daí que, mesmo quando a desvinculação corresponde ao querer actual do obrigado, ela vai significar uma ingerência do interessado na eficácia, o qual, sendo também titular de direitos constitucionais, os poderá, contra ela, invocar, como direitos de defesa.⁶¹

Ter em mente essa noção remete o intérprete para a complexidade de se trabalhar a incidência horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, o possível entrechoque de direitos constitucionais inerentes aos particulares que estabelecem uma relação.

O autor português defende, assim, que não é qualquer situação que enseja a anulação de um negócio jurídico interprivados, com base nos preceitos constitucionais. Ao contrário, sempre que se estiver diante de uma solicitação de uma das partes de uma relação contratual, no sentido de se rescindir o pacto, sempre se deve ter em mente os interesses da contraparte:

De facto, e como vimos, a contratação privada movimenta interesses contrapostos, todos, muitas vezes, igualmente protegidos. A vinculação que afecta uma certa posição de liberdade é, ela própria, o resultado de uma manifestação volitiva que põe em ação a personalidade do agente, visando ainda, não raramente, alcançar bens dignos de tutela. Este conflito da liberdade consigo própria, e sem que se possa esquecer a posição inversa da parte contrária e os direitos de que ela também é titular, gera um espaço atravessado por antinomias valorativas. Faz todo o sentido, e sentido conforme à Constituição, que caiba aos titulares dos direitos e interesses protegidos realizar, em primeira linha, através do conteúdo das suas livres estipulações, a harmonização e ajustamento recíproco, sempre necessários, dos abstratos moldes constitucionais, nas condições concretas da vida a que se aplicam. Ser essa tarefa levada a cabo por via do exercício da autodeterminação, e não por uma intervenção de carácter imperativo, já atende, em si mesmo, a um dos mais relevantes princípios ordenadores

⁶¹ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *Constitucionalização do direito civil. Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra), v.74, p.744, 1998.

com valor constitucional. E, se das vinculações privadas pode resultar o cerceamento de um direito consagrado *prima facie*, isso só desvenda a verdade constitucional de que a tutela dos direitos não é absoluta, estando sujeita aos limites imanentes que para cada um deles advém refração de outras posições de liberdade com ele conflitantes. Daí que deva ser encarada com cautela a invocação de preceitos constitucionais garantidores da liberdade para denegar efeitos vinculativos a negócios jurídicos que podem representar o seu concreto exercício.⁶²

Do trecho acima transcrito se depreende, ainda, que o exercício da autodeterminação dos titulares de direitos e deveres se insere na concepção constitucional e, por isso, deve ser privilegiado. Em outras palavras, quando os particulares possuírem condições, ou as deveriam possuir, que os permitam adaptar a relação jurídica de acordo com os moldes constitucionais abstratos, o Estado não deve intervir.

Ponderar e decidir entre alternativas, medindo benefícios e sacrifícios, ganhos e perdas, é algo a que as pessoas, na esfera da autonomia privada, são inelutavelmente chamadas [...]. Não há, designadamente, razão para que, numa interferência paternalista, o ordenamento se substitua à apreciação do próprio interessado, sobrepondo-lhe uma ponderação objectiva de bens.⁶³

Até mesmo porque uma intervenção desta natureza certamente feriria a autodeterminação da pessoa que estaria se prejudicando com esta ingerência. Cabe aos indivíduos chamar a responsabilidade para a manutenção das relações entabuladas e preservar o andamento pautado na boa-fé. Vale observar que o princípio da autodeterminação também está constitucionalmente consagrado.

O Direito Civil não possui valores tão exclusivos que o autorizariam a mitigar dispositivos constitucionais. Dessa forma, os imperativos constitucionais que garantem o respeito aos direitos e liberdades fundamentais não podem ser atenuados por regras pretensamente próprias do Direito Civil. Sendo assim:

⁶² SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.746, 1998.

⁶³ *Id.*

É certo que, por força dessa eficácia, pode vir a concluir-se pela inadmissibilidade de conteúdos negociais que o direito civil, só por si, visto isoladamente, permitiria. Mas isso não significa – digamo-lo novamente – que os limites que os particulares estão obrigados a respeitar devam ser os mesmos que vinculam os poderes públicos. A diferenciação de situações ustifica que o regime seja também diferenciado, o que leva a que a intensidade da tutela dos direitos não seja sempre a mesma, sem que com isso se alterem os valores que a inspiram. O que muda é, simplesmente, o campo de valoração.⁶⁴

Emerge dessas reflexões outro princípio de igual relevância no que diz respeito às relações entre particulares: o princípio da proporcionalidade e da justa medida. Segundo este princípio, limitações contratuais que impeçam o "mínimo de tutela constitucionalmente garantido pode não exigir a ineficácia radical, contentando-se com a revogabilidade do compromisso assumido"⁶⁵. De certa forma, ao legislador também cabe a observação do princípio da proporcionalidade, na medida em que, "entre um mínimo de tutela constitucionalmente exigido e um máximo de ingerência constitucionalmente permitida, é deixado ao legislador um vasto campo de opções, no desempenho da sua competência própria"⁶⁶.

Por outro lado, quando não estão reunidas as condições mínimas de autotutela, que permitiriam o pleno exercício da autodeterminação dos contraentes no sentido de manutenção de uma relação pautada pela boa-fé, o Poder Público pode ser chamado a atuar. Isso porque ao Estado cabe não somente assegurar a esfera de liberdade dos indivíduos, mas também garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, aquele Estado que se procurava afastar com invocação de direitos fundamentais, é chamado como principal protetor e garantidor destes mesmos direitos. Dessa análise ressalta que mesmo na concepção horizontal de situações aparentemente privadas, aparecem relações de inferioridade que ensejam proteção constitucional. Em outras palavras, nem sempre a autonomia pode ser exercida plenamente pelo simples fato de estar-se diante de uma relação interprivados.

⁶⁴ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.745, 1998.

⁶⁵ *Ibid.*, p.747.

⁶⁶ *Ibid.*, p.748.

"A limitação a um direito fundamental que do contrato resulte não pode, assim, ser legitimada por esse valor constitucionalizado"⁶⁷.

Nessa concepção de um Direito Civil constitucionalizado, não há que se falar em lacunas da lei, eis que os preceitos constitucionais servem à aplicação direta nas relações entre particulares.

A fim de ilustrar essa realidade o autor se utiliza de um caso concreto julgado pelo Tribunal Constitucional alemão que inova ao reconhecer que, às vezes, "o contrato é instrumentalizado como meio de heterodeterminação"⁶⁸, ou seja, torna-se um meio pelo qual um dos contraentes, em posição de superioridade, se beneficia com a situação de inferioridade do outro que, justamente por conta desta posição, não pôde transmitir sua vontade de forma plenamente livre. E quando assim o faz, ao emitir vontade constrangida por situações do momento, muitas vezes a pessoa acaba contraindo obrigações que geram reflexos importantes que podem comprometer toda uma vida.

É contra essa possibilidade que se insurge o Direito Civil-Constitucional, quando eleva à categoria fundamental de proteção a pessoa humana, vale dizer, o aspecto existencial dos indivíduos em detrimento do mero conteúdo patrimonial. O patrimônio constitui, nesta óptica, importante suporte da personalidade, como condição material mínima de uma existência com sentido e que, portanto, sobreleva na decisão comentada a sua função de garantia de créditos.⁶⁹

Para Sousa Ribeiro, a verdadeira feição assumida pelo princípio da igualdade nas relações entre particulares clama por igualdade substancial e não meramente formal. O autor demonstra nitidamente como o princípio tem ensejado toda a sorte de interpretação, albergando, inclusive, aquelas que contrariam os próprios princípios constitucionais que norteiam as relações de cunho econômico e até mesmo as familiares.

⁶⁷ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.747, 1998.

⁶⁸ *Ibid.*, p.750.

⁶⁹ *Ibid.*, p.751.

Daí que, se um pai dispõe da quota disponível em favor de um filho e em prejuízo de outro ou outros, se um senhorio despeja um inquilino por falta de pagamento de rendas, quando mantém o vínculo de um outro que se encontra na mesma situação moratória, se alguém aceita de outrem uma oferta contratual, tendo anteriormente rejeitado uma idêntica, que um terceiro lhe endereçara, não é concebível que esses actos possam ser impugnados, a pretexto de uma pretensa violação ao princípio da igualdade. Admitir o contrário, seria atingir no seu cerne a praticamente expropriar a autodeterminação contratual nas suas facetas mais basilares de liberdade de celebração e de escolha da contraparte.⁷⁰

Isso não quer dizer que não existam situações que exigem a atuação estatal com intuito de impedir a subsistência de discriminações que afrontam a dignidade humana.

É certo que, "o conjunto dos direitos fundamentais não forma uma ordem acabada e fechada, de que dedutiva e mecanicamente se possam inferir as regulações concretas que moldam as relações civis"⁷¹.

Os instrumentos de Direito Civil, aplicados no sentido da dignificação humana, consistem nas ferramentas por meio das quais se poderá construir, de forma incessante, um ordenamento capaz de emancipar os indivíduos garantindo-lhes seus direitos mais fundamentais. Por vezes será necessário garantir-lhes o espaço de autocomposição. Em outros momentos o Estado será chamado a ir além, como garantidor da concretização destes direitos precípuos dos indivíduos que hoje norteiam e fundamentam todo o sistema jurídico.

Todos os principais institutos do Direito Civil sofreram profundas transformações decorrentes do novo paradigma socializante.

Para ficar apenas em um dos exemplos mais claros na realidade jurídica brasileira, especificamente no campo contratual, vislumbrou-se uma crise na teoria contratual clássica, decorrente, principalmente, da industrialização e massificação das relações contratuais.

Percebendo que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX, Claudia Lima Marques assim sintetiza o movimento da jurisprudência dos interesses, que surge como uma reação ao ideal acima exposto:

⁷⁰ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.751-752, 1998.

⁷¹ *Ibid.*, p.754.

No início do século XX, bem antes de seus colegas, Jhering vislumbra a insuficiência da ciência do direito da época, a Jurisprudência dos Conceitos, afastada dos elementos sociais e dos problemas dos tempos modernos, afirmando: "A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida". Jhering proporia, então, o exame dos fins substanciais do direito, dos fins práticos das normas jurídicas, integrando, assim, elementos sociais na ciência do direito.

As idéias de Jhering foram o ponto de partida da "Jurisprudência dos Interesses" do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam aplicar os juízos de valor contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Mas, infelizmente, a "função social do direito privado" preconizada por Jhering permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias não chegando a sensibilizar o legislador do Direito Civil. Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico (*Geschäftsgrundlage*), a onerosidade excessiva, as restrições sociais ao direito de propriedade, a proteção da confiança nas relações contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, só encontrariam alguma disciplina legal após a segunda Guerra ou no pioneiro Código Civil italiano de 1942.⁷²

Conclui a autora, afirmando que "a crise levou o conceito de contrato a um desenvolvimento fecundo"⁷³. Essa renovação teórica do contrato, que privilegia a análise da pessoa por detrás do sujeito de direito abstrato, em ostensiva reação à teoria criada pela *pandectística* alemã, tem o objetivo precípua de buscar a igualdade substancial e não meramente formal das relações jurídicas.

Essa busca pela concretude da pessoa humana, na sua interação com as especificidades e complexidades da realidade, todavia, não é particularidade da teoria das obrigações, mas a realidade do Direito Civil nacional. Esse é um ponto-chave no presente trabalho: a aproximação entre a realidade jurídica e a realidade social. Isto porque se a constitucionalização do direito civil brasileiro procura desempenhar um papel na persecução de uma sociedade mais justa, sua viabilização, acredita-se, se dará por via dos conceitos flexíveis presentes no Código Civil de 2002, que constituem ambiente propício ao exercício hermenêutico dos aplicadores do direito, os quais podem trabalhar pela aproximação da realidade jurídica da complexa e dinâmica realidade social. Como asseverou Orlando Gomes na já citada obra em que analisa as raízes históricas e o contexto social da formulação da codificação civilista brasileira, há um verdadeiro "descompasso entre o direito escrito

⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.71-72.

⁷³ *Ibid.*, p.73.

e a realidade social"⁷⁴. O problema se apresenta da seguinte forma: é o Direito Civil, ou sua codificação, que merecem ser reavaliados, ou o problema se concentra na preparação dos nossos julgadores (a forma como as cláusulas gerais são interpretadas de maneira amplamente confusa e pluriforme em nossa prática jurisprudencial)? Ou ainda, quais são as premissas básicas a considerar na formação jurígena das decisões?

A codificação é uma racionalidade; esta racionalidade entra em crise a partir do momento em que os fatos vão de encontro a esta racionalidade, surgindo, assim, uma nova racionalidade (uma racionalidade de direitos constituídos, no nosso caso de uma Constituição formal).

Todavia, é preciso se perguntar: A quem serve o Código? A quem serve a Constituição Federal? Esta pergunta parece ser mais importante do que a forma como este microssistema faz proteção. Há dois extremos, o minimalismo e maximalismo da interpretação valorativa dos princípios constitucionais: se minimizada a constitucionalização migrar-se para um conjunto de especializações estatutárias isoladas; por outro lado, na concepção maximalista tudo pode ser introduzido na Constituição.

Tepedino exemplifica o importante papel da Constituição de balizar a interpretação dos dispositivos flexíveis presentes no Código Civil e de lhes desenhar conteúdo:

A Constituição da República prevê programas de ação no que tange à propriedade rural e à propriedade urbana. Tais programas não podem ser interpretados como programas políticos, deslocados da normativa concreta e atual. Ao contrário, devem ser lidos como formas de dar conteúdo ao Código Civil e às leis especiais. Se o nosso Código Civil não tratou da função social da propriedade, limitando-se a cuidar da estrutura dos poderes do titular do direito, se as leis especiais parecem acanhadas quando interpretadas isoladamente, é preciso que nós consigamos reler tais leis à luz da Constituição, dando-lhes um conteúdo de maior eficácia.⁷⁵

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.71.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.14.

A crítica reside, principalmente, na necessidade de se superar a subsunção, bem como de conceder critérios reais que identifiquem os princípios. Em uma relação contratual, por exemplo, verifica-se a passagem da lógica binária (tudo ou nada, como regra), à redução da eficácia sem afetar a validade do negócio (princípio da ponderação). A superação da lógica binária (apenas duas alternativas) se socorre da interpretação do caso concreto e das normas como parte de um sistema.

O Direito, se é possibilidade, também é limite. Por isso, embora reconheça a pluralidade de fontes e a porosidade sistemática, o Direito permanece, subsiste, como sistema.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO A PARTIR DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Partindo de um importante artigo escrito por Luiz Edson Fachin, este tópico pretende trazer uma reflexão sobre a "recente experiência doutrinária do Direito Civil Brasileiro"⁷⁶, a partir do reconhecimento das relações existenciais que ganharam relevância com a incidência da "principiologia axiológica de índole constitucional"⁷⁷ sobre as relações entre particulares.

Na mesma linha dos pressupostos delineados por Perlingieri no tópico anterior, Fachin afirma que a perspectiva do Direito Civil-Constitucional supera três premissas: "a do monismo das fontes, a da rigidez literal da hermenêutica e da significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como o contrato, a família e a propriedade."⁷⁸

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.243.

⁷⁷ *Ibid.*, p.245.

⁷⁸ *Ibid.* p.244.

Essa nova concepção das relações entre particulares evidencia a necessidade de constante construção dos sentidos que são atribuídos ao campo jurídico. Assim, quem trabalha a contemporaneidade está a falar de algo que é inacabado por natureza, vale dizer, que está em movimento.

Essa construção é feita sobre uma estrada que vai rumo ao século XXI e que abriga um porvir e um pretérito.⁷⁹ O presente é síntese de múltiplas determinações, pois podemos reconhecer no presente elementos do que denominamos pretérito e isso revela a dinâmica da espacialidade. A codificação é uma racionalidade que entra em crise a partir do momento em que os fatos vão de encontro a esta racionalidade, surgindo, assim, uma nova racionalidade (uma racionalidade de direitos constituídos, no caso brasileiro, a partir de uma Constituição formal). Esta nova racionalidade, todavia, não nega o passado (conforme se verá no decorrer do texto, o Código Civil brasileiro de 2002 reeditou sob uma nova principiologia, desta vez não esvaziada de conteúdo axiológico, o arcabouço de normas do Código de 1916).

Fachin propõe um norte a guiar o ensaio, qual seja, a preocupação manifestada por Rosario Valpuesta na ocasião do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional realizado na cidade do Rio de Janeiro em 2008, no sentido de ressaltar a distância da realidade jurídica (representada pelos direitos sociais expressos nas Constituições contemporâneas) da realidade social (quando, em alguns casos, fica clara a carência de efetividade de tais direitos).

A travessia espaço-temporal pela qual atravessou o Direito Civil tem início com a constatação da "relevância dos códigos como signos lingüísticos, culturais e sociológicos"⁸⁰ e se desenvolve com a demarcação de novas fronteiras que conferem novas concepções aos espaços públicos e privados.

Como exemplo do que fora afirmado acima, e procurando trabalhar a questão da realização dos direitos fundamentais, o autor se apoia na análise do *bem de família*, como direito fundamental de natureza prestacional que traz consigo profícua discussão acerca dos princípios da *reserva do possível* e da *proibição de retrocesso*.

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporâneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.246.

⁸⁰ *ibid.*, p.245.

Fachin analisa os desafios e as perspectivas que emergiram e enriqueceram o debate no Brasil, destacando que a principiologia axiológica de índole constitucional que fundamenta o Direito Civil brasileiro evidencia a "índole não linear da cultura jurídica"⁸¹.

O Código Civil que entrou em vigor em 2003, reeditou "com atualizações e algumas modificações, o paradigma insular da codificação privada"⁸². Com isso não se pode negligenciar a importância da luz sobre o passado que consiste as novas premissas do Direito Civil, ainda carregado de influências do projeto moderno.

Por outro lado, a base sobre a qual se reconstrói o Direito Privado é outra⁸³. A reconstrução não se limita a novas significações ou ressignificações de conceitos superados, mas propõe um "ir além":

Assim, ademais de prosseguir na consolidação dos pressupostos da crítica que, sob o manto daquela principiologia axiológica de índole constitucional, reconstrói de maneira permanente as premissas do Direito Civil em movimento, a expansão do campo que se dedica ao contemporâneo recomenda projetos, linhas de investigação e labores docentes que traduzem as possibilidades interinstitucionais e multidisciplinares da escavação intelectual, coletiva e singular.⁸⁴

Essa é uma ideia fundamental introduzida pelo autor e que evidencia uma preocupação com o aspecto dinâmico da construção de conhecimento e, de modo particular no Direito Civil, com a base teórico-prática da produção do saber nas relações entre particulares e na análise e formulação das normas que as regulam.

Fachin expõe o que entende por *catálogos mínimos* a partir dos quais se delinearão os caminhos da construção do direito privado contemporâneo à luz dos princípios constitucionais, na experiência brasileira:

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.245.

⁸² *Id.*

⁸³ *Ibid.*, p.246.

⁸⁴ *Id.*

por um lado a tripla configuração espaço-temporal da metódica do Direito Civil-Constitucional nos planos da existência, validade e eficácia; por outro lado, as três dimensões da *constitucionalização* do Direito Civil para dar-lhe um sentido emancipador ao Direito contemporâneo brasileiro.⁸⁵

Conclui, de imediato, que o Direito Civil-Constitucional existe, é válido e eficaz como método e como significado. O autor faz esta afirmação com base na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileiras e, a partir destas três perspectivas, analisa os pormenores que envolvem a existência⁸⁶ (cognição objetiva do fenômeno da *constitucionalização*, a autoridade da própria denominação que se inculcou na produção jurídica e a resistência por parte da doutrina nos debates acadêmicos), a validade (o princípio democrático e a dimensão material do texto constitucional) e a eficácia (eficácia direta dos preceitos constitucionais) do fenômeno da *constitucionalização*.

Seguindo em sua reflexão, Fachin explicita o que entende por "tripé fundante do possível sentido de *constitucionalização*", vale dizer, as dimensões formal, substancial e prospectiva do fenômeno.

A dimensão formal, necessária, porém insuficiente, no contexto brasileiro, assume relevância inegável com a Constituição Federal de 1988. O fenômeno da *constitucionalização*, todavia, não se resume ao texto positivado.

O que complementa essa dimensão é a compreensão do aspecto substancial das normas dentro desta estrutura que não se esgota com as normas positivadas, o que faz com que tais normas e princípios sejam observados integradamente com o ambiente jurídico-econômico-social no qual estão inseridos.

Esses dois primeiros níveis, conjugados entre si, são o âmbito compreensivo da percepção intrassistemática do ordenamento.⁸⁷

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.246.

⁸⁶ Interessante notar, como o autor jamais negligencia ou nega a existência de opiniões divergentes neste processo dialético de formação de todo um contexto jurídico-social, mas, ao contrário, em um pensamento construtivo aberto e crítico, transparece a importância das correntes de pensamento que combateram o ponto que defende.

⁸⁷ FACHIN, *op. cit.*, p.248.

Ao focalizar a dimensão prospectiva do fenômeno, mais uma vez emerge a preocupação com a construção da realidade e cultura jurídica calcada na *constitucionalização*, quando o autor afirma que

o desafio é apreender de maneira extra-sistemática o sentido de possibilidade da *constitucionalização* como ação permanente, possibilitada pela força criativa dos fatos sociais que se projetam sobre o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, através da qual os significados se constroem e se refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nesse procedimento, emerge o mais relevante destes horizontes que é a dimensão prospectiva desta travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da resignificação destas balizas lingüísticas, os limites e as possibilidades emancipadoras do próprio Direito.⁸⁸

Dessa análise, ressalta-se a importância da dimensão prospectiva do fenômeno da *constitucionalização*, no sentido de se conferir um papel emancipador ao Direito Civil que dignifique o homem e não simplesmente o repare, além de se evidenciar o papel que a todos cabe na participação deste processo.

Esse reconhecimento de direitos civis de índole constitucional surge a partir da problematização do tripé fundante de todo o direito privado clássico, vale dizer, das titularidades, do trânsito jurídico e do projeto parental. E esta problematização se dá mediante a pluralidade ensejada pela porosidade que consiste o Direito Civil-Constitucional, que permite, por sua vez, a construção de novos significantes com base na aproximação de diversos saberes humanos.

Procurando aprofundar a análise feita no decorrer do caminho traçado na primeira parte de seu ensaio, Luiz Edson Fachin passa a verticalizar alguns pontos anteriormente abordados.

Sugere o autor, que uma excessiva abstração dominou o direito tradicional e continua a trazer repercussões importantes, constituindo, muitas vezes, "um impedimento para a concretização dos direitos fundamentais na dimensão das relações inter-privadas"⁸⁹.

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.248.

⁸⁹ *Ibid.*, p.250.

O Direito Civil-Constitucional procura escapar dessa constrição, pois consiste um ambiente aberto, propício ao exercício hermenêutico que pode dar sentido aos conceitos flexíveis que permitem esta aproximação interdisciplinar. Nesse prisma, ganha relevância a reflexão filosófica que poderá dar sentido e concreção ao princípio da dignidade da pessoa humana e que, conseqüentemente, permitirá reconhecer o sujeito de necessidades que na realidade se esconde por detrás do sujeito de direito abstrato.

Antes de destacar essa dimensão do jurídico que se abre para o mundo real, com o qual se relaciona de forma dialética, é necessário levar a cabo uma crítica ao conceitualismo que se impôs ao Direito pela estrutura da codificação, que reduz a pessoa a mero elemento da relação jurídica. Deve se enfatizar, portanto, a necessidade de uma interpretação tópico-sistemática, que deve ser apreendida aqui em sentido próprio, que permita uma axiológica "correção hermenêutica" do Direito, adequando-o aos preceitos constitucionais de tutela e promoção dos direitos fundamentais.

Todo o arcabouço de princípios e normas que regulam as relações entre particulares são redesenhados visando à efetiva emancipação e dignificação dos que se relacionam, não apenas como elementos integrantes de um conceito abstrato de relação jurídica, mas como pessoas que necessariamente interagem para se expressar, para trocar, para colaborar, enfim, para fazer existência digna. Nessa ordem de ideias, o Direito Civil não serve apenas à proteção do patrimônio, mas aparece para garantir as condições mínimas de uma vida digna e promover a emancipação das pessoas que interagem no meio social, quando procura, por meio de toda esta principiologia axiológica de índole constitucional, nortear estas relações na perspectiva emancipatório, equitativo e dignificante.

Dessa forma, os direitos fundamentais se libertam do cordão umbilical que ainda os ligava ao contexto do qual emergiram - autonomia individual perante o Estado e nítida separação das esferas pública e privada – para nortear as relações que se dão, também, entre os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que não há necessariamente uma relação de subordinação) em uma sociedade que clamava por um sentido de igualdade substancial e não mais meramente formal.

Dessas reflexões emergem um caráter **externo** de direitos, que se projetam para o Estado e contra ele se dirigem, e um caráter **interno**, que se constitui condição de possibilidade para a consolidação de uma espacialidade privada.⁹⁰

Vistos por esse aspecto externo, os direitos constituem limites à atuação estatal, a partir dos quais se configuram os espaços de liberdade e autonomia dos indivíduos que se projetam, portanto, verticalmente (indivíduo x Estado). Por outro lado, do ponto de vista interno, esses limites, que constituem o espaço intangível da atuação do indivíduo, vale dizer, a espacialidade privada⁹¹, não são suficientes para garantir a concretização dos direitos fundamentais e, portanto, também nesta espacialidade privada incidem as preocupações constitucionais – justamente a partir do momento em que se compreendeu que os espaços de interação entre particulares também são fundamentais e fazem parte do todo maior em que se constitui o desenvolvimento humano.

A *externalidade* dos direitos, que a princípio garantiu a esfera de liberdade dos indivíduos perante o Estado, não cuidou da relevância das **desigualdades concretas**.⁹²

Quando essa divisão hermética entre público e privado deixa de ter sentido, toda aquela racionalidade erigida em um contexto histórico de ascensão da classe burguesa, cuja preocupação primordial era a proteção da propriedade, sofre uma ruptura que afeta não somente as ideias que deram origem àquele contexto – como as ideias de John Locke, por exemplo – mas também que afeta toda a estrutura da codificação civil. Naquele cenário, a estrutura codificadora se mostrou ineficaz para gerar deveres também entre os particulares e, com isso, se afastou paulatinamente da realidade. Segundo Fachin,

o que emerge sem dúvida é que a estrutura das codificações, baseada em uma perspectiva patrimonialista e [...] abstracionista, não é apta a assegurar uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que pode constituir um obstáculo para a sua efetividade.⁹³

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.252.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Ibid.*, p.253.

⁹³ *Ibid.*, p.254.

O momento pelo qual o Direito Civil brasileiro passa, ressalta ainda mais a importância da problematização destes temas, especialmente se se atentar para o fato de que este sistema jurídico conta com a não tão distante promulgação de um novo Código de normas civis e que, por isso mesmo, encontra-se imerso neste processo de ressignificação e reconstrução.

A seguir, no tópico "Locke e a legitimação do patrimonialismo", Luiz Edson Fachin inicia com estas incisivas afirmações:

Se pode identificar, entre as mais relevantes origens teóricas da cisão entre público e privado, o pensamento de John Locke. Mais do que isso, Locke identifica como elemento central da espacialidade privada a noção de propriedade, sendo um dos pensamentos fundantes do patrimonialismo característico do Direito de matriz liberal.

Mesmo que se defina a propriedade como um conceito que engloba a via, a liberdade e os bens, Locke se centra na propriedade de bens de modo a dar-lhe maior relevância. A propriedade sobre os bens passa a ser reputada como uma extensão da personalidade do sujeito: aquilo que o homem constrói o retira da natureza por meio de seu trabalho – e que também é de sua propriedade, dado que o sujeito é proprietário de seu corpo – passa a integrar sua propriedade.⁹⁴

Com essas palavras, o autor analisa o contexto dentro do qual o sujeito de direitos era resumido ao sujeito proprietário, mesmo que um indivíduo não fosse proprietário de bens, mas ao mínimo de sua força de trabalho (concepção que pressupõe a garantia de indivíduos livres). Ainda, a partir da obra de John Locke, Fachin analisa o momento em que os teóricos passam a justificar e legitimar a acumulação de riquezas, quando os indivíduos passam, então, a alienar a força de trabalho e acumular riqueza por meio de moeda – que constitui, também, instrumento que permite a troca de bens. Este é, em resumo, "o espaço da acumulação de bens que ocorre, aparentemente, entre iguais" e "passa a considerar-se lugar privilegiado do exercício da liberdade individual, é o direito natural por excelência, que antecede ao próprio Estado"⁹⁵. Nessa orientação, a propriedade é o direito fundamental por excelência.

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporâneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.254.

⁹⁵ *Ibid.*, p.255.

Assim, o Direito Privado protege aquele que é proprietário. Quem não se encontra nesta condição não é tutelado pelo Direito, conseqüentemente não é sujeito de direitos.

Essa abstração do *sujeito de direito*, surgida no seio da Escola Pandectista alemã, está intrinsecamente relacionada ao *patrimonialismo*. A igualdade formal, representada pela abstração dos *sujeitos de direito*, mediante a qual todos são colocados em pé de igualdade perante o Direito, paradoxalmente, enseja toda a sorte de desigualdade e desequilíbrio e impregna a codificações de cunho patrimonialistas do final do século XIX e início do século XX, refletindo, ainda, no Código Civil brasileiro de 2002.

Avançando na construção do raciocínio, Fachin expõe como o sistema criado pela Escola Pandectista alemã acaba por reduzir a complexidade da realidade social e, ao fazê-lo, acaba excluindo relações que se verificam no seio social e que, no entanto, não recebem atenção no âmbito do positivismo jurídico.

Essa verificação revela a pretensão de completude e universalidade das codificações do século XIX, influenciadas pela filosofia positivista e por sua crença na suficiência regulatória dos Códigos, que poderiam reduzir todas as possíveis hipóteses fáticas em uma compilação de categorias gerais e abstratas. A própria estrutura dos Códigos Civis reflete esta concepção (o autor mostra como isso se dá na realidade jurídica brasileira, ao analisar a estruturação do Código Civil brasileiro em uma "Parte Geral" que precede a disciplina do sujeito proprietário e que esboça a partir de uma *biografia do sujeito de direito* no livro dedicado à parte especial⁹⁶).

O ritual de mera reprodução de conhecimento propugnada no ensino e a formação dogmática características dos *cursinhos* jurídicos contemporâneos refletem esta concepção do Direito Civil. E, por trás dessa pretensa neutralidade dos modelos jurídicos, está escondida a ideologia patrimonialista, que, assim, acaba por negar a incidência dos direitos fundamentais e legitimar a exclusão.

⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.257.

Bem resumiu o autor um dos vários problemas que emerge dessa concepção: "Só haveria direitos subjetivos onde houvesse um modelo jurídico. É dizer: quem não se insere em determinado modelo de relação jurídica não teria direitos subjetivos"⁹⁷.

Os direitos fundamentais e as codificações de cunho patrimonialista do século XIX pertencem a racionalidades distintas que não convergem, sendo que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, decorrentes que são do princípio da dignidade humana, encontram dificuldades para se concretizar nesta racionalidade abstracionista.

Apoiado nas ideias de Niklas Luhmann, o autor mostra como essa racionalidade pode se perpetuar a partir do momento em que se institucionalizam as expectativas da sociedade, com vistas a sua estabilidade. Quando assim procede, a sociedade se torna um sistema autopoietico que reproduz a concepção que acredita ser a posição geral dos cidadãos, esquecendo-se dos esquecidos – aqueles excluídos pela própria racionalidade patrimonialista, vale dizer, os não proprietários. Não que essas estruturas não possam ser vencidas; o próprio Luhmann admite esta possibilidade. No entanto, quando se verifica essa institucionalização torna-se muito difícil a visualização de outra forma de estabilidade institucional.

Justamente por isso, a ciência jurídica encontra-se em um momento de incertezas, de rupturas e de aparente caos. A crise precede a uma grande mudança. Neste trabalho, acredita-se que a mudança rumo à concretização dos direitos fundamentais. A crise expressa um lento, porém incessante, movimento de desconstrução da lógica simplificadora que fundamentou o direito ao longo dos últimos duzentos anos.

Segundo Fachin, "as estruturas sistêmicas possuem um inequívoco conteúdo ideológico subjacente, que é, sem embargo, mascarado pela pretendida neutralidade das instituições"⁹⁸.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.259.

⁹⁸ *Ibid.*, p.260.

E continua em sua explanação:

Em uma sociedade complexa e massificada, não obstante, a ruptura com as racionalidades sistêmicas se volta cada vez mais difícil, em virtude do que Pietro Barcellona denomina fragmentação do sujeito em diversos papéis, o que constituiria um "sujeito frágil".

O "sujeito frágil" é aquele que, na economia capitalista contemporânea – que ademais também pode ser uma estrutura sistêmica reputada –, se aliena no consumismo e só adquire relevância quando põe uma das diversas "máscaras" que a contemporaneidade lhe impõe. O sujeito frágil, em definitivo não possui relevância por seu "ser", senão conforme o papel que este ocupa em um momento dado no interior do sistema. Os modelos da contemporaneidade se multiplicam, com o qual se opera uma cisão do sujeito. Se trata do ápice da abstração: a pessoa não é nada mais que um sujeito massificado, que só adquire relevância se se encontra inserida em um dos diversos modelos, de relevância pontual, em uma situação jurídica dada. Ela consome e, de algum modo, se consome, alienando, por exemplo, sua intimidade publicamente em espetáculos televisivos.⁹⁹

Importante notar como essa assustadora realidade é consequência e condiz com o sujeito fragmentado pela racionalidade da relação jurídica abstrata. A pessoa deixa de ter relevância pelo fato de simplesmente existir e passa a ganhar importância de acordo com a posição jurídica que ocupa nestes modelos de relação jurídica.

O Direito Civil que foi construído segundo esta racionalidade abstracionista contribui para a manutenção do sistema. Já com relação aos direitos fundamentais, estes ensejam a inserção de racionalidades não sistêmicas na compreensão do Direito, enriquecendo a proteção dada à pessoa pelo Direito, complexificando o olhar e aproximando a realidade jurídica da realidade social. Nesse sentido, a racionalidade sistêmica aparece, muitas vezes, em prejuízo da dignidade da pessoa e da incidência dos direitos fundamentais.

Neste ponto, o autor chega a um momento crucial de seu pensamento: a possibilidade de ruptura da racionalidade abstracionista representada pelo fenômeno da *constitucionalização*.

Ao permitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o Direito Civil-Constitucional evidencia o núcleo de uma nova racionalidade que tem por fim, dignificar a pessoa escapando dos grilhões que constroem a sua realização

⁹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.261.

em toda a sua plenitude. Cria-se, assim, um ambiente que enseja o exercício hermenêutico construtivo no sentido de emancipação das pessoas e busca pela igualdade substancial e não meramente formal dos indivíduos.

Os três pilares fundantes do Direito Civil, com isso, ganham nova sustentação, não mais apoiada sobre uma óptica patrimonialista, mas com base na dignidade da pessoa. Quando o Direito deixa de proteger uma situação, pois esta não se enquadra nos modelos abstratos positivados pelo sistema, ele gera uma exclusão e, conseqüentemente, vitimiza aqueles a quem deveria proteger.

Contudo, ao superar a racionalidade sistêmica, uma intrigante questão surge no seio da *constitucionalização*: como não tornar os direitos fundamentais meras "proclamações discursivas"¹⁰⁰ dependentes de modelos abstratos? Como não torná-los elementos meramente formais, esvaziados de conteúdo, que reproduzirão aquela mesma ordem sistêmica da qual pretendem se desvencilhar?

Nada melhor do que as palavras do próprio autor, quando delineia os caminhos que possivelmente levariam a uma autêntica emancipação:

A interpretação tópico-sistemática não analisa o sistema como um conjunto de respostas instantâneas e acabadas para problemas que podem surgir no futuro – pretensão das codificações civis – senão que parte dos problemas concretos para intentar localizar, dentro do sistema, a melhor dentre várias possíveis soluções. Para isso a seleção se realiza através da hierarquização axiológica. É por meio da hierarquização axiológica, e em função de cada caso concreto, que os direitos fundamentais se concretizam como normas – mas não são modelos abstratos pré-ordenados.

Se a abstração constitutiva do modelo de relação jurídica é o elemento unificador da racionalidade do Código Civil, o único modo de que se opere uma "correção hermenêutica" da codificação (o que permitirá a efetividade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, com um repúdio ao estatuto da exclusão como a que a *fetichização* dos modelos tem operado) é sua interpretação não à luz dessa mesma racionalidade, senão de outra de ordem principiológico-constitucional.

O grande desafio é ir além dos modelos para oferecer conteúdo a essa "correção hermenêutica", fazendo com que os excluídos da lógica sistêmica sejam especialmente protegidos pelo ordenamento. O Direito Civil, na óptica multidisciplinar, não pode negar a incidência dos direitos fundamentais aos excluídos dos modelos

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.265.

abstratos e, por isso, esta nova racionalidade supera este modelo de exclusão das vítimas desse sistema. Este sujeito, "ao qual se destinam os direitos fundamentais não é aquele do modelo abstrato que põe como elemento da relação jurídica: é a pessoa concreta, o sujeito de necessidades."¹⁰¹

Assim, surge a integração de um novo elemento nessa racionalidade de dignificação do homem que se concretiza por via dos direitos fundamentais, qual seja, o elemento ético no ordenamento jurídico:

Um Direito Civil que trate de ser adequado com as aspirações sociais e com o respeito aos direitos fundamentais deve partir, precisamente, do outro lado da margem do *topoi* que fora ignorado pelos modelos codificados: o que Enrique Dussel denomina "negatividade das vítimas". Um discurso da dignidade da pessoa cujo ponto de partida não seja a negatividade, ou seja, o espaço no qual a dignidade é negada, não será nada mais que um discurso de legitimação, sem conteúdo emancipador. Se trata da inserção de uma racionalidade ética no ordenamento jurídico e que, por certo, extrapola os modelos positivados e o código binário sistêmico do lícito-ilícito.¹⁰²

Essa nova racionalidade, que introduz o elemento ético no ordenamento, introduz, também, o caos neste sistema, a partir do qual os excluídos poderão passar a ser também observados.

Importante notar, portanto, que a Constituição, assim como pode ampliar os horizontes do ordenamento, pode, por outro lado, legitimar a exclusão se não operar uma verdadeira mudança na racionalidade com que incide nas relações entre particulares. A simples *constitucionalização* não implicará automaticamente garantia de direitos fundamentais e de inclusão das vítimas. Existindo ou não novos modelos, o fato é que serão eles instrumentos para a consecução do objetivo precípua do ordenamento, qual seja, a emancipação e dignificação da pessoa humana em toda a sua plenitude.

¹⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporáneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.266-267.

¹⁰² *Ibid.*, p.267.

2.4 A PERSPECTIVA DE UMA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA E A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De tudo o que foi dito até o presente momento, resta evidente que é pela via da constitucionalização que se alcança a dimensão prospectiva do direito. É este processo que permite o movimento do direito, reconhece a sua complexidade e constitui a brecha através da qual possa ser destrinchada a realidade que foi simplificada.

Há uma série de processos entre a produção de uma norma e a sua aplicação, que podem influir na concretização normativa do texto legal.¹⁰³ Em outras palavras, para se auferir a eficácia da lei é necessária uma análise que depende da produção do texto legal e envolve a sua observância, a sua execução ou imposição, a sua aplicação e o seu possível uso (casos em que a legislação oferece a possibilidade de autorregulação). É demasiado simplificadora a visão de que a concretização normativa do texto legal é uma questão exclusivamente da produção de uma norma jurídica (norma geral) e de sua aplicação ao caso concreto (norma individual).¹⁰⁴

Segundo Marcelo Neves, a função simbólica da norma jurídica implica a "rejeição da concepção simplista da inexistência ou irrelevância social da legislação ou dos textos legais carentes de eficácia normativa"¹⁰⁵.

Para o autor, há ineficácia normativa quando:

O conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc.; inclusive, portanto, nas hipóteses de inobservância ou inexecução da "norma jurídica" (geral) e da "norma de decisão" (individual) produzidas em um caso jurídico determinado, como também quando ocorrer desuso ou abuso de "ofertas de regulamentação". Entretanto, o processo concretizador não deve suscitar, de maneira nenhuma, a "ilusão da plena correspondência do abstrato e do concreto", mas sim, como problema, "ser resolvido através de uma forma de não-identidade integrada do abstrato e do concreto".

¹⁰³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.46.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.47.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.42.

Contudo, existem efeitos da legislação que podem não decorrer da eficácia ou efetividade de uma lei. Segundo Neves:

Em primeiro lugar cabe distinguir as consequências da legislação na sua conexão com outros fenômenos sociais. A propósito, discute-se sobre a utilidade e o significado econômico de normas jurídicas. Uma lei tributária, por exemplo, pode ser intensamente eficaz e efetiva, mas produzir recessão, desemprego ou inflação. Também no concernente à arte, ao amor, às relações familiares, os efeitos indiretos de uma lei podem ser bastante significativos. Uma lei que amplie os casos de permissão de aborto certamente terá forte influência sobre as relações amorosas e familiares. Uma legislação que imponha censura aos meios de comunicação terá consequências sobre a criação artística. Também as leis referentes ao sistema educacional têm frequentemente ressonância na ciência e vice-versa. Enfim, as consequências indiretas ou, em outras palavras, os 'efeitos colaterais' da legislação desempenham um papel relevante em todas as relações intersistêmicas.¹⁰⁶

Para que se possa falar em legislação simbólica é preciso identificar a ineficácia normativa dela, vale dizer, não basta que uma norma não atinja os fins para os quais ela foi idealizada e produzida, mas ela precisa apresentar ao menos um daqueles bloqueios acima mencionados, seja na sua observância, na sua execução, na aplicação ou no seu uso, mediante o desuso ou o abuso de "textos legais que contêm oferta de auto-regulamentação de relações intersubjetivas"¹⁰⁷.

Partindo-se do pressuposto de que "a capacidade do sistema jurídico de regular condutas e sua capacidade de assegurar expectativas normativas encontram-se em relação recíproca"¹⁰⁸, bem como de que primeiramente o direito visa à proteção destas expectativas, só se poderá falar em legislação simbólica quando houver falta de vigência social da norma, ou seja, quando se verificar que a norma não corresponde ou não assegura as expectativas na sociedade.

Um grau muito acentuado de ineficácia pode significar que não há orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso por parte dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social).¹⁰⁹

¹⁰⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.49.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.46.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.52.

¹⁰⁹ *Id.*

É o que se verifica hoje em relação a vários preceitos constitucionais e à falta de previsibilidade acerca das decisões judiciais, tão combatida pela Análise Econômica do Direito. A falta de orientação generalizada das expectativas normativas indica um problema do qual emerge a questão da legislação simbólica, que pode se tornar um importante fator de conservação das desigualdades, bem como impeditivo da concretização da justiça e da função socializante do direito privado (como nos casos de legislação álibi, mencionados por Marcelo Neves¹¹⁰, que na realidade constituem leis criadas para apaziguar a pressão pública, mas que não podem, por falta de condições, ser efetivadas). Os efeitos da legislação simbólica, contudo, dependerão do seu tipo. A legislação simbólica pode também produzir efeitos sociais importantes:

No que concerne à legislação destinada à confirmação de valores sociais, podem-se distinguir três efeitos socialmente relevantes. Em primeiro lugar, trata-se de atos que servem para convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e normas valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito e por ele garantidos. Em segundo lugar, a afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz as principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe seriam específicas. Daí resulta que a conduta considerada ilegal tem mais dificuldade de impor-se do que um comportamento lícito; supõe-se aqui função instrumental para o direito, mesmo em havendo "evasão padronizada". Por fim, a legislação simbólica confirmadora de valores sociais distingue, com relevância institucional, "quais as culturas têm legitimação e dominação pública" (dignas de respeito público) das que são consideradas "desviantes" ("degradadas publicamente"), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos.¹¹¹

Neves se utiliza de uma classificação elaborada pelo jurista e diplomata alemão Harald Kindermann, para definir os tipos de conteúdo de legislação simbólica, que podem ser: confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatatórios.¹¹²

A investigação é extremamente relevante para o presente trabalho, na medida em que aponta efeitos da legislação que podem passar despercebidos pelos críticos da constitucionalização do direito civil, bem como porque leva em consideração que

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.36.

¹¹¹ *Ibid.*, p.53/54.

¹¹² *Ibid.*, p.33.

"a capacidade do sistema jurídico de regular condutas e sua capacidade de assegurar expectativas normativas encontram-se em relação recíproca"¹¹³. Em outras palavras, "o problema de como estão comportando-se as pessoas e a questão da orientação das expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente"¹¹⁴.

Já em 1958, na citada obra em que analisa as raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, Orlando Gomes identifica algum efeito instrumental da legislação privada que, embora pudesse não se classificar como simbólica, nos moldes concebidos acima, revela a influência do direito escrito que não a eficácia normativa do texto em si, mas que têm mais que ver com a complexidade do fenômeno jurídico em suas imbricações com o desenvolvimento social:

Essa influência do direito escrito que se antecipa à realidade só se exerce, porém, quando a lei se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura. O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse. Surge, com efeito, em inúmeros passos, como uma obra progressista dos nossos legisladores. Alguns anos depois de ter entrado em vigor, as condições objetivas do meio brasileiro, transformadas por força do rápido crescimento do país, criariam o clima propício à sua frutificação. O pensamento que o inspirou condicionou-se necessariamente ao sistema social em cujas entranhas foi concebido, mas, por vezes, o superou, embora, de quando em quando, lhe oferecesse resistência sob o influxo moderador da tradição.¹¹⁵

Alguns anos depois, o jurista português Orlando de Carvalho também evidencia o aspecto em que o direito se preocupa com o futuro, criando e modelando a realidade social.

Após uma interessante abordagem das principais correntes teóricas que buscaram a origem da manifestação do Direito, que começa com a possível divisão em dois grandes grupos da fenomenologia do direito – que aqui resumidamente podemos denominá-los *direito subjetivo* e *direito objetivo* – Orlando de Carvalho, acaba por concluir que, embora a distinção tenha a sua validade, assim como as investigações doutrinárias mencionadas (positivismo normativista, jusnaturalismo

¹¹³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.52.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.72.

racionalista, institucionalismo, doutrina ordinalista, decisionismo e existencialismo), além de o Direito aparecer como norma, como um comando ou autorização, ele "aparece como um sentimento de que se pode ou se quer alguma coisa"¹¹⁶.

E, contemporaneamente, aparece Comparato em uma síntese que expressa a preocupação da Constituição formal com o futuro.

Ao investigar a existência de duas Constituições, uma formal e uma real, Comparato afirma o valor simbólico da Constituição formal, que é aquele corpo de normas que forma a estrutura jurídica basilar de um Estado. A Constituição formal visa ao futuro e, portanto, teria um importante papel de influenciar o comportamento dos cidadãos no seio social. Segundo o autor,

Já é tempo de retomarmos o exame do assunto em outras bases. A visão sistêmica da vida social, que professamos desde a Introdução desta obra, nos conduz a enxergar a existência, em todas as sociedades politicamente organizadas, de uma Constituição formal ao lado de uma Constituição real, ambas estreitamente unidas numa relação dialética permanente. Em geral, os juristas só enxergam a Constituição formal, ao passo que os cientistas políticos só têm olhos para a Constituição real.

A Constituição formal é um corpo unitário de normas, ou uma consolidação de leis fundamentais, as quais conformam todo o ordenamento jurídico estatal. Ela é sempre o produto de uma vontade política do próprio povo, ou, mais frequentemente, de alguém – pessoa individual ou assembleia política – que age em nome próprio, ou em nome do povo. A Constituição formal volta-se para o futuro e pretende sempre inaugurar uma nova ordem política.

A Constituição real é a organização normativa de poderes, públicos ou privados, efetivamente em vigor em determinada sociedade; organização composta de costumes, convenções e leis escritas, fundada na tradição e correspondente mentalidade social predominante, isto é, aos valores, às opiniões e à visão de mundo que prevalecem no meio social.

Ao contrário da Constituição formal, a Constituição real funda-se no passado e opõe resistência a toda mudança. Ela corresponde, em tudo e por tudo, à noção de *politéia* da Grécia antiga, a qual *Isócrates* definia como a alma da *pólis*, isto é, a sua personalidade própria.¹¹⁷

Mais à frente, Comparato ilustra a distinção que propõe, exemplificando com a incoerência entre algumas Constituições e as realidades sociais nas quais estão inseridas:

¹¹⁶ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. p.24.

¹¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.608-609.

Na verdade, as chances de longa vigência de uma nova Constituição formal dependem de sua correspondência, em substância, à organização real da sociedade, aos valores e visões do mundo que nela estão em vigor. [...]

Bem vistas as coisas, a Constituição norte-americana, ao contrário do que se imagina, nunca abafou por completo certos elementos profundos da mentalidade ianque, e que formam parte integrante de sua Constituição real. A opinião, longamente repetida, de que os Estados Unidos põem a proteção das liberdades individuais acima de tudo, é sistematicamente contestada pela sucessão de intervenções militares, conquistas e guerras imperialistas, bem como pelo não-reconhecimento ou a suspensão dos direitos individuais dos opositores políticos radicais, em nome da segurança nacional. [...]

As Constituições latino-americanas, por sua vez, segundo reconhecimento geral, muito embora correspondentes na forma como modelo democrático em vigor na Europa ocidental e nos Estados Unidos, sempre se apresentaram como um roto véu, incapaz de encobrir a dura realidade da oligarquia e do caudilhismo, tradicionalmente em vigor no meio social.¹¹⁸

Essas reflexões mostram que, ainda que a Constituição consista, na sua essência, em uma ordem jurídico-política que organiza o Estado com vistas a lhe trazer limites e impedir o desenvolvimento de regimes arbitrários, disso não se deduz, inevitavelmente, que essa ordem "seja concebida como uma 'declaração' de valores político-jurídicos preexistentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto no sentido de uma moral pós-convencional ou universal"¹¹⁹. Segundo Neves, a Constituição também ser concebida como "fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação"¹²⁰.

Os estudos contemporâneos acerca da função simbólica da Constituição apontam para a ideia de que a institucionalização de direitos fundamentais "pretende responder às exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação (e da personalidade) conforme diversos códigos diferenciados"¹²¹.

É um erro atribuir à constitucionalização a responsabilidade pela alegada incerteza jurídica, como se a institucionalização de valores fosse a causa da proliferação

¹¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.609-610.

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.65.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Ibid.*, p.75.

de decisões judiciais que têm como base os mesmos dispositivos legais e, no entanto, são divergentes.

A abertura do direito privado aos valores constitucionalmente institucionalizados pode ser considerada uma decorrência da supercomplexidade da sociedade, que demanda aquele ambiente livre ao desenvolvimento da comunicação e das visões totalizantes, vale dizer, excludentes.

A identificação da Constituição com uma dessas concepções bloquearia o sistema jurídico, de tal maneira que ele não poderia produzir uma complexidade interna adequada ao seu ambiente hipercomplexo. Uma Constituição identificada com "visões de mundo" totalizadoras (e, portanto, excludentes) só sob as condições de uma sociedade pré-moderna poderia funcionar de forma adequada ao seu ambiente. Nesse caso, o domínio de representações morais com validade imediata para todos os âmbitos sociais pressupõe uma sociedade simples, pobre em possibilidades, na qual ainda não há, portanto, os elementos estruturais para a diferenciação (positivação) do sistema jurídico. Uma "Constituição que se identifica" produz, nas condições contemporâneas de alta complexidade e contingência da sociedade, efeitos disfuncionais desdiferenciadores para o direito, na medida em que falta sintonização entre sistema jurídico subcomplexo e ambiente supercomplexo.¹²²

Na medida em que a sociedade se encontra no seio do desenvolvimento de um processo de concretização dos direitos fundamentais, é preciso proteger o direito das visões bloqueadoras que limitam as possibilidades de concretização dos direitos sociais mais elementares. Nesse sentido, "a crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos"¹²³.

Essa afirmação, contudo, não implica necessariamente a aceitação de que não existe possibilidade de desenvolvimento de justificativas científicas acerca do discurso moral e da fundamentação de decisões judiciais, as quais inegavelmente são carregadas de conteúdos valorativos.

¹²² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.73.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.10-11.

Ao contrário, importantes estudos foram desenvolvidos nesse sentido, como agora se passará a verificar. Estudos que trazem inquestionáveis avanços e integram essa construção de uma mentalidade ética que contempla a abertura do sistema jurídico para a discussão moral e a formulação de regras que possam nortear o trabalho dos operadores do direito.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓPTICA DA COMPLEXIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Uma grande discussão que permeia a Teoria do Direito contemporânea envolve a possibilidade de se estabelecerem regras precisas acerca do trabalho dos juízes quando fundamentam uma decisão. Esta, no entanto, não é uma questão tão simples. Muito já se discutiu se o direito pode ser resumido à atividade laboral dos juízes. Em outras palavras, aqueles que decidem desempenham um trabalho extensivo ao dos que legislam, ou, na medida em que possuem o poder de interpretar as leis, acabam também criando um direito novo?

Muitas teorias¹²⁴ procuraram investigar esses polêmicos questionamentos e, no entanto, o dilema persiste angustiando os cientistas do direito, sobretudo em tempos de constitucionalização do direito privado, que irradiou a todo o ordenamento princípios abertos que demandam dos operadores amplo exercício hermenêutico e juízo valorativo na solução de questões judiciais. É possível falar-se em uma ciência dos valores? É possível, ou até mesmo desejável, estabelecer limites concretos ao exercício hermenêutico-valorativo no trabalho dos juízes?

Em que pese a divergência entre os teóricos e a polêmica que incendeia a discussão, um consenso parece se insinuar: o fenômeno jurídico é complexo e, de fato, é influenciado pelas mais diversas manifestações sociais, principalmente pelos aspectos econômicos, políticos, sociológicos, históricos e até mesmo geográficos e demográficos presentes em determinada sociedade.

¹²⁴ Após a discussão proposta pela corrente norte-americana que ficou conhecida como *realismo jurídico*, surgida em meados dos anos 30 do século passado, e que apareceu como contraposição ao uso excessivo da lógica e do formalismo na interpretação das normas jurídicas, o debate acerca da argumentação contemporânea é um dos principais temas da teoria do direito, cujos principais autores foram bem reunidos por Marinoni: "A respeito da argumentação jurídica, além das abordagens precursoras de Chaim Perelman (Perelman e Lucie Oldbrecht-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*), Theodor Viehweg (*Tópica e jurisprudência*), Edward H. Levi (*Na introduction to legal reasoning*) e Stephen Toulmin (*The uses of argument*), são fundamentais as teorias de Neil MacCormick (*Legal Reasoning...cit.*), Ronald Dworkin (*O império do direito, cit.*), Robert Alexy (*Teoria da argumentação jurídica*), Aulis Aarnio (*Lo racional como razonable*), Aleksander Peczenik (*On Law and reason*), Klaus Günther (*Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*); Jürgen Habermas (*Direito e democracia, cit.*) e Cass Sunstein (*Legal reasoning and political conflict*)". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.128, nota de rodapé n.º 78).

A partir do afastamento da ilusão de uma ciência pura do direito¹²⁵, no que diz respeito à aplicação das normas jurídicas, que utopicamente defende a possibilidade de se pensar o direito do ponto de vista estritamente jurídico, abre-se caminho para o estudo do direito como fenômeno complexo, que decorre de um contexto histórico-cultural desenvolvido a partir de circunstâncias e vicissitudes concretas da comunidade. Dentro da ciência do direito encontra-se a inafastável influência dos valores, das crenças e dos partidarismos daquele que opera e aplica o direito.

Nesse sentido, é mais interessante olhar de frente para todos esses aspectos que, de fato, interferem no modo como o direito é praticado na sociedade, do que fingir que isso não existe ou que não deve acontecer. É a partir dessa postura aberta de reconhecimento da complexidade da experiência jurídica que se poderá avançar nas investigações da Teoria do Direito, no sentido de pesquisar a possibilidade de se lidar com esses fatores com base em um discurso racional.

Não é de hoje que a preocupação acerca das consequências sociais de uma decisão judicial faz parte das investigações da ciência do direito. Durante muito tempo, no entanto, difundiu-se a concepção da suficiência regulatória do direito positivo, calcada em uma visão de um sistema jurídico cujas normas poderiam ser racionalmente elaboradas, aplicadas e pensadas de acordo com um raciocínio lógico-formal. Importantes teorias do direito, como a da ciência pura preconizada pelo jurista austríaco Hans Kelsen, defendiam a possibilidade de se pensar o direito sob um prisma estritamente jurídico, livre da interferência de outras investigações provenientes das ciências sociais, como as econômicas, históricas e sociológicas, por exemplo.

Com as denúncias que se avolumaram ao longo do século XX, no sentido de que a realidade jurídica se distanciava cada vez mais da realidade social, na medida em que permanecia estanque, cristalizada nos códigos, enquanto a sociedade se desenvolvia de forma cada vez mais dinâmica, por meio de interações entre os seres

¹²⁵ É preciso se atentar para as possíveis concepções acerca do que comumente se denomina "teoria pura do direito". Folloni bem alerta a este respeito: "Entende-se 'teoria pura do direito' no sentido de uma teoria geral do direito – teoria das normas jurídicas e do sistema jurídico-normativo. Existe, também, a possibilidade de compreendê-la como uma epistemologia do direito – teoria da forma de conhecer o direito. Nesse último caso, trata-se de uma proposta destinada a defender a possibilidade de um método de estudo científico do direito; no primeiro caso, tem-se um sistema teórico de normas e suas relações construído com base nesse método". (FOLLONI, André Parmo. A teoria pura do direito de Hans Kelsen. In: OPUSKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008. p.145).

humanos que constantemente escapavam da pretensão universalista do direito e da ciência fundamentados eminentemente na filosofia positivista, a discussão acerca da natureza do direito e da possibilidade de se discutir as consequências econômicas e sociais de uma decisão ganhou relevância.

No Brasil, vive-se uma realidade jurídica centralizada pela Constituição Federal, que passou a irradiar princípios diretamente aplicáveis às relações entre particulares. A constitucionalização do direito privado se consubstancia em um ambiente amplamente favorável ao exercício hermenêutico dos aplicadores do direito, com base em cláusulas gerais e conceitos flexíveis que ensejam juízo axiológico dos seus operadores.

Não tardou, no entanto, para que correntes teóricas inflamadas se insurgissem contra a falta de segurança jurídica, supostamente decorrente dos fenômenos constitucionalizadores do direito privado e de movimentos doutrinários e legislativos que juntos formaram ambientes amplamente favoráveis à discricionariedade dos operadores do direito.

Com a incidência dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Civil, muitos autores¹²⁶, como alguns afetos à corrente da análise econômica do direito e sobretudo os processualistas, afirmam que a Justiça acabou se tornando uma "loteria", na medida em que os aplicadores do direito não podem traçar o mínimo de previsibilidade acerca das decisões judiciais nos tribunais.

Assim, hoje é possível se deparar com decisões nas quais se verifica que juízes proferem entendimentos diametralmente opostos com base em um mesmo dispositivo legal.

O presente capítulo tem por objetivo analisar a realidade jurídica brasileira, constitucionalizada que é, e a possível falta de segurança jurídica decorrente da incidência principiológica e de termos vagos na legislação infraconstitucional, que permitem e demandam amplo labor hermenêutico-valorativo dos operadores do direito, com apoio na teoria da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais do filósofo do direito alemão Robert Alexy.

¹²⁶ Um deles é Luciano Benetti Timm, que desenvolve a crítica mencionada em seu livro "O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público" (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

No início de sua famosa obra "Teoria dos Direito Fundamentais", Alexy logo deixa claro que a discussão é complexa, no sentido de que investigar a aplicação de princípios que regulam direitos fundamentais e normas abertas envolve questões polêmicas que não se limitam ao direito, mas que dizem respeito a valores e questões políticas fundamentais da sociedade.

Mas a abertura não é, sozinha, uma explicação suficiente para a intensidade das controvérsias acerca dos direitos fundamentais. Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria. Mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, estará aberto o flanco para uma disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais. O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.¹²⁷

É isso que ocorre com os conceitos flexíveis e cláusulas gerais que hoje infestam o Direito Civil brasileiro. Termos como "função social" e "boa-fé", por exemplo, expressam valores políticos fundamentais da sociedade que definem o posicionamento do Estado em relação à propriedade e ao trânsito jurídico por meio de contratos, questões, assim como afirma Alexy, em grande parte controversas.

Portanto, a discussão dos conceitos flexíveis é uma discussão que diz respeito, em sua essência, ao posicionamento do Estado na organização e desenvolvimento da vida dos particulares e que, por isso, suscita incerteza, rupturas e controvérsia.

O que talvez pretendam mudar os críticos da constitucionalização é o modelo de Estado Social, que ainda irradia e inspira a operacionalização do direito e as políticas públicas na sociedade brasileira, e não a constitucionalização em si. Conforme se procurará investigar ao longo do presente trabalho, a técnica legislativa aberta pode ser um caminho a partir do qual a análise econômica e social acerca das consequências das decisões judiciais pode incidir.

Além disso, a incidência de princípios na esfera do que outrora se considerava espaço eminentemente privado, livre de interferência do Estado, a positivação de direitos fundamentais e a proliferação de cláusulas gerais que demandam juízo axiológico dos operadores do direito, pode consistir em um resgate da filosofia ética

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.26.

capaz de disseminar uma mentalidade que propugne por moralidade na sociedade e no direito.

Essa abertura, contudo, não implica falta de segurança jurídica, nem representa necessariamente um sistema que não possa funcionar por meio de regras racionalmente elaboradas e que não possam ser racionalmente interpretadas: "A positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais"¹²⁸.

Estamos vivenciando um momento de incertezas, de caos e complexidade. Será que é correto atribuir a incerteza e o desconforto por que passa o direito brasileiro ao fenômeno da constitucionalização? Talvez se esteja diante de uma transição ampla pela qual atravessa a sociedade humana, que fundamenta o sentimento de insegurança. Isso não quer dizer que os cientistas do direito não possam discutir os limites da argumentação jurídica e os seus efeitos na sociedade.

3.1 FILÓFOSOS QUE FUNDAMENTAM A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY – A CONTRIBUIÇÃO PARA O DISCURSO MORAL DA FILOSOFIA LINGUÍSTICA ANALÍTICA

É possível afirmar que uma decisão fundamentada por juízos de valor do aplicador foi corretamente orientada, vale dizer, existe algo que nos permite dizer que um julgamento de valor foi corretamente desenvolvido para fundamentar uma decisão judicial?

Robert Alexy aponta basicamente três tentativas de avaliação objetiva desses julgamentos de valor. A primeira delas se refere ao dever de o juiz se ater na sua fundamentação a valores de caráter universal. Surge imediatamente, então, o problema de se determinar quais valores seriam universais. Diante dessa dificuldade, o modelo propõe que, na impossibilidade de se formularem valores universais, o que deve pautar as fundamentações são as opiniões amplamente conhecidas, mediante as convicções

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.29.

comumente aceitas no seio da sociedade, dos trabalhos e nas discussões de várias gerações de advogados, mas com um espaço aberto para critérios de correção por parte do aplicador.¹²⁹

Uma segunda tentativa diz respeito à justificação de decisões jurídicas com base na suposta coerência interna da ordem jurídica. Contudo, a ideia também é ineficiente no que se refere à formulação de limites ao julgamento de valor. Segundo Alexy, "as diferentes normas são cristalizações de perspectivas bem diferentes, muitas vezes divergentes de valorização"¹³⁰. Persiste, então, o problema de se "determinar com mais exatidão as regras, segundo as quais elas [perspectivas de avaliação] podem e devem entrar na justificação de uma decisão em particular".¹³¹

Por fim, a terceira tentativa apela para uma "ordem objetiva de valores, seja uma ordem independente de direito já existente ou expressa na constituição, ou na totalidade da ordem jurídica, ou numa série de doutrinas relevantes da lei natural"¹³².

Os problemas, no entanto, não são resolvidos pelas tentativas de objetivação dos juízos de valor, tampouco o são pela combinação destas tentativas:

Existem, ao menos nas sociedades modernas, interpretações diferentes para praticamente todos os problemas. O consenso real, ao menos o consenso suficiente para lidar com as questões práticas concretas, é raro. Valores divergentes sempre aparecem dentro da estrutura geral de uma ordem jurídica e estes podem levar a resultados divergentes em sua aplicação a casos concretos particulares. A apelação a verdades evidentes por si ou a leis pré-ordenadas da natureza é – ao menos do ponto de vista metodológico – um procedimento altamente duvidoso. Além disso, os princípios descobertos desse modo, podem ser aplicados de maneiras muito diferentes. Finalmente, é possível obter séries de consequências normativas opostas de qualquer julgamento de fato.¹³³

Os problemas apontados por Alexy somente evidenciam a atualidade da discussão e a importância de se buscar soluções para a legitimidade a tomada de

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.23.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Ibid.*, p 23-24.

¹³² *Ibid.*, p.24.

¹³³ *Ibid.*, p.25.

decisões judiciais. Estas soluções têm sido buscadas na filosofia ética moderna e linguística contemporânea e aplicadas, por meio da teoria da argumentação, à ciência do direito. Este é, fundamentalmente, o trabalho de Alexy em sua "Teoria da Argumentação Jurídica".

Segundo o próprio autor,

a argumentação jurídica deve ser compreendida aqui como talvez uma atividade linguística que ocorre em várias situações da corte à sala de aula. A atividade linguística se preocupa, em certo sentido, com ser melhor definida, com a correção de afirmações normativas. Se comprovará como oportuno definir essa atividade como 'discurso' e, na verdade, visto que se preocupa com a exatidão das afirmações normativas de 'discurso prático'. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.¹³⁴

Para empreender esse esforço, Alexy se apoia em várias teorias que pairam a filosofia moral analítica, bem como a teoria do consenso da verdade de Jürgen Habermas e a teoria da argumentação jurídica de Chaim Perelman, para, em um segundo momento, formular uma *teoria geral do discurso prático racional*. A partir dessas reflexões são formuladas regras explícitas e formas de argumentos que podem parecer, nos dizeres do próprio autor, pedantes, supérfluas ou arrogantes, mas que possuem como principal objetivo, "revelar nitidamente suas deficiências"¹³⁵.

A eficácia dessas regras e formas de argumento não deve ser superestimada ou subestimada. No caso não se trata de axiomas dos quais sejam deduzidas certas afirmações normativas, mas antes de um grupo de regras e formas de vários *status* lógicos diferentes, para as quais deve bastar um argumento se a conclusão que estabelece é ter a correção que se propõe ter. Mas essas regras não confirmam o resultado dos argumentos em todos os casos. No entanto, excluem alguns (como discursivamente impossíveis) da classe de proposições normativas possíveis, e assim estabelecem a validade (dos discursivamente necessários), das contradições daqueles excluídos. Diante desse grande número de proposições normativas, elas, junto com suas contradições, são inteiramente consistentes com as regras do discurso (discursivamente possíveis).

As premissas a partir das quais as partes envolvidas em qualquer discurso partem, todavia, não são delimitadas por essas regras, mas por convicções, desejos,

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.25-26.

¹³⁵ *Ibid.*, p.27.

informações e objetivos verificados na relação que se estabelece – que são justamente as pessoas mais *diretamente implicadas*.¹³⁶ O que essas regras do discurso fazem, é tornar as afirmações perpetradas a partir desta base inicial bem fundamentadas.

Interessante notar que, na medida em que mudam as convicções e alteram-se as informações e os desejos no curso de um processo discursivo, mudam-se os resultados. Segundo Alexy, isso pode consistir em uma deficiência, mas apresenta também um lado positivo:

A vantagem consiste no fato de que a base geral da decisão e uma série de passos isolados no processo de tomada de decisão não são estabelecidos por quaisquer teóricos na teoria da decisão que, por sua vez, teriam de começar com as próprias opiniões, porém ficam a critério das pessoas mais diretamente implicadas. Podemos entender a tarefa da teoria do discurso precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, o que permite que indivíduos com opiniões normativas diferentes, possam concordar com elas – e, por outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nelas seja designada como 'racional'.¹³⁷

Nesse ponto, Alexy parece iluminar a investigação acerca do que vem a ser a experiência jurídica, quando evidencia que dela faz parte a concordância dos que pelas normas são afetados. Nesse sentido, já se manifestou o historiador Paolo Grossi quando procurou operar um resgate do que ele reputa ser as duas principais características do fenômeno jurídico: a organização e a observância.¹³⁸

Quando Alexy afirma o aspecto *fraco* da norma, vale dizer, o aspecto que permite que *indivíduos com opiniões normativas diferentes possam concordar com elas*, ele está a afirmar a importância da observância que envolve o fenômeno jurídico, a que se refere Paolo Grossi.

Com suas afirmações, Grossi procura deslocar o foco de análise do suposto produtor do direito (Estado), para o que se pretende organizar (sociedade), operando, com isso, uma multiplicação de possibilidades que mostra a natureza complexa, dinâmica, plural e espontânea da vida em sociedade.

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.28.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Essa constatação não anula o esforço de Alexy, ao contrário, aumenta o desafio e a importância do estudo a que se propôs o jurista alemão, que investiga as teorias que possam fundamentar a tomada de decisões judiciais, a partir da complexidade do direito.

Embora, como dito acima, se identifique nas regras do discurso investigadas por Alexy um aspecto fraco que faz com que muitas delas só possam ser cumpridas por aproximação, tais regras são extremamente importantes

ao explicar a reivindicação da correção como um critério de julgar a correção de afirmações normativas, como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional numa justificação objetiva, e/ou por tornar mais visível um ideal pelo qual valha a pena lutar.¹³⁹

Por certo, o estudo de regras do discurso, se for realmente possível determiná-las, desempenhará papel central na fundamentação e justificação do discurso jurídico. A questão que surge, em um primeiro momento, é o do relacionamento entre essas regras. Conforme já se aludiu, é possível distinguir o discurso prático geral do discurso jurídico. Já se aludiu, também, que o discurso jurídico "acontece dentro de uma estrutura de condições limitadoras"¹⁴⁰.

Quando Alexy analisa o relacionamento entre o discurso prático geral e o discurso legal e, mais especificamente, a tese do discurso jurídico como um *caso especial* de discurso, ele chega à interpretação de que "argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente"¹⁴¹. A essa concepção se denominou *tese da integração*, que evidencia uma visão complexa e integrada dos discursos, em detrimento das interpretações que enxergam o discurso jurídico subordinado ou que suplementa o discurso prático geral.

Contudo, a mera identificação dessa relação não é suficiente para resolver os problemas que a teoria da argumentação se propõe analisar.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.29.

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Ibid.*, p.30.

Quando analisa a teoria do *caso especial*, mencionada por Alexy, e as limitações dentro das quais opera o discurso jurídico, Marinoni deixa claro que:

O discurso jurídico restringe a margem de insegurança do *discurso prático*, mas obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado. Ele pode gerar a aceitabilidade racional, mas não a previsibilidade absoluta, das suas decisões. No *procedimento judicial*, do mesmo modo que ocorre no *procedimento legislativo*, há *argumentação e decisão*. Os resultados do procedimento judicial são razoáveis, segundo Alexy, se as suas regras e a sua realização satisfazem as exigências dos procedimentos que lhe antecedem, isto é, as regras do discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico.¹⁴²

A base para a discussão referente ao discurso jurídico, todavia, é a filosofia da linguagem. Nos últimos anos, muitos filósofos se debruçaram na investigação acerca da linguagem moral, mais especificamente sobre o problema da justificação de convicções morais. Robert Alexy empreende esforço partindo de algumas dessas teorias, que se enquadram dentro do campo mais amplo da filosofia analítica, para então formular sua teoria do discurso jurídico racional.

Em um primeiro momento, Alexy analisa a insustentabilidade de teorias que o autor classifica como naturalistas (que defende a possibilidade de transformar toda e qualquer expressão normativa em termos descritivos) e intuicionistas (que procura aceitar que compreender o discurso moral significa recorrer a *relações não-empíricas* – entidades que não são cognoscíveis pelos cinco sentidos, mas por uma *faculdade especial*¹⁴³). A primeira é refutada porque o "discurso moral não pode ser reduzido a um discurso puramente empírico"¹⁴⁴, enquanto a segunda chega ao mesmo resultado do subjetivismo ético, na medida em que "diferentes pessoas de fato respondem de modo diferente à mesma evidência"¹⁴⁵.

Já o emotivismo, teoria cujo principal formulador foi Charles Stevenson, defende a ideia de que a linguagem moral tem a função, diferente das afirmações

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.130.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.48.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.48.

sobre objetos empíricos, de influenciar pessoas, vale dizer, possui o objetivo de "expressar e/ou evocar sentimentos e/ou atitudes"¹⁴⁶. Em outros termos, as "expressões morais são instrumentos para exercer uma influência psicológica"¹⁴⁷.

Embora muitas objeções tenham sido levantadas à teoria de Stevenson, que tornam impossível segui-la, Alexy pontua alguns pontos-chave que reputa importantes para o avanço no estudo da argumentação racional de expressões morais:

1. Ela torna claro que a função da linguagem moral é muito mais do que a da mera descrição, como acham tanto o naturalismo quanto o intuicionismo. Além disso, no mínimo serve para orientar e coordenar o comportamento.
2. As investigações de Stevenson iluminam o problema central do presente exame, a questão da existência de regras para distinguir as razões de justificação válidas e inválidas das afirmações normativas.
3. A distinção que Stevenson faz entre métodos racionais e persuasivos é de considerável importância para qualquer teoria do discurso racional.
4. Além disso, a classificação de Stevenson de diferentes formas de argumentos e argumentações merece ser considerada, a despeito da sua falta de perfeição e precisão. A análise e classificação de possíveis formas de argumentos no discurso prático é uma das tarefas principais de qualquer teoria do discurso prático. A teoria de Stevenson pertence à classe de teorias filosóficas cuja importância é limitada, mas não negada por suas deficiências.¹⁴⁸

A principal objeção à teoria de Stevenson diz respeito ao fato de que sua teoria não reconhece o discurso moral como uma atividade regida por regras. Contudo, existem importantes teorias na filosofia linguística que procuram investigar as regras que fundamentam discursos morais. Nesse sentido, Alexy se socorre às teorias de Wittgenstein e Austin.

Com relação à teoria dos *jogos de linguagem* de Wittgenstein, Alexy cita passagens que evidenciam a complexidade e diversidade das relações linguísticas possíveis, como "uma rede complicada de semelhanças se sobrepondo e cruzando; algumas vezes semelhanças generalizadas, outras vezes semelhanças nos detalhes"¹⁴⁹. Ainda, os jogos de linguagem compreendem um todo que envolve o falar e o agir.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.49.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.54.

¹⁴⁹ WITTGENSTEIN, L. Philosophische Untersuchungen. *Schriften*, Frankfurt a. M., v.1, p.279-544, 1969, *apud* ALEXY, *op. cit.*, p.56.

Além disso, a análise dos exemplos de jogos de linguagem propostos por Wittgenstein mostra que "a função descritiva da linguagem é apenas uma entre muitas"¹⁵⁰.

É importante perceber que esses jogos de linguagem possuem regras. Todavia, para que uma regra possa existir, "é necessário que algumas pessoas a sigam em algumas ocasiões"¹⁵¹. A observância constante e consuetudinária dessas regras e de convicções fundamentais que formam as *práticas compartilhadas da vida diária*¹⁵², regras e convicções que formam conseqüentemente um sistema, remete a um conceito estreitamente vinculado ao dos jogos de linguagem que Wittgenstein denomina *forma de vida*.

A importância dessas constatações para a formulação de uma teoria do discurso racional é bem sintetizada por Alexy:

Esse rascunho do conceito de um jogo de linguagem e os conceitos relacionados com uma regra e uma forma, a de vida são suficientes para a finalidade presente. Ele esclarece quatro pontos de interesse para uma teoria do discurso racional prático: (1) O uso descritivo ou explanatório da linguagem é apenas um entre muitos. Como tal, não deve ser visto como o uso essencial ou fundamental. Não há, portanto, nenhum motivo para reduzir a linguagem normativa à linguagem descritiva ou para considerar a anterior menos importante ou de menos valor do que a última. (2) A lógica (no sentido mais amplo da palavra em Wittgenstein) dos jogos de linguagem só pode ser entendida se levarmos em conta o comportamento não-verbal e outras condições presentes. (3) Os jogos de linguagem, inclusive o discurso moral e jurídico, são atividades regidas por regras. (4) Os quadros de mundo e as formas de vida subjacentes aos jogos de linguagem não são passíveis de justificação e, portanto, não são passíveis de criticismo.¹⁵³

O problema reside neste último ponto. Se se o aceitar, conseqüentemente se estará abandonando a possibilidade de universalidade do discurso moral.

Já na teoria de John L. Austin, embora o escritor também seja contrário à ideia de que a única função da linguagem seja a descritiva, aparece outro elemento que aprimora a concepção da utilização da linguagem, na medida em que identifica que, além de causar sentimentos e influenciar comportamentos, ao se expressar o

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.56.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 56-57.

¹⁵² *Ibid.*, p. 57.

¹⁵³ *Id.*

sujeito também está fazendo algo, como, por exemplo, uma promessa. Esta promessa, todavia, pode causar uma reação de surpresa ou uma comoção a quem ela é dirigida. É o que Austin chama de *ato ilocucionário* do discurso. Os efeitos que provoca quando alguém se expressa é o que ele chama de *ato perlocucionário*. Segundo Alexy, o "erro de Stevenson foi considerar apenas o ato perlocucionário"¹⁵⁴.

Assim como Wittgenstein baseia sua teoria na concepção de *jogos de linguagem*, Austin se fundamenta no que ele chama de *ato do discurso*, justamente procurando identificar que quem diz alguma coisa também está a fazer algo, que, conseqüentemente, pode causar efeitos. Esta concepção também remete à existência de regras, na medida em que os atos de discurso se configuram ações convencionais e que, portanto, não subsistem em face da inexistência de regras que as fundamentem. Austin, todavia, não formula explicitamente um elenco destas regras, mas elabora "uma classificação dos erros possíveis dos atos de discurso"¹⁵⁵.

Outra teoria que, embora não faça referência direta, possui ligação com a teoria de Austin e que, segundo Alexy, trata-se da teoria metaética "mais influente desenvolvida dentro do enquadramento da filosofia linguística analítica"¹⁵⁶, é a proposta por Richard M. Hare.

É preciso não apenas compreender as concepções morais que dominam os discursos, mas também aplicar concretamente tais concepções no sentido de se buscarem fundamentos de argumentação racional.¹⁵⁷ Sendo assim, há duas possibilidades de se trabalhar a ética, possibilidades essas que se interpenetram: a análise lógica de expressões morais (teoria da linguagem da moral) e a investigação da argumentação moral (teoria da argumentação moral).

A tese-chave de Hare, conhecida como *prescritivismo*, consiste na ideia de que decorrem imperativos de todo julgamento moral. Sua teoria apresenta duas partes umbilicalmente conectadas, vale dizer, o autor faz uma análise dos imperativos e uma análise dos termos de valor, que, segundo sua teoria, implicam imperativos.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.59.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.61.

¹⁵⁷ *Id.*

Assim como Austin, Hare distingue dentro do discurso alguns atos e efeitos decorrentes de uma expressão humana, o que ele denomina de *frástico* e *nêustico* de uma sentença. Segundo o autor, "ordens e afirmações têm a mesma frástica; elas devem ser distinguidas somente pelas suas nêusticas"¹⁵⁸, que consistem na parte da sentença que procura evocar sentimentos. Nesse sentido, não se verifica a ocorrência da nêustica em afirmações puramente descritivas.

Já na sua análise das palavras de valor, Hare parte dos termos *bom* e *deveria* para correlacionar as concepções de *frástico* e *nêustico* à distinção, no campo dos imperativos, entre significado *estimativo* ou *prescritivo* e significado *descritivo* destas palavras. Robert Alexy, bem analisa os significados:

O *significado estimativo* da palavra "bom" consiste no fato de que ela é usada para recomendar alguma coisa. Este significado estimativo precisa ser estritamente diferenciado do significado emotivo de Stevenson. O último denota o efeito de uma expressão, o ato perlocucionário; o primeiro denota o que vale como expressão, o ato ilocucionário. O *significado descritivo* consiste naquelas propriedades e relações sobre cuja base alguma coisa é considerada "boa". Uma breve reflexão mostrará que "bom" sempre tem significado descritivo bem como significado estimativo. Não podemos dizer: "Este objeto é exatamente igual àquele em todos os aspectos menos num, ele não é bom." Isso torna claro que a aplicação de "bom" está ligada à presença de certas características. Dizer que algo é "bom" é dizer que ele preenche certo padrão, satisfaz certos critérios. Esses critérios são o significado descritivo de "bom". Diferentemente do significado estimativo, o significado descritivo pode mudar de acordo com o orador, o tema da conversação e a situação. Um piloto de corridas recomendando um carro usa um padrão diferente do aplicado por um filósofo que chama certa forma de governo de "boa".¹⁵⁹

Essa análise acerca dos julgamentos morais foi bastante criticada, principalmente pelo filósofo John Rogers Searle, tendo em vista que as expressões morais podem também ser usadas sem que tenham por objetivo executar o ato de discurso de recomendação.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.62.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 63.

De acordo com Alexy, Hare foi obrigado a rever sua teoria com as críticas de Searle, modificando a sua versão original:

Na versão original a ocorrência de uma palavra estimativa como "bom" ou de um imperativo é uma indicação do papel ilocucionário da expressão, isto é, do que é *feito* com a expressão. Segundo isso, o significado descritivo de Hare seria equivalente ao significado locucionário de Austin, isto é, a ser entendido como é ao manifestar a expressão. A modificação da sua teoria consiste no reconhecimento de que o significado estimativo não é exaurido pelo significado ilocucionário mas é também parte do significado locucionário. O significado locucionário inclui uma caracterização geral do que está sendo dito, por exemplo, como numa afirmação, num imperativo ou questão. Hare chama esta caracterização de "trópica".¹⁶⁰

Ao incluir a concepção de *trópico*, Hare incrementa sua teoria e complexifica a noção proposta por Austin de *ato locucionário*, na medida em que afirma que este último apresenta uma *caracterização geral do que está sendo dito*, do que resulta que "no caso de julgamentos de valor e de obrigação é mais apropriado falar de um trópico prescritivo ou estimativo em vez de num imperativístico"¹⁶¹.

Segundo Robert Alexy, os pontos de vista de Hare constituem um avanço com relação à teoria proposta por John L. Austin e, na sua forma revista, "pode resistir aos ataques da teoria dos atos de discurso bem como às objeções dos oponentes do prescritivismo"¹⁶².

A outra parte da filosofia de Hare, sua teoria da argumentação moral, abordada por Alexy, tem como ponto de partida esta distinção fundamental entre o significado descritivo e o significado estimativo ou prescritivo. Segundo o autor, dois princípios regem a argumentação moral, o princípio da universabilidade e o da prescritividade. Na verdade, o ponto de partida consiste na ideia de que o significado descritivo é dotado de universabilidade. Todavia, essa característica também é presente nas expressões estimativas, na medida em que também há nestas elementos descritivos.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.64.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Ibid.*, p.65.

Esse princípio se refere a uma espécie de compromisso assumido por aquele que faz uma afirmação moral, que contém também um significado descritivo, o que Hare denomina de características não morais:

Quando nós chamamos a de "bom", fazemos isso *porque* a tem certas características não-morais. Essas características são o significado descritivo que aplicamos em nosso uso de "bom" neste caso particular. O PU [princípio da universabilidade] compromete o orador igualmente a designar como "bom" qualquer objeto que tenha essas características.¹⁶³

Embora confira um comprometimento lógico por parte do orador, o princípio da universabilidade, por si só, não é suficiente para garantir a racionalidade do discurso moral, que somente seria alcançada sob condições mais fortes, que decorreriam da combinação deste princípio com o da prescritividade.

O princípio da prescritividade, por sua vez, leva em consideração argumentos utilitaristas, partindo de uma situação hipotética em que a "pessoa que julga e a pessoa que é julgada estão na mesma situação"¹⁶⁴, onde o julgador só pode condenar se estiver preparado para aceitar ele próprio a decisão.

A principal objeção dirigida a essa tese diz respeito ao fato de que ela "se baseia nas inclinações e interesses da pessoa que faz o julgamento, com respeito à questão da aceitabilidade de um julgamento moral particular num caso real ou imaginário"¹⁶⁵. Os argumentos utilitaristas ingressam na reflexão quando se analisam possíveis outros interesses em um caso como o julgamento de um criminoso, por exemplo. Neste exemplo, a decisão de um juiz precisa ser aceitável a ele "não só do ponto de vista do réu mas também do de todos de qualquer modo afetados por ela"¹⁶⁶.

De qualquer forma, as argumentações de Hare não são suficientes para resolver o problema da aceitabilidade de julgamentos morais, sem a pressuposição de padrões normativos. Em suma, verifica-se que, para justificar sua teoria, os

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.66.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.69.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.70.

princípios formulados por Hare, baseados na lógica da linguagem moral, precisam da complementação de pressupostos normativos.

A respeito de suas limitações, a teoria apresenta grandes descobertas na busca por uma teoria do discurso prático racional, como bem sintetiza Robert Alexy:

1. Em primeiro lugar, a modificação de Hare do conceito de Austin sobre os atos de discurso estimativos e prescritivos, que deve ser mantida.
2. O relatório de Hare sobre a universabilidade dos julgamentos morais também é de fundamental importância. Expressar um julgamento moral é *eo ipso* pressupor alguma regra. Essa regra estabelece o que deve contar como motivo ou razão G para um julgamento moral N. O conceito de uma razão ou motivo está assim intimamente ligado com aquele de uma regra. No que se refere à questão de Stevenson quanto ao relacionamento entre G e N, isso significa que N deriva logicamente de G junto com uma regra R que provê que G seja uma razão para N. esta regra pode ser muito específica, desde que seja universal.
3. Igualmente importante é o relatório de Hare sobre o teste dos julgamentos morais. Quem faz um julgamento moral precisa estar preparado para aceitar quaisquer restrições aos interesses requeridos pela regra pressuposta no julgamento mesmo se essas restrições se aplicarem à própria pessoa que faz o julgamento. Aqui "aceitar" significa "aceitar como moralmente justificado".
4. Finalmente, vale a pena atrair a atenção para o relatório de Hare sobre o discurso moral como atividade racional de igual status que as ciências empíricas.¹⁶⁷

Stephen E. Toulmin entende que além das inferências lógicas e científicas, as quais ele denomina de indutivas, influenciam o discurso ético as inferências *estimativas*. Partindo da noção de linguagem de Wittgenstein, Toulmin afirma que os critérios acerca da utilização da linguagem, de forma adequada, "dependem da função particular que devem preencher dentro da estrutura de um contexto social particular"¹⁶⁸. Dessa maneira, o critério para o uso correto da linguagem moral pode ser descoberto ao se examinar a função da linguagem moral dentro de um contexto social particular na qual atua.¹⁶⁹

Para encontrar esse critério, Toulmin desenvolve uma interessante comparação entre as funções do discurso descritivo científico e do discurso moral. Segundo o autor,

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.74-75.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p.76.

¹⁶⁹ *Id.*

enquanto as explicações científicas não alteram a realidade que elas descrevem, nas afirmações éticas verifica-se a intenção de modificar comportamentos.¹⁷⁰

Toulmin propõe uma reorganização da lógica tradicional aristotélica, que se fundamenta eminentemente em silogismos matemáticos os quais, em que pese não serem irrelevantes, são insuficientes para explicar ou justificar argumentos não analíticos. Para esse autor, a lógica mais adequada a justificar afirmações não analíticas tem mais em comum com a jurisprudência.¹⁷¹

Assim como nos outros filósofos que analisou, Robert Alexy identifica importantes descobertas na teoria de Stephen Toulmin. É interessante notar o processo pelo qual Alexy chega a sua teoria da argumentação jurídica, com base nas discussões filosóficas fundamentadas em teorias eivadas de deficiências, mas que nem por isso deixam de ser relevantes e de trazer indicativos importantes na construção da teoria do discurso prático.

Outro autor estudado por Alexy, que contribuiu para a formulação desses indicativos foi o austríaco Kurt Baier. Segundo Baier, há uma grande quantidade de situações em que é possível constatar que as razões para se tomar determinada conduta são melhores do que as razões para não se tomar referida ação. De acordo com Alexy, a teoria de Baier avança em relação à pesquisa de Toulmin, pois as regras formuladas pelo filósofo austríaco "não só tem a função de facilitar a transição das razões (G) para uma afirmação normativa, mas também servem acima de tudo para identificar os fatos relevantes desde o início"¹⁷².

Essa possibilidade de se avaliar a escolha das *melhores razões*¹⁷³ decorre das normas que Baier denomina *regras de superioridade*¹⁷⁴, sendo que "este esquema de

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.76.

¹⁷¹ *Ibid.*, p.78.

¹⁷² *Ibid.*, p.86.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*

argumentação prática esclarece uma das características mais típicas da argumentação prática: a apresentação dos motivos contrários e a favor"¹⁷⁵.

Ao sugerir essas regras, Baier se vê diante do mesmo problema enfrentado por Hare e Toulmin, quando passa a deliberar sobre como justificar tais regras de superioridade. O autor, mais próximo de Hare, formula sua teoria do ponto de vista moral, que inclusive batizou sua principal obra, publicada em 1958, "*The Moral Point of View*". Todavia, Baier também se viu diante da dificuldade de "justificar as regras, condições ou critérios que definem o ponto de vista moral"¹⁷⁶. O autor propõe alguns critérios que serão utilizados como parâmetros nas considerações finais do presente estudo.

Para o momento, importante ressaltar a impossibilidade de se formular uma teoria capaz de justificar cientificamente o discurso prático moral. Por outro lado, Alexy bem evidencia os principais avanços das teorias até então discutidas:

1. Ao contrário das afirmações do naturalismo e do intuicionismo, a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos empíricos e não-empíricos, características ou relações.
2. O discurso moral é *uma atividade regida por regras sui generis*, preocupada com o equilíbrio dos interesses de forma razoável. A mais importante tarefa da teoria do discurso prático é a articulação das regras que governam essa atividade. Ao fazer isso, é importante distinguir entre descrever e analisar as regras dos jogos de palavras existentes no momento e justificar e fundamentar essas regras. A primeira pertence ao âmbito empírico, respectivamente analítico, a segunda à parte normativa de uma teoria do discurso prático.
3. As *regras* de argumentação prática devem ser distinguidas das várias *formas de argumentos*.
4. Afirmações normativas são *universalizáveis*. Como Hare mostrou, isso significa que a pessoa que cita uma razão G para uma afirmação normativa, pressupõe uma regra para o efeito de que G é uma razão ou motivo para N. A ideia da generalizabilidade assume diversas formas acima e além do conceito de universalizabilidade.
5. A argumentação prática obedece a outras regras, por exemplo, do que as da argumentação nas ciências naturais. Isso, contudo, não é motivo para negar o caráter e título de *atividade racional*.¹⁷⁷

Resta claro, portanto, que as teorias debatidas por Alexy até a formulação de sua teoria do discurso racional prático, apresentam vários defeitos e questões a

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.86.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.89.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.91.

serem respondidas. Entretanto, embora a filosofia linguística analítica ainda não tenha obtido êxito na formulação de regras precisas de justificação de expressões morais, não há dúvida acerca da importância destas investigações. Da mesma forma que os avanços das pesquisas no âmbito das ciências naturais influenciam diretamente na vida das pessoas, o avanço no que diz respeito à filosofia ética é perceptível quando se observa o convívio em sociedade. O próprio processo de discussão por si já gera resultados práticos consideráveis, muito embora não gere respostas imediatas ao problema da justificação do discurso moral.

Isso se deve, em grande parte, porque a elaboração de uma teoria de discurso prático racional deve sempre levar em consideração a coexistencialidade, ou seja, "a condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de todas as pessoas"¹⁷⁸. Esta noção é um dos pontos de partida de Habermas, filósofo alemão também analisado por Alexy.

A teoria do consenso da verdade de Jürgen Habermas procura trabalhar com o problema de se verificar se os fatos dependem da linguagem ou se existem independentemente dela. Sua teoria se fundamenta na ideia de atos de discurso, já trabalhados acima, e propõe uma importante inversão acerca do que tradicionalmente se debateu sobre esta dualidade fato/sentença:

A justificação de uma afirmação, portanto, não deve mais depender da verdade do que é afirmado, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade do que está sendo afirmado depende da justificação da afirmação. Por assim dizer, o conceito de verdade é enviado do nível da semântica para o nível da pragmática.¹⁷⁹

O avanço proposto por Alexy, seria a possibilidade de adaptar a justificação das sentenças por meio dos fatos também às sentenças normativas. Dessa forma,

se existirem essas expressões justificadas de afirmações normativas, então – indo além de Habermas – podemos falar de fatos normativos. Assim como a sentença, "A neve é branca" pode corresponder ao fato de que a neve é branca, da mesma forma a sentença "x deveria ser feito" pode corresponder ao fato de que X deveria ser feito.¹⁸⁰

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.92.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.93.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.93-94.

Na busca por essa adaptação, Alexy analisa a distinção habermasiana entre *ação* e *discurso*. Nas ações não há justificação, pelo menos explicitamente. O reconhecimento da afirmação contida em um ato de discurso é feito tacitamente. No discurso, "as afirmações sobre a verdade que se tornou problemática são trazidas à tona e sua justificação é analisada"¹⁸¹. O problema é que mesmo *afirmações de observação* ou o que Popper chamou de *afirmações básicas*¹⁸² podem ser questionadas, na medida em que se sustentam na linguagem que pressupõe uma convenção, um acordo. Em outras palavras, por trás da aceitação das afirmações de observação existe um acordo.¹⁸³

Como resultado da distinção entre ação e discurso chegamos à seguinte definição de fato: um fato é o que é discursivamente justificável em estados de afirmação. A dependência da linguagem permanece. Por outro lado, o discurso (em parte porque as experiências entram na conexão entre mundo e fatos) garante a dependência das afirmações dos fatos, sem que esses fatos se tornem objetos no mundo. Desta maneira, as condições para uma definição ser adequada serão atendidas.¹⁸⁴

O problema é que o acordo de todos é inalcançável. Conforme se afirmou, a teoria do consenso da verdade de Habermas pressupõe a concordância de todos, pressuposto que não pode ser satisfeito. Mesmo que todas as pessoas pudessem expressar seu consentimento, nada impediria que esta posição fosse questionada por ser baseada em um erro ou em uma imposição. Tentou-se resolver este problema da seguinte maneira:

O significado de verdade não está no fato de que algum consenso seja de fato atingido, mas antes nisto: que a qualquer hora e em qualquer lugar em que entrarmos num discurso, podemos alcançar um consenso sob certas condições que promovem que se trata de um consenso bem fundamentado. Um consenso bem fundamentado só é um consenso quando se baseia na "força do argumento melhor".¹⁸⁵

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.94.

¹⁸² *Ibid.*, p.95.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.99.

Procurando explicar, então, o que poderia ser considerado um "argumento melhor", Habermas expõe sua ideia de *lógica do discurso*, que consiste em um aspecto formal dos vínculos estabelecidos no processo de argumentação. Esse "encadeamento de passos num argumento não consiste de sentenças mas de atos de discurso. Portanto, a lógica do discurso tem de ser uma lógica pragmática"¹⁸⁶.

Justamente por chegar a uma concepção de lógica pragmática, que pressupõe a aceitabilidade das regras pelos sujeitos em um discurso normativo, Habermas é levado a analisar as estruturas fundamentais da capacidade cognitiva dos sujeitos, com base na epistemologia genética do educador suíço Jean Piaget. Alexy, expõe de forma clara essa relação:

O conceito de esquemas cognitivos de Habermas está ligado à epistemologia genética de Piaget. Segundo Piaget, as estruturas fundamentais da capacidade cognitiva são esquemas cognitivos que nem são reflexões puras de uma dada ordem geneticamente do mundo externo, como adota o empirismo, nem são algo inato ou geneticamente determinado, como sustenta o racionalismo. Elas devem muito mais ser entendidas como construções produzidas por sujeitos com uma determinada carga genética, através de suas ações num mundo determinadamente estruturado e dentro do enquadramento de uma determinada sociedade no curso de seu desenvolvimento. Essas construções são a condição prévia e determinante de toda cognição.¹⁸⁷

Nesse mesmo sentido, pode-se resumir o estudo da principal obra dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, "A Árvore do Conhecimento", como um estudo que se propõe a analisar as raízes biológicas do conhecimento (biologia cognitiva). O estudo desses autores situa-se no campo daquilo que alguns filósofos denominaram *transmodernidade*.

Na procura que se propuseram rumo às raízes do conhecimento humano, Maturana e Varela foram ao encontro do seu próprio "ser". A base biológica do conhecimento faz com que o conhecimento seja constituído e não instituído, ou seja, o indivíduo é responsável pela produção do meio no qual se encontra inserido.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.99.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.100.

Logo no início da obra mencionada, os biólogos chilenos expõem que o ponto de partida do estudo é justamente a linguagem e trazem importantes reflexões para o objeto do presente trabalho:

[...] na base de tudo o que iremos dizer estará esse constante dar-se conta de que não se pode tomar o fenômeno do conhecer como se houvesse 'fatos' ou objetos lá fora, que alguém capta e introduz na cabeça. A experiência de qualquer coisa lá fora é validada de uma maneira particular pela estrutura humana, que torna possível 'a coisa' que surge na descrição.

Essa circularidade, esse encadeamento entre ação e experiência, essa inseparabilidade entre ser de uma maneira particular e como o mundo nos parece ser, nos diz que todo ato de conhecer faz surgir um mundo. Essa característica do conhecer será inevitavelmente um problema nosso, nosso ponto de vista e o fio condutor de tudo o que apresentaremos nas páginas seguintes. Tudo isso pode ser englobado no aforismo: todo fazer é um conhecer e todo conhecer é um fazer.

Quando falamos aqui em ação e experiência, não nos referimos somente àquilo que acontece em relação ao mundo que nos rodeia no plano puramente 'físico'. Essa característica do fazer humano se aplica a todas as dimensões do nosso viver. Aplica-se, em particular, ao que estamos fazendo aqui e agora, os leitores e nós. E o que estamos fazendo? Estamos na linguagem, movendo-nos nela, numa forma peculiar de conversação – num diálogo imaginado. Toda reflexão, inclusive a que se faz sobre os fundamentos do conhecer humano, ocorre necessariamente na linguagem, que é nossa maneira particular de ser humanos e estar no fazer humano. Por isso, a linguagem é também nosso ponto de partida, nosso instrumento cognitivo e nosso problema. O fato de não esquecer que a circularidade entre ação e experiência se aplica também àquilo que estamos fazendo aqui e agora, é muito importante e tem conseqüências-chave, como o leitor verá mais adiante. Esse ponto não deve ser jamais esquecido. Para tanto, resumiremos tudo o que foi dito num segundo aforismo, que devemos ter em mente ao longo deste livro: tudo o que é dito é dito por alguém. Toda reflexão faz surgir um mundo. Assim, a reflexão é um fazer humano, realizado por alguém em particular num determinado lugar.¹⁸⁸

Das lições acima depreende-se que no processo de conhecimento não se pode negligenciar o papel da estrutura biológica do sujeito que conhece. Disso decorre que, no processo de justificação do discurso normativo, assume fundamental importância a percepção do sujeito do discurso como um indivíduo que aceita ou deve aceitar determinadas regras.

Dessa forma, parece que a teoria da argumentação jurídica, por si só, não dá conta da justificação do discurso normativo, devendo apoiar-se, também, na perspectiva

¹⁸⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p.31-32.

sociológica, psicológica, econômica, histórica e moral que envolve a investigação. Essa noção, no entanto, não é ignorada por Alexy. Nesse sentido, corrobora Marinoni:

A teoria de Alexy é promissora e alcança repercussão ampla, além de ser aplicada amplamente pelos operadores do direito, pelo fato de propor uma teoria moral procedimental que formula regras ou condições para uma argumentação racional. Alexy não aceita a possibilidade de teorias morais materiais que dariam uma única resposta a cada questão moral. Portanto, Alexy propõe regras da argumentação prática racional, ao invés de trabalhar com regras morais materiais.

[...]

O discurso jurídico restringe a margem de insegurança do discurso prático, mas obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado. Ele pode gerar a aceitabilidade racional, mas não a previsibilidade absoluta, das suas decisões.¹⁸⁹

A perspectiva de uma interpretação sociológica e a Análise Econômica do Direito, podem constituir movimentos que servem como ferramentas que complementam uma teoria de justificação racional das decisões judiciais. Junto a isso, evidencia-se a necessidade de se discutir a aceitação por parte dos sujeitos envolvidos no discurso normativo, necessidade que nos remete a questões pragmáticas de diminuição do potencial conflitivo dentro do próprio homem.

Surgem, então, teorias contemporâneas que aliam na discussão objeto deste trabalho, a técnica processual tradicional à visão complexo-antropocêntrica¹⁹⁰. Vejamos:

O processo civil, sendo um instrumento jurídico de resolução de conflitos, tem que conhecer o homem para melhor servi-lo. Ou seja, ajudá-lo não só a resolver um problema no plano jurídico, mas ao fazê-lo, pedagogicamente, sensibilizá-lo a um equilíbrio dinâmico com a sociedade em que vive - o que significa, em um plano fático, reduzir no indivíduo a potencialidade para o conflito. O conflito não existe na sociedade. Existe no homem.¹⁹¹

Neste ponto, a argumentação de Luhmann, citada por Alexy, parece ser condizente com esta proposta de que o conflito está no homem – pois, para Luhmann,

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.130.

¹⁹⁰ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p.15.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.14-15.

o problema não é de fundamentação, portanto daquele que decide, mas de aceitação: "No que se refere à legitimidade das decisões o que importa 'não é tanto as convicções muito motivadas porém mais...aceitação...que é livre de motivos e independente de idiosincrasias individuais (pessoais)"¹⁹².

Talvez o papel do direito seja este mesmo, desenvolvido por uma dogmática jurídica, vale dizer, uma função bastante limitada, mas não menos importante. Será que pode ser atribuído ao direito toda a responsabilidade pela organização social? A visão complexa do fenômeno social tem inundado de preocupações éticas a investigação, incluindo no debate temas como o amor e a solidariedade decorrentes da noção da coexistência de seres humanos que possuem necessidades.

Somente se limitar a concepção de amor¹⁹³ ao procurar conceituá-lo. O amor, em definição, não poderá contribuir muito para a discussão acerca da justificação racional do discurso moral. No entanto, somente o amor compreendido, na parte em que escapa das possibilidades da linguagem, é que será capaz de justificar as ações morais. Para isso será necessária a aceitação dos limites humanos.

Antes de tomar uma atitude é necessário se questionar: se eu fizesse isso com amor, tomaria determinada decisão?

Um conceito de amor seria incapaz de responder a essa questão, todavia, a concepção de amor é clara dentro de cada um que se propõe a olhar para dentro de si. Outra alternativa possível seria se questionar: se todas as pessoas do mundo agissem dessa forma, o mundo seria melhor? Se todos os seres humanos, de

¹⁹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.36.

¹⁹³ "Os biólogos Maturana e Varela, realizaram importante estudo acerca do que denominaram 'raízes biológicas da compreensão humana', ou biologia da cognição. Segundo os autores, "a esse ato de ampliar nosso domínio cognitivo reflexivo – que sempre implica uma experiência nova –, podemos chegar pelo raciocínio ou, mais diretamente, porque alguma circunstância nos leva a ver o outro como um igual, um ato que habitualmente chamamos de amor. Além do mais, tudo isso que nos permite perceber que o amor ou, se não quisermos usar uma palavra tão forte, a aceitação do outro junto a nós na convivência, é o fundamento biológico do fenômeno social. Sem amor, sem aceitação do outro junto a nós, não há socialização, e sem esta não há humanidade. Qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do outro, desde a competição até a posse da verdade, passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o acontecimento do fenômeno social. Portanto, destrói também o ser humano, porque elimina o processo biológico que o gera." (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p.269). Essas ideias são plenamente condizentes com a presente pesquisa que procura incluir e não negar a incerteza que está presente no sistema jurídico, mas que nem por isso é, necessariamente, fonte de injustiça e ineficiência.

repente, passassem a se xingar uns aos outros em decorrência de algo que lhes desagrade, o mundo seria melhor? Se todas as pessoas do mundo atirassem uma "bituca" de cigarro na rua, o mundo seria melhor?

O trabalho de reflexão das pessoas com relação às suas atitudes é tão importante quanto uma postura autorreflexiva dos juizes em seus julgamentos. "O profissional que pretende auxiliar as pessoas a resolver conflitos de natureza civil deve, primeiro, buscar o conhecimento de si, a fim de poder se posicionar pendularmente entre a razão e a emoção"¹⁹⁴.

É por isso que o presente estudo, e qualquer trabalho que se debruce sobre a falta de segurança jurídica e suposta crise do Poder Judiciário, deve antes olhar para o homem e para a sociedade na qual o indivíduo encontra-se inserido. A falta de segurança jurídica reflete, antes, uma crise ética dos institutos fundantes da sociedade, que foi bem demonstrada contemporaneamente por Michael J. Sandel:

Um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer. Eis como: quando a desigualdade cresce, ricos e pobres levam vidas cada vez mais distintas. O abastado manda seus filhos para escolas particulares (ou para escolas públicas em subúrbios ricos), deixando as escolas públicas urbanas para os filhos das famílias que não têm alternativa. Uma tendência similar leva ao afastamento dos privilegiados de outras instituições e de outros serviços públicos. Academias privadas substituem os centros recreativos e as piscinas comunitárias. Os empreendimentos residenciais de alto padrão têm segurança própria e não dependem tanto da proteção da polícia. Um segundo ou terceiro carro acaba com a dependência do transporte público. E assim por diante. Os mais ricos afastam-se dos logradouros e dos serviços públicos, deixando-os para aqueles que podem usufruir de outro tipo de serviço. Surgem então dois efeitos negativos, um fiscal e outro cívico. Primeiramente, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não têm tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Em segundo lugar, instituições públicas como escolas, parques, pátios recreativos e centros comunitários deixam de ser locais onde cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. Instituições que antes reuniam as pessoas e desempenhavam o papel de escolas informais da virtude cívica estão cada vez mais raras e afastadas. O esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade dos quais depende a cidadania democrática.¹⁹⁵

¹⁹⁴ KEPPEL, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009. p.21.

¹⁹⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p.328.

Essa mentalidade solidária, essa relação entre os espaços públicos e privados, enfim a noção da coexistencialidade de sujeitos de necessidades, precisam ser incorporadas ao discurso jurídico que passaria, então, a incluir as questões éticas e morais e não a evitá-las.

Nesse sentido, dentre todas as contribuições dos filósofos analisados por Robert Alexy, talvez a mais notável seja o entendimento do próprio jurista alemão que evidencia a importância do trabalho desenvolvido pelos advogados e pelas deliberações doutrinárias que consistem em um sistema a balizar o trabalho decisório dos operadores do direito.

[...] é preciso estabelecer que visto que a pessoa que decide, quando o faz como juiz, transmite sua decisão 'em nome do povo', não deve ser indiferente às convicções daqueles em cujo nome ele fala. Também os resultados das deliberações de várias gerações não podem ser simplesmente negligenciadas por quem toma a decisão.¹⁹⁶

Esse balizamento, dentro de um sistema jurídico constitucionalizado, permite e de certa maneira estimula a discussão ética na operacionalização do direito.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.23.

4 A PERSPECTIVA ECONÔMICA DOS APLICADORES DO DIREITO

Nesta realidade hermenêutica é que a Análise Econômica do Direito tem a pretensão de se contrapor aos critérios jurídicos principiológicos. Alguns autores têm sustentado que a constitucionalização do direito privado falhou em seu objetivo de perseguir a efetivação da dignidade da pessoa humana, sem se atentar para o fato de estarmos atravessando um período histórico de conformação e concretização dos direitos secularmente construídos, os quais estão hoje previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e que essa construção depende de muitos outros fatores, bem como de estrutura operacional da Justiça, além da aplicação dos dispositivos jurídicos.

Segundo a corrente de pensamento da Análise Econômica do Direito que adiante se analisará, uma das consequências supostamente decorrentes da constitucionalização do direito civil mais nefastas aos anseios da coletividade é a alegada ausência de segurança jurídica, que emergiria da aplicação discricionária de princípios como os referentes à boa-fé e à função social do contrato. A proposta é, fundamentalmente, um retorno à previsibilidade e calculabilidade das normas, ou, ao menos, das decisões judiciais, as quais, visando conceitos eminentemente econômicos como o que diz respeito à eficiência, devem observar o princípio basilar da livre iniciativa e da racionalidade das decisões humanas. Não se conceberia mais os princípios da "função social" e da "boa-fé" no direito civil, o qual passaria a ser governado pelo princípio constitucional da livre iniciativa e pelo pressuposto fundamental de que as ações humanas são racionais, visando a um retorno ao absolutismo da autonomia da vontade fundada no brocardo *pacta sunt servanda*. No fundo, a análise econômica do direito quer afastar de um modo geral os "conceitos flexíveis", ou "cláusulas gerais", como prefere chamar Orlando Gomes, ou, ainda, "fórmulas ordenadoras" nos dizeres de Judith Martins-Costa, presentes no Código Civil de 2002, os quais ensejam maior discricionariedade ao julgador, proporcionando um ambiente propício ao exercício hermenêutico dos aplicadores do direito e que permitem que estes aproximem a realidade jurídica da realidade social. Uma observação alargada torna possível afirmar que, num momento recente, a Análise Econômica do Direito aproximou o conceito de justiça aos critérios de eficiência econômica, expulsando qualquer viés subjetivo que pudesse contaminar a almejada objetividade

dos critérios trazidos pela economia. Tal corrente teórica tem em Richard Posner seu maior representante, e posicionou a Escola de Chicago como o primeiro celeiro teórico daqueles que pretendiam aproximar economia e direito como método científico normativo e positivo.

De fato, a Análise Econômica do Direito trouxe curiosas reflexões e consequências para o campo do direito e constituiu relevante instrumento aos seus aplicadores, na medida em que ofereceu ferramentas de operacionalização do direito que poderiam auxiliar na busca por decisões mais eficientes do ponto de vista da coletividade. Contudo, a partir do momento em que se observam tentativas de equiparação entre conceitos de justiça e eficiência, começa-se a vislumbrar graves distorções.

No Brasil, esta escola trabalha o "novo direito civil", segundo alguns de seus defensores¹⁹⁷, elevando o princípio da livre iniciativa ao patamar fundamental sobre o qual é erigido o direito civil contemporâneo. Essa perspectiva da Análise Econômica do Direito parece se opor ao Direito Civil Constitucional, que atua procurando a pessoa por detrás do sujeito de direito abstrato, principalmente por meio da aplicação nas normas constitucionais e das cláusulas gerais ou conceitos flexíveis espalhados pelo Código Civil de 2002 (tais como a função social do contrato e a boa-fé). Por outro lado, pode-se conceber que é justamente por meio destes conceitos flexíveis que os aplicadores do direito podem concretizar os elementos tão caros à Análise Econômica do Direito. Os objetivos não são, necessariamente, opostos. Ao que parece, a Análise Econômica do Direito procura justamente realizar a dignidade da pessoa humana, ou ao menos, deveria objetivá-la.

Uma indagação então surge como proposta basilar do presente trabalho: estamos diante de duas teorias que são contraditórias? A análise econômica do direito implica o afastamento da incidência dos princípios da função social e da boa-fé na esfera privada dos indivíduos, como querem alguns autores desta recente corrente teórica?

¹⁹⁷ Vide livro recente de Luciano Timm: "O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público" (TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

A constitucionalização do direito privado e a Análise Econômica do Direito podem exercer trabalho integrativo-constutivo no sentido de, de uma vez por todas, concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira e reduzir as desigualdades sociais (igualdade substancial)?

Como objetivo geral, então, está-se diante da questão de verificar se a constitucionalização do direito privado, mediante a repersonalização do sujeito de direito, não poderia ser enriquecida pela Análise Econômica do Direito, constituindo elementos capazes de assegurar a concretização da dignidade da pessoa.

É possível analisar os exemplos de conceitos flexíveis presentes no Código Civil, principalmente no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais, por meio dos quais pode incidir, também, a orientação econômica do direito, a partir dessa perspectiva integrativa e complexa. A questão aqui é fugir da dicotomia constitucionalização *versus* segurança jurídica, procurando demonstrar que, talvez, o problema central esteja localizado na forma com que os conceitos flexíveis presentes na codificação civil brasileira são interpretados de maneira pluriforme e confusa e não no fato de efetivamente os julgadores possuírem maior grau de discricionariedade. Além disso, como já foi dito, a perspectiva da complexidade e a compreensão das várias manifestações do fenômeno social nos levam a uma concepção mais precisa acerca dos problemas contemporâneos que envolvem a justiça.

Os mecanismos que proporcionam um ambiente favorável ao exercício hermenêutico e argumentativo no direito civil possibilitam que as pessoas economicamente menos favorecidas possam hoje exercer mais plenamente seus direitos. O abandono, portanto, de conceitos de direito privado historicamente construídos com fundamentos em princípios emancipatórios e socializantes pode configurar um retrocesso ou uma involução.

A aproximação entre o direito e a economia é condizente com as propostas da teoria da complexidade de Edgar Morin. A ciência econômica, no seu núcleo, propõe soluções eminentemente simples. Acontece que, para se chegar a este núcleo, é preciso passar por um momento de complexificação, até que se verifique que a ciência econômica é, de fato, simples. A simplicidade é um conceito basilar da complexidade.

Sendo assim, acompanhando os postulados da teoria da complexidade, o presente estudo parte dos seguintes questionamentos, os quais introduzem à pesquisa

o elemento concreto que diz respeito à preocupação com o desenvolvimento¹⁹⁸ da sociedade: qual seria o verdadeiro papel do Estado, através do Direito, na Economia? É determinante a influência econômica na formação do sistema jurídico de dada sociedade?

Aparentemente, juristas e economistas estão caminhando rumo a uma convergência interessante; uma convergência no sentido de tutelar a dignidade humana. Inevitavelmente, os cientistas sociais foram impelidos a se debruçar sobre essa preocupação fundamental. Questões que envolvem a emancipação das pessoas, melhor distribuição das riquezas produzidas pelas nações, acesso às possibilidades trazidas pela globalização da informação, da comunicação e das trocas ao redor do mundo, fazem parte das agendas institucionais, nacionais e internacionais.

A despeito de uma clara identificação de agenda, bem como de um objetivo precípuo fundamental, governantes, técnicos e cientistas sociais permanecem arraigados em uma constrição que não permite um avanço pragmático rumo ao desenvolvimento. Dito de outra maneira, em que pese à identificação de um problema, passou-se a divergir substancialmente acerca das formas de resolvê-lo.

Tanto o Direito quanto a Economia, nos dias de hoje, ocupam-se com o estudo do desenvolvimento. Os estudos, em ambas as áreas, em um primeiro momento desembocaram na constatação de que, apesar de todos os avanços tecnológicos, há uma crescente demanda pelo respeito às garantias fundamentais das pessoas. Vemos economistas humanizados e juristas economicizados, todos unidos em prol da descoberta de uma "fórmula mágica" para o desenvolvimento.

Com a sedimentação do campo de estudos do "direito e desenvolvimento", municiado teórico-instrumentalmente pelos avanços dos cientistas econômicos, chega-se a um momento vital para o futuro das pesquisas. A aproximação cada vez mais frutífera entre juristas e economistas têm trazido resultados e perspectivas que abrem novos caminhos e indicam um rumo de conciliação bastante produtivo.

¹⁹⁸ Aqui, quando nos referimos ao "desenvolvimento", nos fundamentamos na concepção contemporânea proposta pelo economista indiano Amartya Sen, que o dissocia do mero "crescimento" econômico ou do simples aumento do PIB. Assim, o desenvolvimento implica uma análise acerca de objetivos mais amplos que envolvem democracia, qualidade de vida, distribuição de renda, sustentabilidade, índice de mortalidade infantil, nível educacional, etc. (Ver SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010).

Nesse contexto, o feixe de luz que parte da lanterna à procura da real importância do direito para o desenvolvimento muda de foco. Não se procura mais uma fórmula geral que possa ser indistintamente aplicada em qualquer contexto, sob qualquer circunstância, com seguros resultados que garantirão o desenvolvimento. A descoberta de que o crescimento econômico, por si só, não redundava automaticamente em desenvolvimento, em flagrante abandono da "teoria do transbordamento"¹⁹⁹, levou os estudiosos a desviarem o feixe de luz do plano "macro" para o plano "micro". Passaram a constituir objeto de estudo, então, temas de microeconomia em conexão com o direito, questões de ambiente institucional e mecanismos de governança contratual, como fatores de fundamental importância para explicar os avanços rumo ao desenvolvimento.

É a partir do avanço nestes estudos que se indica uma convergência profícua erigida pela Análise Econômica do Direito, no sentido de se buscar maior coerência na forma como julgam os juízes. É nesse sentido que se procura enfatizar que juristas e economistas encontraram um aspecto do ordenamento jurídico que pode constituir grande obstáculo ao desenvolvimento, e esse obstáculo diz mais respeito à forma como são julgadas as disputas judiciais, do que propriamente às normas jurídicas.

Volte-se por um momento à questão da convergência entre economistas e juristas. Qual seria o ponto comum? O objetivo precípua a que visam converge, vale dizer, tanto a economia, quanto o direito, trabalham pela dignidade humana. A novidade é que alguns movimentos acadêmicos transdisciplinares recentes parecem sinalizar no sentido de que estão convergindo também nos meios pelos quais

¹⁹⁹ Teoria segundo a qual o crescimento econômico redundaria automaticamente em democracia e respeito aos direitos humanos. Essa concepção foi muito bem abordada por David M. Trubek: "Os estudiosos americanos, as agências do governo e as fundações privadas que promovem esses esforços pressupõem que irão fortalecer o 'império do direito' e fomentar os valores democráticos. A concepção central recusa-se a reconhecer qualquer outra possibilidade e presume que a mudança resultante de um conceito tradicional de direito para um instrumental aumentará simultaneamente a capacidade do Estado de orientar o comportamento social e a capacidade do sistema jurídico de restringir a ação arbitrária do Executivo. Desse modo, a concepção central sustenta que as medidas para aumentar a intencionalidade jurídica fomentarão a autonomia jurídica e fortalecerão as tendências liberais e democráticas." (TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.77-78).

acreditam que se atingirá o objetivo. Isso nem sempre foi assim. Na realidade, o que mais parece é que sempre esteve-se disputando um "cabo de força": de um lado economistas e liberais defendendo certeza jurídica e Estado mínimo, imaginando que o crescimento econômico transbordaria automaticamente para avanços na garantia dos direitos humanos e na democracia; de outro, juristas procurando humanizar a economia e frear os "diabólicos impulsos mercadológicos", acreditando, com isso, estar garantindo a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas.

Essa disputa, no entanto, é irreal. Como bem assevera Saldanha,

As formas como os seres humanos racionalizam as relações econômicas estão baseadas em uma relação efetiva entre os fenômenos econômicos e o mundo moral, esta relação social dá uma dimensão ética à economia, na medida em que as relações econômicas influem na moral dominante em uma determinada época e sociedade fazendo com que as relações humanas de cunho econômico não possam deixar de serem avaliadas através do caleidoscópio moral.²⁰⁰

Nessa visão, o "império do direito" ou "legalismo" deveria promover a solidariedade além da eficiência e pode ser considerado "mais como uma arena em que as lutas pelos diversos valores e interesses podiam ser travadas do que uma entidade fixa, rigidamente confinada por regras e processos formais, ou uma máquina tecnocrática limitada exclusivamente a corrigir as falhas do mercado"²⁰¹. É neste ponto que ganha relevância a análise da constitucionalização do direito privado, modelo vigente no Brasil, na medida em que se observa no país um sistema de direito civil amplamente socializante. O Brasil possui um Código Civil no qual as principais instituições são funcionalizadas, vale dizer, visam à consecução de objetivos sociais ou, em outras palavras, a uma função social. Com base nos "conceitos flexíveis", ou nas palavras da professora Judith Martins-Costa, "fórmulas ordenadoras", criam-se ambientes amplamente favoráveis à argumentação jurídica. O sistema constitui uma

²⁰⁰ SALDANHA, Eduardo. Ética, economia e alienação da felicidade. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **Direitos humanos**: estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Salvador: Jus Podivm, 2010. p.158.

²⁰¹ TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.206.

arena na qual as partes poderão argumentar seus interesses. Precisa ficar claro, todavia, que esta arena não está livre de regras. O sistema de direito privado constitucionalizado não implica, necessariamente, falta de segurança jurídica. Os limites e as regras do jogo são bem determinados pela Constituição Federal:

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3.º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3.º, I, CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV, CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.²⁰²

Depreende-se do acima exposto que os princípios da liberdade privada e da solidariedade social aparecem lado a lado no Texto Constitucional, consubstanciando, ambos, em instrumentos para a realização do objetivo maior do ordenamento que é a dignidade humana. Da mesma forma, a AED também visa à dignidade humana, não há que se falar em objetivo distinto do preconizado por nossa Carta Maior. É que, na realidade, o Código Civil de 2002, norteado pela Constituição de 1988, traduz institutos que se propõem à realização do objetivo constitucional, vale dizer, a noção de

autonomia da vontade, como concebida nas codificações do Século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das SINGULARIDADES DA PESSOA HUMANA. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

²⁰² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.14.

Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia. Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade.²⁰³

Se esses limites não estiverem bem definidos, o resultado pode ser o oposto do imaginado. A intenção das ideias que envolvem a Constitucionalização do Direito Civil podem ter motivos nobres, afinal, quem não quer defender a dignidade humana? A questão é: contratos funcionalizados e um direito civil infestado de conceitos flexíveis que remetem todas as decisões ao livre-arbítrio dos juízes seria o meio mais adequado para a consecução deste nobre objetivo? Pode ser que não. A falta de certeza jurídica incentiva a litigância. Na medida em que a Justiça se torna uma "loteria", na qual advogados não possuem condições mínimas de previsão e planejamento processual, poderá valer a pena a aposta nesta loteria, mediante a proposição de demandas muitas vezes temerárias. Enfim, o direito privado constitucionalizado acabou se tornando importante instrumento de manutenção do poder das grandes empresas, mais precisamente um mecanismo de dominação privada. O império da lei foi substituído pelo império do juiz, muito mais adequado aos interesses dos que detêm o poder econômico. Se os juízes não forem bem preparados para a realidade do direito privado constitucionalizado – e crê-se que eles serão bem preparados por meio também da Análise Econômica do Direito –, o importante mecanismo de emancipação humana, pode tornar-se um estímulo à litigância e à continuidade das práticas empresariais desleais.

Essas reflexões nos remetem ao problema da segurança jurídica; problema este que pode constituir nova preocupação do campo de estudos do "direito e

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.14-15.

desenvolvimento". Um bom caminho que se abre, para um avanço nas investigações são estudos que comparam e aproximam os sistemas de *common law* (tradição anglo-saxã) e os de *civil law* (tradição romano-germânica), conforme nos indica o Professor Luis Guilherme Marinoni:

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança. Sublinhe-se que o *common law* que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.^{204,205}

Contudo, conforme foi mencionado, não se deve concluir inadvertidamente que a constitucionalização do direito significa automaticamente falta de segurança jurídica. Ao contrário, a interpretação unitária do ordenamento jurídico, fundamentada na Constituição Federal, é ressaltada pelos principais civilistas brasileiros, sendo que em momento algum depreende-se da obra destes autores conclusões precipitadas com relação à discricionariedade dos juízes. Gustavo Tepedino nos mostra com clareza que, talvez, a questão não seja o tamanho que se pretende dar ao Estado e defende a "concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico"²⁰⁶. O ordenamento jurídico brasileiro é centralizado pela Constituição Federal.

²⁰⁴ MARINONI, Luis Guilherme. O precedente: na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Podivm, 2010. p.211-226.

²⁰⁵ Nesse sentido, vale fazer referência às reflexões de Paolo Grossi "[...] o sistema jurídico do civil law vem sofrendo uma grande crise nos seus pressupostos mais profundos, por causa de uma osmose sempre crescente com a área do common law e por causa da sutil erosão de velhas certezas sob o impulso do fenômeno esmagador da globalização jurídica". (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.68).

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.7.

A tormentosa problemática, suscitada pelos civilistas italianos a partir do final dos anos 60, e pelos civilistas brasileiros desde os anos 80, ganhou renovado fôlego com o debate em torno da unificação da Europa, sendo o jurista conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-membro. Ao mesmo tempo, o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quando à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico.

Vale dizer, a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade.²⁰⁷

Veja-se que a doutrina do direito civil constitucional no Brasil, da mesma forma como os modernos autores da Análise Econômica do Direito, se preocupam com a certeza jurídica. Um sistema jurídico, no qual o direito privado é lastreado pela Constituição Federal, cuja interpretação é unitária, garante que a Justiça não se torne uma "loteria". Novamente surge aí a necessidade de se ressaltar a importância de um melhor preparo dos magistrados, a fim de que eles se atentem acerca das consequências econômicas de suas decisões. Muitas vezes, levados pelo sincero desejo de proteger as pessoas, decisões acabam prejudicando toda a coletividade na qual o próprio protegido se insere. É isso que acontece quando se avalia o inadimplemento contratual por meio de decisões que fazem mal uso dos princípios constitucionais. Nesse sentido, nem sempre uma decisão como essa cumpre com o seu objetivo, ao contrário, geralmente acaba por prejudicar o indivíduo, uma vez que aquele a quem se pretendia tutelar está inserido em um contexto que acaba sendo influenciado pela mesma decisão.

Nesse sentido, o império do direito (*rule of law*), aliado à Análise Econômica do Direito e a um sistema jurídico que eleve a dignidade humana ao patamar fundamental de todo o ordenamento, podem constituir ingredientes importantes no "amálgama" do desenvolvimento.

²⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.7.

Três equívocos fundamentais, no entanto, devem ser superados para que os avanços nesta seara sejam visíveis na sociedade. Trata-se da necessidade de se atentar, primeiro, ao fato de que os esforços de financiamento e iniciativas destinadas a promover o desenvolvimento dos países por meio de reformas jurídicas, sempre estiveram atrelados às mais diversas justificativas, de acordo com o contexto de cada época (em um primeiro momento, os esforços decorreram da necessidade de reconstrução dos países no Pós-Guerra; em um segundo momento havia o temor com relação ao comunismo; em outros estágios das pesquisas se acreditava que um sistema jurídico estritamente lógico-formal redundaria automaticamente em desenvolvimento). Os que se debruçam nos estudos do direito e desenvolvimento precisam, portanto, ter em mente as especificidades de cada momento no qual as ideias foram surgindo, de modo a tecer análises precisas e, principalmente, utilizar adequadamente os instrumentos e as ferramentas desenvolvidos pelos estudiosos com a evolução das pesquisas. Segundo, outro equívoco referido como motivador de distorções nos estudos, nas palavras de Welber Barral são as "tentativas de impor modelos econômico-sociais genéricos a todo mundo, sobretudo numa matéria com alta carga cultural, como é o direito"²⁰⁸. Essa reflexão traduz-se em um pressuposto fundamental que norteia os estudos, para abandonar-se a tese de que a escola do direito e desenvolvimento busca uma fórmula geral de desenvolvimento, a qual, uma vez descoberta, poderá ser aplicada indistintamente em qualquer realidade local (a ideia ganha relevância quando se considera, por um lado, o conceito de direito como parte da cultura de um povo, e, por outro, o conceito de desenvolvimento dissociado do mero crescimento econômico). Por fim, há que se ter em mente que muito do que fora discutido e emergiu da academia serviu para formulação de políticas públicas. A utilização das ideias pelos governantes, todavia, sofreu constantes desvirtuamentos em prol de objetivos escusos, o que pode ter contribuído para o enfraquecimento do campo de estudos.

É preciso analisar o suposto papel do direito para a consecução deste objetivo de desenvolvimento do país, analisando essencialmente a retórica da segurança jurídica na realidade brasileira, a constitucionalização do Direito Civil e a escola da

²⁰⁸ BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.13.

Análise Econômica do Direito. Superficialmente, as duas correntes teóricas apresentam posições antagônicas. Não raras vezes, o plano teórico da Análise Econômica do Direito sustenta o discurso da maximização do benefício privado e a funcionalização do utilitarismo do agente como métodos seguros para alcançar os predicados afetos à constitucionalização do direito civil, como a dignidade da pessoa humana e a função social do direito.

O caminho a ser percorrido passa pela apreciação da alegada contraditoriedade entre os discursos da constitucionalização do Direito Civil e da Análise Econômica do Direito, de modo a demonstrar que, na realidade, não estamos diante de conceitos e concepções antagônicas, mas que, ao contrário, podem convergir em um esforço de construção teórica que visa à concretização da dignidade da pessoa humana. Assim como a perspectiva econômica do direito não consiste em mera tentativa de resgate da certeza e segurança jurídicas, a constitucionalização do direito civil não implica, necessariamente, a falta desta mesma segurança jurídica. Por tais razões é necessário mencionar a gênese da discussão acerca da segurança jurídica na realidade luso-brasileira (discurso da certeza), que desembocou no direito privado individualista e patrimonialista.

4.1 O DIREITO E A ECONOMIA VISAM AOS MESMOS FINS?

O direito e a economia visam ao mesmo objetivo, vale dizer, à dignidade humana? Há quem discorde: "A lógica da atividade empresarial, no sistema capitalista de produção, funda-se na lucratividade, não na defesa da pessoa humana. Uma organização econômica voltada à produção do lucro e sua ulterior partilha entre capitalistas e empresários não pode apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana."²⁰⁹ Aqui é preciso definir o que se quer dizer com o termo "economia".

Por outro lado, é um erro afirmar que a abordagem que leva em consideração as consequências econômicas de uma decisão judicial não visa à concretização da

²⁰⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.631.

dignidade humana. A discussão é: se limitarmos as possibilidades de interpretação do juiz, em um contexto amplo, não estaremos melhorando a qualidade da prestação jurisdicional em sua totalidade, conferindo maior segurança jurídica à sociedade e criando um ambiente mais favorável ao desenvolvimento humano? Limitar, ou buscar parâmetros de aplicação das normas, não significa anular o exercício hermenêutico, pois isso é impossível. Por outro lado, a textura aberta das normas permite o debate moral dentro do direito:

Até não muito tempo atrás, mesmo a doutrina nacional mais progressista via nesta indeterminação semântica um obstáculo insuperável para a tutela judicial dos direitos sociais – ou pelo menos da maior parte deles. Hoje, tal posicionamento já parece ter sido superado, com base em considerações mais substantivas a respeito da importância dos direitos em jogo. Tem-se atribuído, com razão, maior peso a considerações sobre a relevância dos bens e interesses envolvidos nestas questões, tornando o debate jurídico mais permeável à discussão moral.

Ademais, a garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do Judiciário.²¹⁰

O problema é quando o "econômico é descontextualizado, tornando-se absoluto, ignorando as consequências que ocasiona, entre elas a destruição cultural e o sofrimento humano"²¹¹.

É justamente por isso que se ressalta a importância da abertura do direito à discussão moral. É complexificando o olhar para o direito que se construirá o caminho rumo à concretização dos direitos fundamentais.

Tanto se fala na necessidade de abandonar-se o ideal positivista no discurso jurídico que limitou, e continua a limitar, o conhecimento e, no entanto, continua-se envolto pela constrição epistemológica arraigada em uma concepção mercantilista. Essa ideologia reducionista de separação, a qual é amplamente veiculada e reproduzida pelo ensino jurídico, é decorrente de uma visão mecanicista do mundo, traduzindo uma vontade incontida de explicá-lo segundo leis matemáticas. Essa

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.564.

²¹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.37.

vontade transborda às relações sociais e volta e meia retorna como um fantasma que insiste em assombrar.

Norberto Bobbio, em sua teoria da norma jurídica, ao analisar os planos de observação de uma norma jurídica nos mostra de maneira percuciente que o positivismo jurídico se traduz em uma teoria reducionista, pois reduz a "justiça" da norma à sua "validade", ou seja, para o jurista, norma justa seria toda norma válida, esvaziando o conteúdo axiológico da norma jurídica.²¹²

A crítica ao positivismo jurídico não é recente, tampouco a constatação da insuficiência regulatória do direito positivo, diante da realidade e complexidade dos fatos que se apresentam e das crescentes demandas da pessoa humana.

Vemos, por outro lado, incansáveis movimentos que insistem na cisão do discurso jurídico entre valor e norma, fazendo com que o jurista se torne mero "constatador", limitando-se a proferir juízos de constatação sobre a ordem jurídica, atividade eminentemente avalorativa. A questão não é recente, o que muda são as novas correntes de pensamento que, vez ou outra, propõem um retorno – seja explícita, seja implicitamente – ao discurso positivista. E parece que o "movimento da vez" é a Análise Econômica do Direito, ou ao menos é o que se percebe em algumas de suas ramificações mais radicais. Por isso, é mister desde já o alerta para a necessária definição acerca de qual "Análise Econômica do Direito" se está analisando – o que se fará logo adiante.

Segundo algumas dessas concepções que insistem em permear a história jurídica da modernidade, o problema da justiça torna-se irrelevante ao jurista, de modo que este passa a ser indiferente aos efeitos produzidos pela aplicação da lei. O juiz precisa, somente, deter o conhecimento da estrutura do direito positivado.

A consequência é claramente exposta nas palavras de Plauto Faraco de Azevedo:

Dessa concepção resulta um discurso jurídico multifacetado, requerendo, para cada um dos aspectos em que é cindido, um ator diverso designado como competente. Ao jurista *stricto sensu* cabe o conhecimento da estrutura do direito positivo, devendo limitar-se a juízos de constatação sobre a ordem jurídica. Para ajustar-se a esse paradigma, deve desempenhar uma atividade tipicamente avalorativa, que termina por aliená-lo dos valores, sem os quais

²¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.38 e 39.

o direito positivo não pode ser satisfatoriamente pensado e aplicado. A cisão operada entre a lei e os valores torna o problema da justiça irrelevante ao jurista, designando-se como competente para tal o filósofo do direito. O resultado final e pior dessa divisão do direito em partes estanques – uma lógica (atribuída ao jusfilósofo) – é que o jurista, notadamente o juiz, torna-se indiferente aos efeitos produzidos pelo direito positivo, para cuja consideração seria competente o sociólogo do direito. Essa cisão, sobre ser insustentável, é socialmente prejudicial.²¹³

Das lições invocadas acima, depreendemos que há um clamor da doutrina pelo exercício hermenêutico dos juristas. Estes últimos são os construtores das pontes hermenêuticas entre "a nova codificação civil e a principiologia axiológica de índole constitucional"²¹⁴.

Ocorre que autores contemporâneos da *Law and Economics*, analisando julgados recentes que revisam contratos com base na sua função social, têm afirmado que muitas vezes, levadas pelo impulso socializante do direito civil atual, essas decisões acabam por prejudicar toda a coletividade. Uma decisão que atende efetivamente aos interesses da coletividade, para esses autores, é a decisão que observa a Análise Econômica do Direito. A impressão que transparece é que essa recente corrente teórica está à procura, na verdade, de uma exata calculabilidade das decisões judiciais, todavia, utilizando-se de um caminho diferente de outras correntes de pensamento que não lograram êxito na camuflada intenção de pregar concepções mercantilistas. Essas concepções, para concretizarem seus propósitos, inevitavelmente acabam por valorizar um sistema jurídico positivista.

No já citado estudo acerca do que intitula como sendo o "Novo Direito Civil", Luciano Timm analisa jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, com base no princípio da função social, revisou contratos formalizados entre produtores rurais e empresas que realizaram a compra antecipada de sementes, para viabilizar o plantio. Segundo o referido autor,

²¹³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.42-43

²¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Das raízes do direito civil brasileiro contemporâneo. In: GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.2.

a conseqüência (coletiva ou social) disso foi a de que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com ações foram prejudicados, pois os *traders* da região não mais queriam seguir fazendo (ou pelo menos viam com desconfiança) a operação de compra antecipada do produto, diante do flagrante risco de prejuízo, já que, se o preço da soja, no ano seguinte ao contrato, fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e, se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato.²¹⁵

Da mesma forma ocorre com frequentes decisões judiciais que, levadas por uma justificável garantia de direitos prestacionais, obrigam o Estado a arcar com custos de remédios não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Ou resolvem contratos de locação de imóveis com base na dificuldade financeira de idosos. Para alguns autores da Análise Econômica do Direito, estamos diante de decisões trágicas, ao observarem a necessidade individual de uma pessoa, acabam por prejudicar toda a coletividade, tendo em vista que, no primeiro caso, dinheiro público que poderia ser investido para controlar doenças mais "comuns" que constantemente são negligenciáveis pelo Poder Público seria gasto em detrimento de um número muito maior de idosos que sofrem com doenças mais frequentes; no segundo caso, as decisões fariam com que proprietários de imóveis restringissem a formalização de contratos com este tipo de mercado e, conseqüentemente, toda a classe de idosos passaria a ter sérias dificuldades na obtenção de contratos de locação.

Por outro lado, segundo o autor brasileiro acima citado, existem decisões que "mesmo sem recorrer ao instrumental da análise econômica, intuitivamente percebem essa função social do contrato num ambiente de mercado"²¹⁶, colacionando, exemplificativamente, a decisão que reproduzimos a seguir:

Admitir-se a legalidade do procedimento pretendido pelos requerentes (revisão contratual de contrato de financiamento imobiliário) implicaria o surgimento de perigoso precedente com sérias conseqüências para todo o complexo e rígido sistema de financiamento da habitação, cuja estrutura e mecanismo de funcionamento foi bem exposta por Cáo Tácito [...]: "ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de um sistema global de financiamento que tem, como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira [...]" (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4.^a Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível n.º 17.224, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos

²¹⁵ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.75.

²¹⁶ *Ibid.*, p.76.

Lugon). *Quid*, em relação ao argumento, de natureza econômica, de que, numa conjuntura de inflação mensal próxima de zero, os juros que excedam de 1% ao mês são abusivos? Com a devida licença, não há aí racionalidade alguma, muito menos de caráter econômico. Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não pode ser menor do que o respectivo custo. [...] A taxa de juros é inteiramente desvinculada da inflação. A inflação é baixa, mas o custo do dinheiro é alto [...] e não pode ser reduzido por uma penada judicial. Trata-se de política econômica, ditado por ato de governo, infenso ao controle judicial (Recurso Especial n.º 271.214 do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Ari Pargendler, de 12 de março de 2003).²¹⁷

A questão que fica é a seguinte: no caso dos julgamentos acima mencionados, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, até que ponto as decisões foram inadequadas? Qual seria, então, a decisão mais acertada? Os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos que recorreram ao Judiciário não deveriam ser observados em favor da coletividade? Ou em razão da ordem econômica e do bom funcionamento dos institutos mercadológicos devemos afastar as garantias prestacionais básicas?

Vale repetir a lição de Sarmiento, acima mencionada, que

a garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do Judiciário.²¹⁸

O desafio aponta no sentido de se estudar a aplicação concreta dessa percepção econômica no campo do direito civil brasileiro, em uma prática integrativa com o arcabouço de princípios fundamentais e a sua operacionalização mediante estas novas regras e institutos presentes na codificação civil. Por tais razões é que só a análise integrada dos dispositivos que tratam dos direitos fundamentais, principalmente os relacionados à dignidade da pessoa humana, como também aos que dizem respeito à ordem econômica podem se revelar mecanismos hábeis para realização de direitos sociais. É nesse ponto que se observa o pragmatismo dos preceitos constitucionais na esfera privada. Judith Martins-Costa chama estes conceitos flexíveis de "fórmulas

²¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.76.

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.564.

ordenadoras", as quais aparecem ao longo da legislação civil de modo a propiciar um ambiente favorável ao exercício hermenêutico e axiológico do aplicador do direito. Exemplificativamente, termos como "equidade", "desproporção manifesta entre as prestações", "boa-fé", "fins econômicos e sociais", "usos do lugar" estão contidos nos mais diversos dispositivos normativos do Código Civil.²¹⁹

No entanto, não se pode esquecer as importantes conquistas alcançadas no âmbito do direito privado brasileiro que, nos tempos pós-modernos, vive o desafio de propor uma nova jurisprudência de valores, uma nova visão dos princípios do Direito Civil, agora mais influenciado pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais que, todavia, não necessariamente deixam de abarcar aqueles princípios, também constitucionais, que traçam as diretrizes da ordem econômica nacional.

Nesse novo paradigma do Direito Civil, deparamo-nos recorrentemente com as mais variadas descrições da mesma realidade: "publicização do Direito Civil"; "socialização do contrato"; "repersonalização do sujeito contratual"; "relativização da autonomia da vontade"²²⁰, em uma franca reação ao seu individualismo e patrimonialismo. Observa Paulo Nalin que, em um estágio moderno do direito privado, percebe-se a sua mercantilização "e a associação entre segurança jurídica e obrigatoriedade do contrato, em favor do Mercado e não da pessoa que o opera. É contra essa racionalidade mercantilista que se objeta por meio da análise constitucional da autonomia privada"²²¹.

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. Tomo I. p.8.

²²⁰ Importante notar, contudo, a distinção entre publicização e constitucionalização proposta por Lôbo: "Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.36, n.141, p.101, jan./mar. 1999.

²²¹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Contrato & sociedade. In:_____. **A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p.27.

Plauto Faraco de Azevedo vai mais além, ao afirmar:

Tudo se experimenta e se vende no mundo mercantilizado, sem que se atente aos graves problemas que deveriam ser prioritários, como a melhor distribuição da renda e dos alimentos existentes, o controle populacional, o respeito aos direitos sociais fundamentais, sem cuja efetiva realização os direitos e liberdades individuais só podem ser exercidos precariamente pela grande maioria da população.²²²

Diante dessa assustadora realidade, surge um grande esforço no campo jurídico da civilística para resgatar a pessoa que está por detrás do sujeito de direito titular de patrimônio.

Essa é uma percepção do direito que se mostra capaz de superar algumas das principais críticas contemporâneas das ciências de um modo geral: o reducionismo, a cisão, a visão mecanicista do mundo, todos fundamentados no método cartesiano. Regressar a uma cultura positivista que cultuaria a segurança jurídica em detrimento da aproximação dos aplicadores do direito à realidade social pode configurar grande retorno ao ambiente de injustiça de séculos passados.

²²² AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.13.

5 DIREITO, ECONOMIA E O DESENVOLVIMENTO: A TEORIA DA COMPLEXIDADE

Já em 1951, o importante civilista brasileiro Orlando Gomes afirmava, na obra analisada no primeiro capítulo do presente estudo, a função conservadora do afastamento da discussão política no direito: "Esse predomínio viera da sociedade colonial, dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática, que criara uma forma de organização social infensa à politização"²²³.

Entre duas correntes teóricas antagônicas existe sempre um arranjo médio estrategicamente posicionado. O justo meio goza de um privilégio que as opções extremadas nunca poderão desfrutar, o que denota a mais notória habilidade adaptativa dessas teorias – originarem-se apenas dos méritos de seus afluentes teóricos. Aos extremistas resta a ingrata missão de defender, a todo custo, mesmo com o sacrifício do bom senso, os vícios manifestamente presentes quando o embate cego das teorias se rende ao ideologismo infértil.

Em verdade, foram os erros e acertos do passado que hoje permitem analisar o traçado histórico da Teoria do Estado, mesmo porque, não é tão nítido o papel do Estado quando estamos falando de contrato e propriedade. Tais questionamentos nos levam à constatação de uma importante limitação, localizada na raiz da discussão do direito e desenvolvimento, que merece ser removida se desejarmos avançar nas pesquisas. Que limitação seria essa? Os que defendem uma atuação estatal enérgica na regulação das questões de ordem privada das pessoas, não se fazem este questionamento; partem de um pressuposto de que esta dúvida é inexistente, afinal, defendem incisivamente o dirigismo da vida privada das pessoas. Por outro lado, os que advogam o afastamento total do Estado na regulação das trocas entre privados também não se preocupam com o questionamento acima elaborado. Para tais pensadores, é bastante claro que ao Estado não cabe intervir na esfera privada das pessoas.

²²³ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958. p.29.

Nenhuma afirmação que se possa fazer explicará indistintamente, ou universalmente, para toda e qualquer ocasião, a necessária ingerência estatal em alguns casos e o necessário afastamento em outros. Pode-se concluir com este raciocínio que, assim como os pensadores que advogam forte presença estatal na vida econômica dos súditos, aqueles que pregam um afastamento total do Estado indistintamente a todas as formas de manifestação da esfera privada das pessoas, estão limitados. Este influxo teórico é o celeiro do presente trabalho, pois seu objetivo central é a aproximação de duas correntes teóricas que se aparentam antagônicas, a Constitucionalização do Direito Civil e a da Análise Econômica do Direito. Trata-se daquela percepção equivocada, já aludida acima, sobre o fato de que na economia as preocupações de ordem privada não possuem outro objetivo senão a garantia das condições mínimas de exercício da liberdade e da personalidade humanas. Resta patentemente inverídica qualquer afirmação no sentido de que a economia está se humanizando, ou que há uma "economização" da justiça, pois esta contradição é irreal, vale dizer, ambos os campos do saber buscam condições de realização da pessoa humana.

Esse escopo convergente, todavia, em um mundo fragmentado pelas compartimentalizações do conhecimento, jamais garantiu a aproximação multidisciplinar necessária para um olhar mais complexo acerca da realidade.²²⁴

²²⁴ Para Edgar Morin, "o problema da complexidade não é o da completude, mas o da incompletude do conhecimento. Num sentido, o pensamento complexo tenta dar conta daquilo que os tipos de pensamento mutilante se desfaz, excluindo o que eu chamo de simplificadores e por isso ele luta, não contra a incompletude, mas contra a mutilação. Por exemplo, se tentamos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante. Portanto, nesse sentido, é evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões: assim como acabei de dizer, não devemos esquecer que o homem é um ser biológico-sociocultural, e que os fenômenos sociais são, ao mesmo tempo, econômicos, culturais psicológicos etc. Dito isso, ao aspirar a multidimensionalidade, o pensamento complexo comporta em seu interior um princípio de incompletude e de incerteza. (MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.176-177).

Esta empresa não será levada adiante sem antes ter em mente algumas premissas básicas. Primeiro, devemos pensar que, se o campo²²⁵ do Direito e Desenvolvimento estuda a possível influência dos sistemas jurídicos no desenvolvimento dos países, estudar meios de tornar um sistema jurídico eficiente pode trazer resultados de grande relevância para o avanço nas pesquisas. Assim, estudos jurídico-econômicos que buscam diminuir os custos sociais, as externalidades e os desperdícios de determinado ordenamento, podem contribuir significativamente para o desenvolvimento local.²²⁶

Segundo, as pesquisas indicam que os defensores das referidas escolas contemporâneas de pensamento convergem em um ponto fundamental: a necessária centralidade do ordenamento jurídico. A centralidade do ordenamento jurídico, que remete ao caráter unitário do sistema, cujo vértice é representado pela Constituição Federal, deve nortear as decisões judiciais, de forma a criar um ambiente mais favorável ao desenvolvimento. Assim, quando pensadores da escola da Análise Econômica do Direito propõem maior uniformidade jurisprudencial, no sentido de se buscar maior certeza jurídica, não se opõem ao que dizem os civilistas que defendem o direito civil constitucional, centralizado que é pela Lei Maior. A constitucionalização do direito privado não implica, necessariamente, falta de segurança jurídica.

Ainda, uma discussão que se proponha (re) definir o papel do Estado na esfera privada de seus jurisdicionados, não pode passar alheia aos avanços na área do Direito Constitucional, que trabalham os custos dos direitos sociais e a interferência entre os poderes independentes do Estado Democrático de Direito, como a intervenção

²²⁵ Segundo Tamanaha, no entanto: "O Direito e Desenvolvimento é uma categoria mal construída, a qual carece de coerência interna. Cada ordenamento jurídico, em todo lugar, passa pelo desenvolvimento (ou regressão), de tal modo que não há nada de especial quanto a isso; entretanto, os múltiplos países que têm sido alvo de projetos de Direito e Desenvolvimento diferem radicalmente uns dos outros. Portanto, não existe nenhuma base unificadora exclusiva sobre a qual se possa formar um 'campo'" (TAMANAHA, Brian. O primado da sociedade e as falhas do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, p.179, jan./jun. 2010).

²²⁶ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Law and Economics e o justo direito do comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.54.

judicial em políticas públicas e o fato de os direitos sociais vigorarem sob a tão discutida reserva do possível.²²⁷

Nos dias de hoje, tanto o direito quanto a economia ocupam-se com o estudo do desenvolvimento. Em um primeiro momento, os estudos em ambas as áreas desembocaram na constatação de que, apesar de todos os avanços tecnológicos, há uma crescente demanda pelo respeito às garantias fundamentais das pessoas. A expansão da doutrina econômica neoclássica alegava, e assim ainda sustenta nos dias de hoje, que o fator determinante para o crescimento econômico de uma determinada sociedade deveria levar em conta unicamente os critérios marginalistas das escolhas sociais, sendo a eficiência o objetivo ordinário a ser observado.

O fato é que é quase inconteste que este movimento ardoroso de defesa da eficiência como critério de justiça chegou ao limite, sendo inclusive contestado por outras escolas econômicas.²²⁸

Nesse contexto, o feixe de luz que ilumina a passagem à procura da real importância do direito para o desenvolvimento muda de foco. Não se procura mais uma fórmula geral que possa ser indistintamente aplicada em qualquer contexto, sob qualquer circunstância, com resultados seguros que garantirão o desenvolvimento. A descoberta de que o crescimento econômico, por si só, não implica desenvolvimento, traduz o abandono da "teoria do transbordamento", levando os estudiosos a desviar o foco do plano "global" para o plano "local". A partir de então, passaram a constituir objeto de estudo temas de macroeconomia e microeconomia em conexão com o direito, além de questões de ambiente institucional e mecanismos de governança contratual, como fatores de fundamental importância para explicar os avanços da ideia de desenvolvimento.

²²⁷ Apesar da importância para o presente estudo de uma análise da proteção judicial dos direitos sociais nas principais democracias modernas, e o convívio, que muitas vezes deixa de ser harmônico, entre democracia e os direitos fundamentais, o tema não constitui escopo deste trabalho. Para um aprofundamento essencial, indicamos dois importantes trabalhos, o primeiro de Daniel Sarmiento (A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.553-586); e, o segundo, de Luiz Roberto Barroso (**O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

²²⁸ Sobre o desenvolvimento do cientificismo como critério de justiça, Cf. SALAMA, Bruno Meinhorf. A história e queda do cientificismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. No prelo.

É mediante o avanço nestes estudos que se indica no presente trabalho uma convergência fundamental erigida pela Análise Econômica do Direito, com fins de se buscar maior coerência na forma como julgam os juízes, e se estas questões são relevantes para o ambiente contratual como mecanismo de desenvolvimento. É nesse sentido que se procura enfatizar que juristas e economistas encontraram em alguns aspectos do ordenamento jurídico alguns obstáculos ao desenvolvimento. E tais barreiras dizem mais respeito à forma como são decididas as disputas judiciais do que propriamente à existência em si das normas jurídicas, muito embora exista uma influência recíproca entre ambos.

Para David Trubek, o "império do direito" (rule of law), "legalismo" ou, nas palavras de Paolo Grossi, "absolutismo jurídico", deveria promover a solidariedade além da eficiência.²²⁹

No Brasil, o modelo do sistema de direito civil amplamente socializante pressupõe que "a sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela

²²⁹ Segundo David Trubek, os críticos do império do direito podem ser divididos em dois tipos abrangentes: "O primeiro inclui aqueles que concordavam com as idéias básicas por trás da iniciativa IDD, centrada na economia mas aceitavam um papel um pouco mais amplo para as instituições jurídicas do que a visão estrita, neoliberal do mercado que ocupou o centro do palco na primeira fase. As primeiras idéias de IDD repousavam sobre uma determinada concepção do Estado na economia. Elas pressupunham restrições severas à regulamentação econômica. O direito privado era apresentado como um marco neutro sem efeito distributivo. O modelo incluía, de fato, a proteção aos direitos humanos, mas estes abrangiam os direitos de propriedade, ale, dos políticos e civis e a ênfase recaía na propriedade. O papel do judiciário era de policiar as fronteiras entre o Estado e o mercado, e pensava-se que faria isso por meio de um formalismo mecanicista. Os críticos observam que esse modelo estava em conflito com os arranjos realmente existentes em todos os Estados capitalistas avançados. Esses países usavam a lei para intervir nos mercados numa miríade de maneiras a fim de corrigir as falhas do mercado e alocar riscos. Os críticos notaram também que os sistemas legais realmente existentes nas economias de mercado estabelecidas variavam em muitas dimensões e que não havia um único modelo, ou conjunto de melhores práticas que pudesse ser copiado, mesmo que, apesar da experiência anterior com os transplantes fosse possível copiar efetivamente. Enquanto essa segunda crítica ficava dentro da corrente dominante do pensamento liberal sobre direito e desenvolvimento, havia uma variante mais radical que endossava as duas primeiras críticas, mas ia além delas. Para aqueles que assumiam esse ponto de vista, o 'império do direito' deveria promover a solidariedade, além da eficiência. E eles consideravam o direito 'e seu império', mas como uma arena em que as lutas pelos diversos valores e interesses podiam ser travadas do que uma entidade fixa, rigidamente confinada por regras e processos formais, ou uma máquina tecnocrática limitada exclusivamente, a corrigir as falhas do mercado." (TRUBEK, David M. O império do direito na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.205/206).

economia"²³⁰. Trata-se, portanto, de uma escolha da sociedade, vale dizer, de uma conquista da sociedade.

Por tal razão, o ordenamento jurídico brasileiro é concentrado pela Constituição Federal:

[...] a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade.²³¹

Novamente resta claro que os autores que advogam o direito civil constitucional no Brasil também se preocupam com a certeza jurídica.

Essas reflexões nos levam a concluir que a observação da boa-fé e da obrigatoriedade contratual são os princípios que nos dizem que o contrato cumpre com sua função econômico-social. Assim, os deveres contratuais, tais como o dever de boa-fé dos contratantes, "não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença"²³². Ou seja, a estrita observância ao que pactuaram as partes, de acordo com a boa-fé objetiva, constitui uma conduta das partes em prol do objetivo de ambos contratantes. Em outras palavras, assevera Fernando Noronha que a razão fundamental da obrigatoriedade do contrato reside "na necessidade de tutelar a legítima confiança da contraparte na estabilidade e no adimplemento do contrato, ou seja, no princípio da boa-fé, e não no da autonomia da vontade"²³³. Na mesma linha de pensamento, Vasco Rodrigues observa que "é do nosso interesse individual que existam mecanismos que coarctem a nossa liberdade pessoal para não cumprir os

²³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p.20-21.

²³¹ *Id.*

²³² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.253.

²³³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.16.

nossos compromissos, explorando oportunamente a boa-fé dos outros."²³⁴ Veja-se também que inúmeros experimentos científicos fulminaram a ideia de autonomia da vontade como princípio fundamental das teorias contratuais²³⁵, sobretudo se a autonomia da vontade pressupõe uma escolha racional implicitamente ligada à maximização do benefício do agente em prejuízo de terceiros.

Ainda, sem análise institucional de um contexto cultural brasileiro, e dos diversos fatores que cercam a *ratio* estatal na qual a pesquisa está inserida, a tese desenvolvida voltará a patinar no equívoco de outras teorias sobre o mesmo assunto – elaborar uma fórmula única, homogênea e milagrosa para superar os desafios do desenvolvimento, dos contratos e das razões do Estado. Daí a importância de se analisar o direito não como produto da lei, mas como produto da sociedade.

5.1 EVOLUÇÃO E QUEDA DA TEORIA DO "DIREITO E DESENVOLVIMENTO"

Para situar a temática dentro de uma cronologia lógica, procurar-se-á, primeiro, repisar alguns destes avanços no campo jurídico no que diz respeito à evolução das teorias e à identificação dos momentos²³⁶ pelos quais esse campo de estudos passou. Frise-se, ainda, que as teorias do desenvolvimento são dinâmicas, e para cada análise desenvolvida outras mais seguem seu próprio destino. Para Trubek e Santos, a escola do Direito e Desenvolvimento vivenciou até o início do século XXI dois interessantes momentos, sendo de fundamental importância

²³⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p.128.

²³⁵ Em economia comportamental são inúmeros exemplos em que a decisão do agente está sempre vinculada à uma série de experiências cognitivas que identificaram a influência do ambiente no ato da escolha, o que nem sempre pressupõe uma decisão racional. À guisa de exemplo, o "Jogo do Ultimato", e suas variações, demonstra claramente que o comportamento cooperativo nem sempre está conectado com a maximização dos benefícios do agente. Em resumo, no "Jogo do Ultimato" a banca concede um prêmio a uma pessoa, o *líder*, que deverá dividi-lo com uma segunda pessoa, o *receptor*, oferecendo-lhe uma oferta. Porém se o receptor recusar essa oferta, a banca não pagará nada a nenhum dos dois.

²³⁶ TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In: _____. **The new law and economic development: a critical appraisal**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.1-18.

delimitá-los, procurando distinguir onde falharam²³⁷, e compreender o terceiro, o qual estamos vivenciando.

Os dois primeiros períodos levaram o campo de estudos do Direito e Desenvolvimento a uma grande crise e, segundo alguns autores, até mesmo ao óbito. Trata-se da necessidade de se atentar ao fato de que os esforços de financiamento e iniciativas destinadas a promover o desenvolvimento dos países por meio de reformas jurídicas sempre estiveram atrelados às mais diversas justificativas. De acordo com o contexto de cada época, em um primeiro momento, (i) os esforços decorreram da necessidade de reconstrução dos países no Pós-Guerra; em um segundo momento (ii) havia o temor em relação ao comunismo; em outros estágios das pesquisas (iii) se acreditava que um sistema jurídico estritamente lógico-formal redundaria automaticamente em desenvolvimento. Os que se debruçam nos estudos do Direito e Desenvolvimento precisam, portanto, ter em mente as especificidades de cada momento no qual as ideias foram surgindo, de modo a tecer análises precisas e, principalmente, utilizar adequadamente os instrumentos e ferramentas desenvolvidos pelos estudiosos. Segundo, outro equívoco referido como motivador de distorções nos estudos, nas palavras de Welber Barral, são as "tentativas de impor modelos econômico-sociais genéricos a todo mundo, sobretudo numa matéria com alta carga cultural, como é o direito"²³⁸.

Esse último aspecto da evolução dos estudos inaugura grande oportunidade de desenvolvimento da disciplina no contexto brasileiro. Por tal razão, crê-se que durante toda a existência do Direito e Desenvolvimento, as conclusões oscilam entre forte presença estatal e o afastamento das ingerências do Estado (estado mínimo). Isso reflete uma óbvia reação da sociedade de acordo com o contexto vivenciado no momento. Assim, em épocas de governos autoritários o Direito funciona como importante limitador do papel do Estado. Por outro lado, momentos de ampla liberdade econômica, na qual agentes econômicos não sofreram regulação, podem ter levado a grandes crises econômicas, quando paradoxalmente se reclama maior regulação estatal. O

²³⁷ TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In: _____. **The new law and economic development: a critical appraisal**. New York: Cambridge University Press, 2006. p.1-18.

²³⁸ BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.13.

fato é que o Direito é realmente dinâmico, vivo, evolui e se amolda de acordo com a sociedade. Sendo assim, não tem sentido buscar uma fórmula jurídica ideal. Tem sentido buscar uma interpretação unitária do ordenamento jurídico, assim como propõe Tepedino, de modo a fomentar um ambiente jurídico forte e coeso. Esta interpretação homogênea dos princípios constitucionais não é contrária à escola da Análise Econômica do Direito e seus predicados, no entanto, uma adaptação hermenêutica do método econômico deve ser emparelhada com o Direito brasileiro. Veja-se a opinião de Fábio Tokars:

Ao invés de partirmos da análise focalizada nos custos de transação dos fatos jurídicos para construirmos digressões que permitam a renovação de standards, devemos focar em princípios constitucionais centrais, para então aos mesmos aplicar uma hermenêutica próxima da economia, que autorize uma releitura de fatos jurídicos específicos. Ou seja: buscar os mesmos resultados (análise de eficiência econômica e de sintonia com o projeto de desenvolvimento econômico-social do país), mas com uma metodologia inversa, mais adequada ao direito continental.

Procedendo desta forma, abriremos alguns novos campos de estudo. Poderemos analisar a eficiência econômica das leis, pesquisando, por exemplo, o impacto negativo derivado do cipoal de normas referentes às formalidades para a constituição de uma empresa; a elevação nos custos do crédito, decorrente da flexibilização dos contratos e das cambiais; a oneração na constituição de novas unidades negociais, decorrente de normas que elevam exageradamente os riscos envolvidos em operações de compra e venda de estabelecimentos empresariais; o evidente desincentivo ao empreendedorismo, derivado da incompreensão das regras previsoras da limitação da responsabilidade de sócios de sociedades limitadas; os impactos econômicos gerados pela aplicação das legislações tributária, ambiental, trabalhista, previdenciária... Enfim, muito há a fazer no contexto desta forma de interpretação do Direito.²³⁹

De fato, a análise das instituições, como, por exemplo, a assimetria de decisões entre juízes e tribunais tem passado ao largo dos estudiosos do Direito e Desenvolvimento. Assim, o que se propõe no presente trabalho é, ao incluir os jurisdicionados no processo decisional, o Poder Judiciário deve unificar sua jurisprudência, fazendo toda a vida social fluir mais harmoniosamente, muitas vezes abstendo-se de interferir em alterações contratuais quando as próprias partes optaram por entabular contratos de alta complexidade. A harmonia, contudo, tem de partir do Estado, vale dizer, do Poder Judiciário. O ponto de interferência equilibrado

²³⁹ TOKARS, Fábio. **Por uma Law and Economics Tupiniquim**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/52647/?postagem=POR+UMA+LAW+AND+ECONOMICS+TUPINIQUIM>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

é o desafio a ser buscado. Se, por um lado, o Estado sem a prudência da jurisprudência corre o risco do autoritarismo, a divergência de decisões pode também criar um ambiente de instabilidade e retrocesso. Um sistema que possibilita o mínimo de certeza jurídica constitui ambiente fundamental sobre o qual poderá ser erigida uma sociedade justa, livre e democrática.

5.2 O CONTRATO ENTRE DOIS PROBLEMAS: ONDE PESA A BALANÇA ESTATAL

Fazer da ideia de desenvolvimento um paralelo à produção legislativa pode transmitir a noção de que a lei é remédio para o mal cultural do incumprimento, do comportamento oportunista e do risco moral, chagas de uma sociedade que reflete nas razões do Estado, e por consequência na sua atividade, seja legislativa ou jurisdicional, um certo paternalismo que consagra um enviesado entendimento do significado da funcionalização dos contratos. Este estado cultural brasileiro produz dois movimentos de nefasto resultado, cada qual influenciado pelo outro. O primeiro (i) aproxima-se da banalização do instrumento legislativo como função socializante, ou seja, traduz-se como obrigação da lei trazer as partes às condições equânimes de posição contratual; e (ii) o segundo, a figura do Estado-juiz como recurso para as falhas do primeiro problema.

Pessoas não são números, a soma das partes pode ou não ser igual ao todo, o que depende do mecanismo utilizado, e na maioria das vezes ele não é o mais apropriado.²⁴⁰ Segundo Andreas Auer²⁴¹, hoje a lei não é o que era: de norma

²⁴⁰ "O homem é ser que tem ato de escolha. Por isso, não é possível prever seu comportamento em cada caso concreto. E, dada a imprevisibilidade da conduta humana, é necessário que uma regulação social seja feita pelo Direito (o qual, dada essa imprevisibilidade do agir humano, dificilmente será desprovido de lacunas)". Artigo vencedor do 1.º Concurso Cultural sobre a obra Direito "Quântico". (FERNANDES, Érika Capella. **Do microcosmo ao macrocosmo**: análise da teoria quântica do direito. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=114986>. Acesso em: 23 jan. 2013).

²⁴¹ Mais adiante o mesmo autor remata: "Desde há um certo número de anos que os investigadores se debruçam sobre a vida concreta das leis para tentar verificar e medir a sua eficácia, os seus resultados queridos ou não queridos. Os resultados destes estudos de avaliação e aplicação da lei são, muitas vezes, eloqüentes. Parece que a lei deixou de estar em condições de levar a cabo

geral e abstrata passou para uma medida parcial, comprometida com os interesses alheios, tardia e superficial, feita para ser substituída por outra. Um quadro tosco dessa vocação legiferante foi o inócuo artigo 192, inciso VIII, § 3.^o²⁴², somente alterado pela Emenda Constitucional n.º 40 de 2003. Lá estava, para a felicidade dos consumidores e aflição dos tribunais, a previsão do crime de usura para a prática de juros reais acima de 12% ano. A simples observação do aspecto histórico econômico poderia informar o legislador que a prática da usura é submetida às leis do mercado, e que outras instituições historicamente constituídas fracassaram ao tentar coibir a livre iniciativa econômica, mesmo aquelas estritamente morais como as leis atemporais da Igreja Católica, que já no século XI tachava como pecado os que se lançavam obter riqueza neste mundo, e não cultivar os bens da posteridade.

Após o desastre, a correção da aventura legal sangrou por 14 anos os cofres públicos à custa dos contribuintes, foram anos de embates jurídicos entre bancos, consumidores, empresas, *factorings*, financeiras, lobbistas, políticos etc. Custos de transação que poderiam ter sido redimensionados para produção de riqueza se empilhavam em processos a serem julgados. Mais do que políticas públicas desconcertadas, a força do império legiferante no Brasil tem a "habilidade" de causar desastres.

Essa onda "legal" torna o sistema de leis obsoleto. O processo de produção das normas fica condicionado a uma troca de um instrumento por outro, isto quando há força política para fazê-lo. A composição mental dos seres humanos, suas vontades e seus desejos, é algo tão complexo que os operadores do direito ainda não se deram conta de investigar, e que por tratarem do problema com a superficialidade de quem troca um parafuso continuarão "martelando em ferro frio".

mesmo a pequena tarefa que lhe resta: ela é inadaptaada, não aplicada, ineficaz, não efectiva e, por vezes, produz mesmo efeitos perversos." (AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. Texto apresentado à 4.ª Conferência Europeia de Estudos Críticos do Direito. Coimbra, 1986. In: HESPANHA, António (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.133).

²⁴² "§ 3.º - 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." Artigo alterado pela Emenda Constitucional n.º 40 de 2003.

A consequência dessa leviandade reflete-se na sociedade. Se se partir da premissa de que os seres humanos agem sob incentivos, torna-se evidente que maus incentivos provocam maus resultados. São enxurradas de processos revisionais, planos econômicos, ações consumeristas, que invariavelmente são incentivadas por leis que não levam em consideração análises mais aprofundadas acerca das suas consequências sistêmicas.

Talvez por isso o Brasil se revela o país onde a Lei "não pega", justamente porque seus legisladores não preveem, ou sequer imaginam, como o destinatário das leis se comporta. Quando muito, a engenharia legislativa retira do sistema o componente defeituoso, sem se perguntar as causas do defeito, ou ao menos tentar corrigi-lo.

Como uma forma de dominação tradicional apegada aos costumes, ainda hoje se invoca com frequência nos cerrados debates acadêmicos o advento do positivismo para a adequação dos comportamentos a montante, como se suas decisões pudessem ser previstas por meio de um simples jogo de incentivos abstratos, quase como a caricatura da cenoura e do burro, em que alcançar o resultado desejado é tão simples como pendurar a cenoura em frente ao burro para que esse não pare de seguir em frente. Como se todo comportamento fosse tomado pelo receio da sanção ante a hipótese de descumprimento.

Prova dessa corrente cega são as opiniões midiáticas de especialistas que alcançam o limite do absurdo. Por exemplo, nos debates sobre o Código de Defesa do Consumidor as opiniões contemplativas do paternalismo do Estado cerram fileiras como se o mal a combater fosse a instituição do mercado. Mas não é tão simples assim. O mercado é um *locus* de troca, e de acordo com os incentivos, a cultura, e o contexto institucional, os acordos podem guardar diferentes níveis de cumprimento eficiente.

Os legisladores contemporâneos, porquanto o sistema jurídico, não se deram conta de que o homem contemporâneo não pensa como o burro, e a lei, apesar de constituir importante incentivo, não é a cenoura. Aliás, sua intrincada rede cultural e sentimental reforça dia a dia que o modelo racional, ou limitadamente racional, é pouco para desvendar os caminhos que findaram na tomada de decisões por vezes sem qualquer respaldo técnico e científico. Ao criticar a razão técnica como arauto do progresso, não se pendula ao extremo oposto da razão – onde fatalmente se cairia no confuso terreno das emoções apaixonadas – mas muito ao contrário. O foco é justamente descobrir o que o conceito de racionalidade ainda não apresentou por

estar alheia aos benefícios da interdisciplinaridade. Por tal negação, a surpresa dos acontecimentos que se sucedem de forma não prevista ainda assombra o mais cauteloso cientista social, sobretudo porque as ciências que pretendem por objetivo conjecturar acerca do comportamento humano, como a Sociologia, Economia, Direito e Psicologia, falham reiteradas vezes quando não contemplam os cognitivos que fizeram marca no pensamento dos indivíduos.

Neste sentido a ciência da produção de leis é tudo menos ciência. O maquinário multiplicador de comandos normativos é um jogo de erro e acerto, mais próximo do exercício da futurologia preditiva, como se o sistema legal fosse um amontoado de desígnios esotéricos. Não se leva em consideração que os destinatários da lei pensam, e por pensar estão sujeitos ao sucesso e às falhas. Somente por meio do atomismo individual, da singularização da responsabilidade e da consideração objetiva da boa-fé contratual permite-se construir um círculo social de observação dos pactos, de respeito às leis e de desenvolvimento.

Na tentativa de sobrepor a metafísica igualdade social à realização da justiça, o Brasil adota uma já enfastiada fórmula legal abandonada em seu celeiro de origem, e aí reside o segundo problema referido no início deste capítulo. Ao confundir as razões do Estado com a realização da justiça social concede-se à atividade judicante a pretensão de traduzir em decisões processuais o que se imagina ser o equilíbrio econômico contratual. Submeter ao Judiciário, em especial ao sistema jurídico brasileiro, os custos dos ajustes contratuais é entregar toda a ótica de respeito aos pactos ao talante de uma só pessoa, que pode irradiar efeitos imediatos nas relações além das partes. Note-se, ainda, no caso de as partes optarem por um complexo ajuste de vontades, formalizado em um contrato de alto custo transacional, nada mais restaria ao Estado-juiz senão aplicá-lo em sua integralidade. Contrário fosse, seria admitida sem embargos a prescindibilidade do próprio contrato.

Ainda, a segurança jurídica aqui decantada não está associada ao conservadorismo estéril. A opção legítima e democrática está em garantir a segurança das relações contratuais como o bem maior a ser assegurado pelo sistema político, sobremaneira porque é um "valor requisito" para os demais.²⁴³ Sem a segurança das relações contratuais não há liberdade, nem formal nem substancial, padece o Estado

²⁴³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **As revoluções utópicas dos anos 60**. São Paulo. Ed. 34, 2006. p.17.

Democrático de Direito, mínguam os bens de consumo, assombra-se o desenvolvimento como objetivo paralelo à realização da dignidade da pessoa humana.

5.3 A RACIONALIDADE E SUAS LIMITAÇÕES CULTURAIS

É preciso refinar a Análise Econômica do Direito, não com vistas à continuação dos seus predicados em realidades distintas, mas sim com a consideração de uma realidade brasileira que herda em seu código genético todas as vicissitudes de um *ethos* latino completamente diferente de seus pares anglófonos. É neste celeiro nativo que são criadas as instituições; e são as instituições que fazem as regras do jogo, por isso não podemos ignorá-las.

Da mesma forma que David Trubek, há aproximadamente 40 anos, em seu famoso artigo publicado em 1972, concluiu que "nenhum sistema de direito é puramente lógico, formal e racional"^{244,245}, os economistas modernos, cada vez mais cientes da importância do contexto institucional no qual estão inseridos os agente econômicos, despertam para as influências das chamadas "externalidades" nos resultados econômicos. Tais "externalidades", todavia, muitas vezes constituem uma roupagem diferente dada pelos economistas aos problemas já discutidos por juristas há tempos. Da mesma forma, muitas das recentes "descobertas" dos juristas modernos constituíram objeto de análise dos economistas em outras oportunidades.

²⁴⁴ TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. In: **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009. p.49.

²⁴⁵ Não se pode deixar de recordar que Herbert Simon foi essencial ao reconhecer que o modelo baseado nas escolhas racionais, que posicionava a melhor opção no mais alto grau de otimalidade, não traduzia com fidelidade a escolha máxima, mas sim a escolha possível. Segundo Simon, os agentes não dispunham de toda informação para efetivamente fazer a escolha mais eficiente, eis que estarão sempre limitados ao contexto do que lhes é facultado saber no momento da escolha. Pode-se anotar que essa iniciativa leva a crer que naquele momento havia, de fato, uma descoberta acerca de elementos "externos" à Economia que influenciavam significativamente no desenvolvimento econômico dos países, embora hoje se saiba que os economistas ainda levariam alguns anos para começar a elaborar uma metodologia que levasse em consideração a influência do ambiente institucional nos resultados econômicos (modernamente, com os trabalhos que passaram a identificar as organizações como feixes contratuais e que, portanto, o estudo dos contratos e seus mecanismos de garantias de adimplemento teriam fundamental relevância para a Economia). (Cf. SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v.69, n.1, p.99, Feb. 1955).

Oliver Williamson²⁴⁶, um dos mais significativos pesquisadores filiados à Nova Economia Institucional, deu o toque de caixa ao afirmar que devido às incertezas próprias dos ambientes negociais, bem como da eventualidade de nos confrontarmos com comportamentos oportunistas, e mesmo pela própria racionalidade limitada, as informações subjacentes relevantes para determinada operação podem ser conhecidas por uma ou mais pessoas, mas, inevitavelmente, não serão conhecidas por todos os envolvidos no processo negocial sem a incursão em algum custo de transação por uma das partes. Se as partes produzissem contratos completos, os chamados termos-padrão como a cláusula penal seriam desnecessários, visto que a totalidade das informações transformaria o mecanismo de oferta/demanda num ambiente perfeito da maximização dos benefícios buscados pelas partes.

A partir dos famosos trabalhos de Ronald Coase, pode-se afirmar que os economistas sofreram um choque de realidade, na medida em que se viram diante de influências institucionais que até então passavam ao largo da análise da escola da Economia Neoclássica.

Comentando os trabalhos do aludido professor, Decio Zilberstajn e Rachel Sztajn apontam o que reputam ser a principal contribuição de Coase: a identificação da *firma contratual*.²⁴⁷ Segundo os autores, "as organizações são relações contratuais coordenadas (governadas) por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos"²⁴⁸.

A partir desse momento, quando as organizações foram identificadas como feixes contratuais, tornou-se necessário para a Economia analisar detidamente os mecanismos de incentivos ao adimplemento contratual, os problemas de inadimplemento, a duração e as salvaguardas dos contratos.

O presente trabalho se concentra especificamente no problema dos ajustes contratuais com vistas à sua continuidade, vale dizer, à sua adaptação. Economistas e autores da Análise Econômica do Direito apontam, fundamentalmente, para dois problemas: (1) assimetria de informações (risco moral e seleção adversa);

²⁴⁶ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. **The American Economic Review**, Philadelphia, v.95, n.2, 2005.

²⁴⁷ ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.7.

²⁴⁸ *Id.*

(2) dependência econômica das partes e incompletude dos contratos. A adaptação se encontra relacionada a este segundo grupo de problemas.

A adaptação, segundo Williamson, é o problema central da organização econômica.²⁴⁹

Dado que contratos incompletos precisam ser adaptados em face dos obstáculos para os quais as provisões contratuais não foram feitas, ou o foram incorretamente no momento da contratação, a continuidade pode e será beneficiada a partir de um espírito de cooperação. Todavia, reside aí o problema: a continuidade pode ser posta em risco pelo abandono do espírito de cooperação, voltando-se à "estaca zero". Na má-adaptação às dificuldades é onde residem os principais custos de governança.²⁵⁰

Na realidade, a dependência econômica das partes, a incompletude dos contratos e a racionalidade limitada caminham lado a lado. A incompletude dos contratos é uma decorrência da racionalidade humana limitada, incapaz de elaborar contratos completos e que, portanto, pressupõem uma lógica de "eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais"²⁵¹, ou seja, as lacunas contratuais serão preenchidas posteriormente seguindo a lógica da eficiência. Tais lacunas, por sua vez, dão margem a situações de dependência econômica, eis que extremamente improvável o desenho de um contrato que não se depare com problemas diante de contingências fáticas inesperadas. À dependência econômica somam-se custos derivados de transação imprevista.

A ideia de dependência econômica das partes contratantes ganhou relevância com a discussão proposta por Oliver Williamson e Benjamin Klein, que introduziram o conceito de ativos específicos, cuja essência era a constatação de que em determinadas relações contratuais, muito comuns diga-se de passagem, a consecução dos resultados

²⁴⁹ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. **The American Economic Review**, Philadelphia, v.95, n.2, p.2, 2005.

²⁵⁰ Tradução livre do original: "*Given that incomplete contracts need to be adapted to disturbances for which contractual provision was not made or was incorrectly made at the outset, continuity can and will benefit from a spirit of cooperation. But therein lies the rub: continuity can be put in jeopardy by defecting from the spirit of cooperation and reverting to the letter. Maladaptation to disturbances is where the main costs of governance reside.*" (Id.).

²⁵¹ ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.109.

visados por uma das partes no contrato dependia de uma ação da outra parte, fato que, a princípio, não estava previsto na formalização do contrato.

A dependência econômica das partes consiste em uma dificuldade ao adimplemento contratual, na medida em que pode tornar-se extremamente difícil a identificação das obrigações entre as partes para a consecução dos objetivos contratuais, ou seja, a parte que cabe a cada uma para que o contrato cumpra com sua função ou resultado. Isso traz duas implicações fundamentais: primeiro a dependência econômica torna-se uma "fonte potencial de custos às transações"²⁵²; segundo, em virtude desta dificuldade de prever papéis dentro da relação contratual e da complexa negociação que a envolve, oportunidades são perdidas.

Tendo em vista o frequente surgimento de obstáculos durante uma relação contratual, os pesquisadores do Direito e da Economia têm se debruçado cada vez mais sobre o estudo de mecanismos de governança e adaptação que viabilizem a continuidade da relação. É nesse contexto que ganha relevância a adaptação. De acordo com a natureza da relação contratual, o grau de dependência econômica entre as partes e seus interesses, bem como o ambiente institucional no qual os contratantes estão inseridos, elaborar-se-ão mecanismos e oportunidades de adaptação que atualmente se mostram muito mais eficientes para a satisfação dos interesses e objetivos daqueles que contratam.

A discussão acerca da adaptação ganha relevância no contexto jurídico brasileiro, uma vez que vige no país um Código Civil repleto de cláusulas gerais, ou conceitos flexíveis, que podem ser interpretadas justamente como as "brechas" legais através das quais os contratos poderão ser adaptados. O Código Civil brasileiro privilegia a adaptação contratual, ainda, na medida em que observa a óptica do contrato como verdadeiro "processo" (os contratos podem ser visualizados como processo dinâmico, os quais não se extinguem com o simples adimplemento, ou inadimplemento).

Da mesma forma que os economistas foram acometidos por um "choque de realismo", com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, mediante os quais se mitigou a Economia Neoclássica, os juristas se viram na iminência de aproximar a realidade jurídica da realidade social.

²⁵² ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.128.

Assim, esta é mais uma ferramenta da qual os aplicadores do direito e os agentes econômicos dispõem atualmente para escapar da constrição gerada pelo positivismo jurídico, bem como da cisão do discurso jurídico, amarrando as concepções dogmáticas, filosóficas, sociológicas e, modernamente, econômicas (na medida em que, com essa "brecha" seja criado um ambiente propício ao exercício hermenêutico, brecha essa, inclusive, através da qual pode incidir a análise econômica do direito), buscando uma decisão que se coadune com os anseios da justiça e do desenvolvimento com base na pessoa humana e na continuidade da relação contratual, nos dizeres de Judith Martins Costa, à "tutela jurídica adequada à situação"²⁵³.

Essa é uma percepção do direito, aliada às contribuições das ciências sociais que trabalham o desenvolvimento, principalmente a Economia e a Sociologia, que pode superar os obstáculos que porventura interfiram na consecução dos objetivos contratuais, colaborando, assim, para a obtenção de melhores níveis de eficiência nas transações.

Sabe-se hoje que as instituições influenciam os mecanismos de troca, e por consequência a própria lógica contratual. Nesse ambiente em que o novo institucionalismo foi construído, algumas questões devem, necessariamente, ser contestadas diante do papel do Estado como única fonte normativa para estabelecer o nível ótimo de (in) cumprimento nas relações contratuais. Por tal razão, as instituições figuram como "fatores endógenos ao processo de desenvolvimento"²⁵⁴. Na continuação dos estudos institucionalistas a Teoria da Racionalidade Limitada tomou corpo, e hoje alguns autores chegam a conceber uma ideia de racionalidade pressionada por influências de ordem não somente marginalista, mas também cultural, de gênero ou mesmo regional (*cultural constraints*). O que mais impressiona é constatar a existência de certa ordem ética constricta a determinado grupo social, formando uma "comunidade moral" ligada por laços cooperativos, tendentes a construir ordens

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. Tomo I. p. 8.

²⁵⁴ SEABRA, Fernando; FORMAGG, Lenina; FLACH, Lisandra. O papel das instituições no desenvolvimento econômico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luís Otávio (Org.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.74.

privadas de punição ao comportamento oportunista²⁵⁵, bem como gratificação ao comportamento cooperativo. Em casos como este é notável a ausência de mecanismos públicos na coordenação da solução dos conflitos. Pode-se admitir que o caso brasileiro é *sui generis*, o que leva a desenvolver uma abordagem inserida no contexto nacional para tratar do cumprimento contratual como marca característica de um povo ou nação, mesmo porque o desenvolvimento local não é uma fórmula homogênea, como se explicou anteriormente. Para tanto, é preciso saber como são identificados os vícios do comportamento cultural do brasileiro.²⁵⁶

O brasileiro ama o Estado. Com essa afirmação Alberto Carlos Almeida constatou que valer-se do Estado para a solução dos conflitos sociais é uma atitude incontestável por parte dos brasileiros.²⁵⁷ Em seu questionário nominado Pesquisa Social Brasileira (PESB), 80% (oitenta por cento) dos entrevistados consideram que a Justiça deve ser um monopólio estatal. A mensagem passada pela pesquisa revela a dependência do governo como instituição de distribuição de justiça, o que de certa forma torna qualquer política de emancipação individual totalmente dependente da ação do Estado.²⁵⁸

²⁵⁵ O estudo de Landa e Wang demonstrou como uma instituição não formal, como a comunidade mercadores chineses de Hookikien, localizada no sudeste asiático, trabalha com as relações contratuais com os insiders e os outsiders, onde o papel da heurística nas relações contratuais transforma os custos de transação e os custos de informação. (WANG, Xiao T.; LANDA, Janet T. Bounded Rationality of Economic Man: Decision Making Under Ecological, Social and Institutional Constraints. *Journal of Bioeconomics*, n.3, p.230, 2002).

²⁵⁶ Segundo Roberto DaMatta, tornar-se pessoa é afastar-se do universalismo individualista das regras gerais. Numa interessante análise antropológica, DaMatta reflete a incessante busca dos brasileiros em fazerem-se notar mediante métodos não ortodoxos de relacionamento social, donde a busca por uma diferenciação dos "iguais" desemboca na a prática do "jeitinho", ou mesmo nos atos de posicionamento hierárquico, como o "sabe com que está falando?". (Cf. DaMATTa, Roberto. **Carnaval, malandros e heróis**. São Paulo: Rocco, 1997).

²⁵⁷ ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

²⁵⁸ A reflexão sobre a incapacidade educacional do indivíduo como ser autônomo é bem abordada por Carlos Alberto de Almeida: *Mais dependentes de iniciativas governamentais, os brasileiros pobres acreditam que cabe ao Estado intervir mais na economia e na vida dos indivíduos. O que não é difícil de entender: baixos níveis de escolaridade resultam em renda mais baixa; a renda mais baixa leva a um sentimento de incapacidade e impotência. Essa situação de carência em que vivem os leva a considerar o Estado uma espécie de "grande pai protetor", aquele que tem os recursos e vai olhar por ele, pobre. Opinião oposta à dos não-pobres.* (*Ibid.*, p.179).

Não é por acaso que a discussão se repete em torno da luta de classes. O Estado-juiz é chamado a reequilibrar as forças "malignas" que atuam em um ambiente de incompleta injustiça, apoiando-se não raras vezes em conceitos de tamanha fluidez que poderiam servir uma infinidade de situações faticamente distintas umas das outras. Esta visão da função social dos contratos empenha-se em tornar a pobreza mais confortável, e não a prosperidade mais palpável. Ao buscar culpados nas relações contratuais, tornando o jogo social uma peleja entre ricos e pobres, a Justiça esmera-se naquilo que Sérgio Buarque de Holanda já identificava como ética ibérica: uma eterna sonolência coletiva que não antevê outras soluções senão a busca incessante de alguma instituição externa que tudo abastece, revelando a carga genética que sempre influenciou a construção da sociedade brasileira.

Efetivamente, as teorias negadoras do livre-arbítrio foram sempre encaradas com desconfiança e antipatia pelos espanhóis e portugueses. Nunca eles se sentiram muito à vontade em um mundo onde o mérito e a responsabilidade individual não encontrassem pleno reconhecimento.

Foi essa mentalidade, justamente, que se tornou o maior óbice, entre eles, ao espírito de organização espontânea, tão característico de povos protestantes, e sobretudo de calvinistas. Porque, na verdade, as doutrinas que apregoam o livre-arbítrio e a responsabilidade pessoal são tudo, menos favorecedoras da associação entre os homens. Nas nações ibéricas, a falta dessa racionalização da vida, que tão cedo experimentaram algumas terras protestantes, o princípio unificador foi sempre representado pelos governos. Nelas predominou, incessantemente, o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior, que, nos tempos modernos, encontrou uma das suas formas características nas ditaduras militares.²⁵⁹

Diante de um contrato de desiguais potencialidades econômicas, fica ainda mais evidente o comportamento oportunista de todas as partes envolvidas nessa relação, razão pela qual as grandes corporações também se aproveitam da pantomima jurídica brasileira. Ao serem demandadas por contratos desequilibrados, tais empresas "espalham" os custos das incontáveis condenações judiciais pelos inúmeros outros contratantes, numa forma de amortizar suavemente suas externalidades. O espírito ibérico que deposita a resolução de um conflito unicamente na entidade estatal cega os caminhos que podem trazer proposições mais eficientes. Uma primeira ideia

²⁵⁹ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, (Edição Comemorativa do Aniversário de 70 Anos). p.24.

orgânica de desenvolvimento poderia conferir incentivos aos comportamentos cooperativos, em que a resolução extrajudicial fecunda interações positivas. Pode-se afirmar que o custo dessa superestrutura legal preestabelecida²⁶⁰, ao invés de proporcionar um ambiente onde o cumprimento impulsiona um círculo virtuoso de respeito aos pactos, incentiva a construção de uma barreira cultural que não se alia à noção de desenvolvimento, na qual a ideia de justiça está conectada à prestação pública do serviço judicial.

Não só isso. A crítica classista acerca do viés protetivo que paira sobre o judiciário brasileiro é comumente disseminada nos meios empresariais.²⁶¹ A ideia geral de que existe certa inclinação nas decisões judiciais a favor dos devedores, portanto um entrave institucional ao ambiente contratual, só eleva uma esquizofrênica sensação de que o Brasil não está preparado para uma nova fase do desenvolvimento.

Se, por um lado, existe essa desconfiança generalizada por parte das organizações privadas, não menos desconfiado é o jurisdicionado economicamente mais vulnerável. Mesmo quem não tem o ônus de arcar financeiramente com as demandas judiciais, no caso eventuais beneficiários da gratuidade da justiça, suporta custos de outra natureza. Ao receber prestação judicial demasiadamente lenta, vinculada a um sistema jurídico que não satisfaz as necessidades de forma rápida, o jurisdicionado chega à conclusão que o custo da oportunidade ao litigar por tempo indeterminado não maximiza o seu benefício. Vemos hoje que a taxa de desaprovação do sistema judiciário vem crescendo a olhos vistos, sobretudo na faixa da população

²⁶⁰ *"Tal afirmativa é alicerçada pela necessária constatação de que os direitos e deveres advindos da tomada de decisão individual são, em verdade, interesses recíprocos se verificada a necessária convivência em sociedade. Portanto, o direito de um pressupõe o dever de outro, ou, ainda, o direito de alguém pode concorrer com o direito de outrem, na medida em que se supera a estrita visão impositiva de condições legais pré-estabelecidas e, percebendo-s a reciprocidade entre os motivadores da ação das partes de possível conflito, procura-se a eficiente negociação dos interesses colimados."* (GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Law and Economics e o justo direito do comércio internacional*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.39).

²⁶¹ O interessante levantamento empírico apresentado por Luciana Yehung, realizado sobre as decisões do Superior Tribunal de Justiça, fulmina a ideia comumente disseminada sobre a existência de um viés dos magistrados, de forma a favorecer a parte hipossuficiente. O mito sobre o "juiz libertador" influencia negativamente o ambiente econômico, fazendo minguar a cadeia de crédito, aumentar a taxa de juros e restringir os investimentos. (YEUNG, Luciana; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Neither Robin Hood Nor King John: Measuring the Anti-Debtor Bias in Brazilian Judges**. Trabalho apresentado no 3.º Encontro da Associação Brasileira de Direito e Economia, Belo Horizonte, MG, 2010).

com renda média familiar até R\$ 1.000,00 (mil reais)²⁶², justamente no seio daqueles que, teoricamente, são os mais carentes de proteção judicial.

Esse retrato do absurdo reflete o paradoxal do sistema jurídico brasileiro.

5.4 O PLURALISMO JURÍDICO E O PAPEL DOS CONTRATOS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

No campo do desenvolvimento, sociólogos, juristas, economistas e demais cientistas sociais, que procuraram estabelecer as relações entre as ordens jurídica, social, econômica e política, em um esforço que visava traçar pressupostos para o desenvolvimento, também chegaram a um ponto em que reconheceram as limitações de suas investigações, na medida em que se procurava uma fórmula universal e hermética (David Trubek falava em uma "concepção central"²⁶³). Trubek, sentenciando, já em meados dos anos 70, que essa tendência generalizante "orientou mal o estudo sobre direito e desenvolvimento ao afirmar que um tipo de direito – aquele encontrado no Ocidente – é essencial para o desenvolvimento econômico, político e social do Terceiro Mundo". E logo adiante o autor expõe o que entende ser o motivo das distorções e imprecisões, sustentando que "essa conclusão decorre da concepção central etnocêntrica e da generalização evolucionista da história ocidental"²⁶⁴. Segundo essa concepção, as relações entre Direito e Desenvolvimento são consideradas invariáveis, motivo pelo qual, diz o autor, "a concepção central está mais preocupada com a exportação de sistemas ocidentais do que com esforços para compreender a vida jurídica do Terceiro Mundo"²⁶⁵.

²⁶² RELATÓRIO de do índice de Confiança no Judiciário. Fundação Getúlio Vargas, 3.º trim. 2009. p.10. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/ReIIICJBrasil3TRI2009site.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

²⁶³ TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.56 e 65.

²⁶⁴ *Ibid.*, p.53.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.67.

Os juristas, por sua vez, também se depararam com limitações teórico-metodológicas e tentam há algumas décadas aproximar o Direito da realidade social, na medida em que o positivismo jurídico revelou-se um método insuficiente para regular as dinâmicas e complexas relações entre as pessoas. Vale dizer, com o tempo percebeu-se que as velozes evoluções nas formas de interação humana cada vez mais escapavam à regra da suficiência regulatória do direito positivo.

Tudo isto leva, nas palavras de Judith Martins-Costa, a se "ponderar sobre a conveniência de serem utilizados parâmetros concretos na visualização da categoria formal do 'sujeito de direito', observando-se a pessoa por intermédio dos filtros de pluralização da subjetividade jurídica"²⁶⁶.

Da mesma forma que os economistas foram acometidos por um "choque de realismo", a partir da releitura dos trabalhos pioneiros Ronald Coase, em especial o desenvolvimento da Nova Economia Institucional²⁶⁷, por meio dos quais se abrandaram os efeitos da Economia Neoclássica, os juristas se viram na iminência de aproximar a realidade jurídica à realidade social.

Essa concepção faz com que se aborde a pessoa por detrás do sujeito de direito. Muitas vezes este sujeito, pluralizado, é tratado de maneira mercantilizada, escondido, abstrato de referência à aplicação das normas jurídicas e na análise meramente externa do fenômeno jurídico obrigacional. Martins-Costa não pretende com isso abandonar a categoria do "sujeito de direito", ao contrário, a autora defende a sua existência, no entanto alerta que "é preciso atentar para que não se esconda, atrás da noção abstrata, a rica variedade de situações existenciais, de posições jurídicas subjetivas concretamente detectáveis na prática social e merecedoras de tutela jurídica"²⁶⁸.

Ampliada esta ideia ao campo do Direito e Desenvolvimento, David Trubek parece sintonizar com as afirmações da autora, ressaltando a utilidade de generalizações, desde que realistas:

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. Tomo I. p.8.

²⁶⁷ Conforme importante estudo realizado pelos autores Decio Zilbersztajn e Rachel Sztajn, organizadores da obra "**Direito e economia**". Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p.7-8.

Os estudiosos do direito devem evitar duas grandes deficiências dos esforços anteriores. Eles precisam impedir que suas preferências de valor e seus preconceitos intelectuais os deixem cegos para os fenômenos reais da vida jurídica no Terceiro Mundo. Ao mesmo tempo, precisam tentar construir categorias conceituais mais precisas e universais conducentes a generalizações realistas.²⁶⁹

Assim, conceitos flexíveis como a "função social" ou a "boa-fé" sobre os quais se discutiu acima, constituem uma "brecha", pela qual pode incidir a análise econômica e a introdução do discurso ético na operacionalização do direito, em superação às principais críticas contemporâneas das ciências de um modo geral: o reducionismo, a cisão, a visão mecanicista do mundo, todos fundamentados no método científico cartesiano.²⁷⁰

Nesse contexto, os cientistas sociais, dentro das principais ciências que procuram analisar e explicar o desenvolvimento chegaram a um ponto em que suas teorias encontraram importantes limitações, quando não trabalharam uma concepção transdisciplinar. Foram obrigados, portanto, primeiro, a reconhecer a insuficiência de um ponto de vista jurídico ou econômico que se propõe completo e, segundo, a recorrer a outras áreas do conhecimento humano que traziam elementos importantes ao avanço das investigações. Os resultados mais significativos, todavia, começaram a se tornar mais claros à medida em que se percebia que nenhuma fórmula de desenvolvimento era universal, aplicável com êxito indistintamente em qualquer contexto social; que nenhum sistema jurídico era apto, por si só, a explicar o desenvolvimento; e que o crescimento econômico não implica necessariamente e automaticamente desenvolvimento.

²⁶⁹ TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.121.

²⁷⁰ Para Edgar Morin, é "*preciso encontrar o caminho de um pensamento multidimensional que, é lógico, íntegro e desenvolva formalização e quantificação, mas não se restrinja a isso. A realidade antropológica é multidimensional; ela contém, sempre, uma dimensão individual, uma dimensão social e uma dimensão biológica. O econômico, o psicológico e o demográfico que correspondem às categorias disciplinares especializadas são as diferentes faces de uma mesma realidade; são aspectos que, evidentemente, é preciso distinguir e tratar como tais, mas não se deve isolá-los e torná-los não comunicantes. Esse é o apelo para o pensamento multidimensional. Finalmente e, sobretudo, é preciso encontrar o caminho de um pensamento dialógico. O termo dialógico quer dizer que duas lógicas, dois princípios, estão unidos sem que a dualidade se perca nessa unidade: daí vem a idéia de 'unidualidade' que propus para certos casos; desse modo, o homem é um ser unidual, totalmente biológico e totalmente cultural a um só tempo.*" (MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.p.189).

Denota-se aí uma convergência fundamental. Tanto a Economia quanto o Direito trabalham nos dias de hoje com um objetivo bem claro: a realização da pessoa humana em sua plenitude. O campo do Direito e Desenvolvimento não ficou alheio a esta evolução. Tem-se uma eficiente medida de desenvolvimento de um país olhando para a garantia das liberdades dos indivíduos, níveis educacionais, expectativa de vida, distribuição da riqueza, enfim, questões que nos levam à análise da dignidade humana.

Intencionalmente colocamos em vias de choque duas correntes de pensamento jurídico supostamente antagônicas. A Análise Econômica do Direito e a Constitucionalização do Direito Civil. No curso do presente trabalho restou claro o desgaste que tais teorias sofreram, justamente por suporem fórmulas herméticas, perfeitas e acabadas. Na verdade, deve-se ter em mente que a constitucionalização do direito civil é uma realidade na sociedade brasileira, cujos princípios se encontram em fase de plena construção.

Percebemos também que o contrato é sem dúvida um instrumento vital para o desenvolvimento de qualquer agrupamento humano. Tanto assim que a figura instrumental do contrato não se reduz às formas previstas em lei. O contrato é um fenômeno social, suas implicações espalham efeitos por toda a sociedade. Por tais razões as lições do passado não podem ser esquecidas²⁷¹, o que nos leva a admitir

²⁷¹ Eventos contemporâneos diferem da história pelo fato de que nós não sabemos os resultados que eles produzem. Olhando para trás, nós podemos avaliar a significância das ocorrências passadas e trilhar as consequências que elas trouxeram consigo. Mas enquanto a história percorre o seu curso, não é história para nós. Ela nos leva a uma terra desconhecida e raramente nós podemos ter uma vaga noção do que virá pela frente. Seria diferente se nos fosse permitido viver uma segunda vida passando pelos eventos com todo o conhecimento do que nós vimos anteriormente. Quão diferente as coisas se mostrariam para nós; quão importante e por vezes alarmante pareceriam as mudanças que nós agora quase não notamos. É provavelmente bom o fato de o homem nunca poder ter esta experiência e saber que não há leis que a história deve obedecer. Ainda, apesar de a história nunca se repetir exatamente, e justamente em decorrência de nenhum desenvolvimento ser inevitável, nós podemos em parte aprender com o passado para evitar a repetição do mesmo processo. Não precisa ser nenhum profeta para se atentar aos perigos. Uma combinação acidental de experiência e interesse geralmente irá revelar eventos a um homem sob aspectos os quais poucos já viram. (HAYEK, Friederich A. Von. **Road to Serfdom**: texts and documents. London: The University of Chicago Press, 2007. p.57). No original: "*Contemporary events differ from history in that we do not know the results they Will produce. Looking back, we can assess the significance of past occurrences and trace the consequences they have brought in their train. But while history runs its course, it is not history to us. It leads us into na unknown land, and but rarely can we get a glimpse of what lies ahead. It would be different if knowledge of what we have seen before. How different would things appear to us; how important and often alarming would changes seem that we now scarcely notice! It is probably fortunate that man can never have this experience and knows of no laws which history must obey.*"

que o estudo contemporâneo do direito e desenvolvimento não pode ficar alheio a estas observações, vale dizer, não pode avançar se não partir de pressupostos erigidos com base nos erros e acertos do passado.

Também não podemos diminuir o papel essencial que o Estado assume ao promover o desenvolvimento, pois, "na medida do possível, o Estado deve ser um manipulador de incentivos"²⁷². Neste contexto político, o Poder Judiciário, como instrumento legítimo do Estado para distribuição da justiça, deve identificar os aspectos favoráveis ou limitativos ao desenvolvimento econômico, eis que permite estimular inúmeros mecanismos de desenvolvimento econômico.

Em vista disso, torna-se substancial reconhecer que a jurisprudência é o termômetro das relações sociais. As decisões jurídicas espalham-se pelo campo do Direito e Desenvolvimento, por isso a constatação das limitações acerca de uma "concepção central" para o desenvolvimento, formulada basicamente por autores norte-americanos a partir da década de 1960, estava "mais preocupada com a exportação de sistemas ocidentais do que com esforços para compreender a vida jurídica do Terceiro Mundo"²⁷³.

Mas a unificação da jurisprudência, considerando apenas os aspectos marginalistas da eficiência econômica, não se basta para realizar a razão maior de qualquer sociedade, a realização do homem como ser capaz de emancipar-se como tal. Esta libertação varia de sociedade para sociedade, e tem influências culturais históricas que não podem passar despercebidas. Trubek já falava acerca de mudanças tão profundas na concepção de Estado que alterarão suas feições como o conhecemos atualmente. Pode-se afirmar que tais mudanças redesenharão o papel do Estado:

Yet, although history never quite repeats itself, and just because no development is inevitable, we can in a measure learn from the past to avoid a repetition of the same process. One need not be a prophet to be aware of impending dangers. An accidental combination of experience and interest will often reveal events to one man under aspects which few yet see."

²⁷² CAMPOS, Roberto de Oliveira. **A lanterna na popa**: memórias. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p.319.

²⁷³ TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.67.

Como se fala de "governança corporativa" e "auto-regulação dos mercados", fala-se também, cada vez mais, da importância da atuação de organizações não-governamentais, da necessidade de empoderar (*empower*) os cidadãos e da criação de estruturas políticas abertas à participação dos interessados (*stakeholder participation*) no processo de tomada de decisões. Em todos os casos, estamos lidando com instituições destinadas a estabelecer a comunicação da periferia com o centro do sistema político, ou que simplesmente criam mecanismos de tomada de decisão que funcionam à sua margem, o que não significa, necessariamente, que não estejam submetidos a limites e mecanismos de controle. Para usar uma linguagem habermasiana, pode ser que a radicalização da democracia nestes termos implique a realização de reformas institucionais profundas, que irão mudar as feições do Estado como o conhecemos e, conseqüentemente, a relação entre público e privado.²⁷⁴

No âmbito contratual, como se viu, desenvolvimento significa criar condições para que as próprias partes tenham possibilidades de restabelecer a ordem e lutar pela conservação das relações contratuais. Tal previsibilidade conta, inexoravelmente, com os desígnios jurisprudenciais. Isso é importante em se tratando de relações contratuais, tendo em vista que nenhum contrato é integralmente completo (impossibilidade de o contrato prever *ex ante* a solução para todos os riscos aos quais as partes estão sujeitas durante a transação).

Por outro lado, as experiências no campo do Direito e Desenvolvimento têm mostrado que "os mercados não criam as condições para sua própria operação, e assim, para que funcionassem bem seriam necessárias grandes reformas institucionais"²⁷⁵. Por isso, imprescindível a compreensão de que todas as formas de absolutismo, seja o jurídico, seja o econômico, acabam por afastar a sociedade da ideia de desenvolvimento e da experiência jurídica, a qual é muito mais ampla do que as regras produzidas pelo Estado.

Por que sempre que se fala em liberalismo, pressupõe-se como conceito diametralmente oposto a garantia dos direitos fundamentais? Por que a abordagem que enfatiza o crescimento puxado pelas exportações, mercados livres, privatizações e investimentos estrangeiros, como chaves para o crescimento, não anda de mãos dadas com um cenário privado livre de desequilíbrios e arbitrariedades garantido por

²⁷⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.XXI.

²⁷⁵ TRUBEK, David M. O império do direito na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.201-202.

um sistema jurídico que privilegia a dignidade humana e a produção normativa vinda do seio da sociedade?

Nesse sentido, importante o alerta de que há valores que não são alcançáveis por meio do direito, por meio de instrumentos jurídicos, e que nem por isso, todavia, deixam de constituir fundamentos humanos primordiais que refletem a experiência jurídica.²⁷⁶ Por fim, neste campo do direito e desenvolvimento, deve-se ter cuidado para que a análise empírica não seja envenenada pela ânsia em validar as teorias com explicações que não se verificam na realidade local analisada, vale dizer, não se pode comprometer a pesquisa científica, lhe retirando credibilidade, somente no intuito de aparentemente confirmar as especulações ou esperanças do pesquisador.

A verdade é que, apesar das constantes ameaças pelas quais o campo de estudos do Direito e Desenvolvimento passou, nunca se discutiu tanto o papel do Estado e as repercussões do direito no âmbito econômico.²⁷⁷

De fato, o Estado tem a missão de aprimorar o desenvolvimento de uma sociedade, não apenas o seu crescimento econômico. Por isso as decisões judiciais são fundamentais para realizar tal tarefa. Veja-se, ainda, que as duas correntes jurídicas que se mostram aparentemente antinômicas, nada mais buscam se não o mesmo fim. Este objetivo final, encartado na Constituição Federal como valor máximo a ser buscado pelo Estado, revela senão uma bem sonante conclusão: a economia e o direito buscam, ao fim e ao cabo, realizar a dignidade humana. E o desenvolvimento é o caminho, e não um fim em si mesmo.

²⁷⁶ "Dizem Stein e Shand que outros valores há, que operam no direito, além da ordem, justiça e liberdade. Porém, alguns, como a utilidade, se ainda são jurídicos, são secundários em relação àqueles três. Outros valores, como a piedade e o amor, que ainda se refletem no direito, já nem sequer são jurídicos, porque não são alcançáveis por meio de instrumentos jurídicos". (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p.11, nota de rodapé n.º 17).

²⁷⁷ Pode-se aceitar, como premissa inicial, que os ordenamentos jurídicos possuem uma relação de causa e efeito com os sistemas econômico-sociais. O impacto das normas internacionais nos sistemas jurídicos nacionais aprofunda a complexidade desta relação, criando um desafio analítico multidisciplinar." (BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Se um homem começar com certezas, irá acabar em dúvidas; mas se se contentar em começar em dúvidas, acabará com certezas"²⁷⁸. Com esta frase do filósofo inglês Francis Bacon, Will Durant pretende demonstrar em sua "História da Filosofia" como é comum no meio acadêmico os pesquisadores determinarem, segundo sua vontade, as questões que pretendem investigar e, então, eles passam a apelar "para a experiência; e forçando-a a adaptar-se à sua vontade, leva-a de um lado para outro como uma prisioneira em uma procissão"²⁷⁹.

Talvez esse possa ser resumido como o maior problema metodológico enfrentado pelas ciências sociais, não só nos dias de hoje, mas ao longo de toda a sua história. Isso não quer dizer que os avanços e as possibilidades trazidos com as teorias e estudos até então perpetrados não tenham relevância, mas que grande parte desses estudos sofrem limitações que necessitam ser compreendidas.

Por outro lado, não se quer defender a ilusória neutralidade do pesquisador na produção de conhecimento. Dizer que o investigador não deve partir de certezas, mas de dúvidas, não significa o mesmo que defender a possibilidade, ainda mais em se tratando de ciências sociais, do afastamento total entre sujeito observador e o objeto a ser analisado. Ao contrário, é preciso ter ciência do papel das visões sociais de mundo dos cientistas na produção de conhecimento da realidade que os circunda.

Segundo Michel Löwy, é importante se ter em mente como é que as diferentes maneiras de interpretar cientificamente a realidade se relacionam com os valores e as visões sociais de mundo. Löwy destaca três principais proposições metodológicas a respeito dessa relação: o positivismo, o historicismo e o marxismo. Segundo o autor, podemos encontrar

²⁷⁸ DURANT, Will. **História da filosofia**. Rio de Janeiro: Record, 1991. p.115.

²⁷⁹ *Ibid.*, p.113.

vários cruzamentos, várias fertilizações recíprocas entre essas três correntes, que não são correntes hermeticamente fechadas, mas concepções fundamentais para enfrentar o problema da relação entre os valores e a ciência, as ideologias e a ciência, as utopias sociais e a ciência, o conhecimento e a luta de classes.²⁸⁰

Para a análise de alguns problemas enfrentados nesta pesquisa, foi importante a breve investigação acerca da primeira destas proposições teórico-metodológicas referidas por Michael Löwy e o que este autor se propôs a fazer: "analisar o positivismo de maneira histórico-social, em sua evolução".

De acordo com Löwy, a hipótese fundamental do positivismo

é de que a sociedade humana é regulada por leis naturais, ou por leis que têm todas as características das leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana, tal como a lei da gravidade ou do movimento da terra em torno do sol: pode-se até procurar criar uma situação que bloqueie a lei da gravidade, mas isso se faz partindo de que essa lei é totalmente objetiva, independente da vontade e da ação humana. Deste modo, a pressuposição fundamental do positivismo é de que essas leis que regulam o funcionamento da vida social, econômica e política, são do mesmo tipo que as leis naturais e, portanto, o que reina na sociedade é uma harmonia semelhante à da natureza, uma espécie de harmonia natural.²⁸¹

Consequentemente, os métodos e procedimentos nesta investigação acerca da realidade social seriam exatamente os mesmos utilizados na busca pelo conhecimento acerca da natureza. As ciências sociais deveriam funcionar, portanto, segundo a lógica da *objetividade científica*.

Significa dizer que a "concepção positivista é aquela que afirma a necessidade e a possibilidade de uma ciência social completamente desligada de qualquer vínculo com as classes sociais, com as posições políticas, os valores morais, as ideologias, as utopias, as visões de mundo. Todo esse conjunto de elementos ideológicos, em seu sentido amplo, deve ser eliminado da ciência social."²⁸²

O mais interessante neste momento, é notar que, em que pese ter se tornado uma filosofia conservadora, o positivismo, em sua origem, ilustrava uma

²⁸⁰ LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1985. p.35.

²⁸¹ *Id.*

²⁸² *Ibid.*, p.36.

visão de mundo revolucionária. Em um primeiro momento, o positivismo surgiu, influenciado pela filosofia das luzes do século XVIII, como forte reação da sociedade que passou a criticar a ideologia "clerical, feudal, absolutista"²⁸³.

Duas lições importantes podem ser apreendidas a partir do que se pesquisou no presente trabalho. A produção de conhecimento totalmente livre dos valores e visões de mundo daquele que o produziu é uma ilusão, assim como pode se tornar ilusória a aplicação de uma ideia em outro contexto histórico-cultural, com o qual não guarde qualquer relação ou pertinência. Francisco Amaral afirma que "as estruturas jurídicas não são neutras, e os sistemas de direito não se constituem em instrumentos técnicos para fins de qualquer natureza, mas para a realização dos valores essenciais da sociedade de que emergem."²⁸⁴

A tentativa de elaboração de fórmulas universais que expressem a realidade social tal como proposto por Émile Durkheim, ou de fórmulas universais de sistemas jurídicos que poderiam ser indistintamente aplicadas a qualquer contexto social que, automaticamente, redundariam em desenvolvimento econômico, como acreditara a corrente teórica norte-americana intitulada *Law and Development* (que até hoje inspira agências internacionais), analisada no capítulo 3, são exemplos de como a concepção positivista pode influenciar a vida humana, nas suas mais variadas manifestações.

Assim como, segundo Keith Thomas²⁸⁵ em sua obra *Religião e o Declínio da Magia: crenças populares na Inglaterra, séculos XVII e XVIII*, a religião oferece o alicerce moral para o domínio humano sobre a natureza, o positivismo oferece o alicerce científico para a conservação das relações de domínio das classes governantes.

²⁸³ LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1985. p.37.

²⁸⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.111.

²⁸⁵ Na realidade, Keith Thomas expressa mais claramente outro grande problema, em sua obra intitulada *O Homem e o Mundo Natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais*, verificado com bastante frequência nos meios acadêmicos: dicotomias criadas pela racionalidade moderna. Assim, verifica-se a separação entre o homem e a natureza, fundamentado-se o domínio do primeiro sobre esta. Da mesma forma, surgem dicotomias entre a forma e conteúdo, indivíduo e sociedade, que simplificam uma realidade muito mais complexa, que abrange perspectivas que estão intimamente conectadas e interdependentes. Levi-Strauss é um autor que procura superar esta dicotomia, ao trabalhar em seu primeiro livro, "Estudos Elementares das Relações de Parentesco" a superação da dicotomia natureza *versus* cultura. Norbert Elias é também um autor que supera outra dicotomia, desta vez, a verificada entre o homem e a natureza.

Aliás, no campo econômico, nos dias atuais resta ainda mais clara a importância da academia na justificação de sistemas que são amplamente desiguais, como o mercado especulativo que culminou na grande crise em 2008 de grandes instituições financeiras de *Wall Street*.

No Brasil, há inúmeros exemplos de ideias *fora do lugar* ou descontextualizadas que podem comprometer a análise que se pretende científica. O Código Civil de 1916 pode ser considerado positivista, como insinua grande parte da doutrina civilista nacional, mas todo o contexto que o envolvia não. Muito pelo contrário, a análise histórica feita no capítulo 2 desta pesquisa mostra que a filosofia positivista não cabe na sociedade brasileira, assim como é difícil falar em liberalismo econômico no Brasil – uma sociedade patriarcal e agrária. Nesse sentido, é preciso identificar o objeto a ser analisado. Se estão sendo analisadas apenas as fontes jurídicas (ordenamentos, corpo de normas etc.), talvez se possa falar em influência positivista. Deve-se pensar, contudo, que os corpos de normas frequentemente não expressam fielmente a realidade social a qual pretendem regular, vale dizer, não representam, ou o fazem muito limitadamente, todo o contexto social que envolve os textos normativos. Daí a necessidade de descer às fontes primárias.

Devemos posicionar a produção de conhecimento dentro de um contexto cultural do qual ele emerge. Esses elementos não necessariamente precisam aparecer expressos no texto, mas devem estar presentes na concepção daquele que produz. E em qualquer investigação há, de fato, uma relação entre as pistas (provas) e a retórica (abstrações), de modo que se torna imprescindível a ponderação entre a história positivista (narrativa) e a história retórica (abstrações generalizantes).

O direito ainda é trabalhado de forma predominantemente abstrata na academia, facilitando a apropriação do direito pelo discurso econômico, por exemplo. É preciso olhar mais para a terra, partir de baixo, olhar para a rua, para a sociedade. Essa perspectiva pode contribuir para que o direito retome posição e reaja em face das novas formas de moldura de comportamentos, de vigilância e de limitação na produção de conhecimento. Uma sociedade que se preocupa apenas com a igualdade formal dos indivíduos é uma sociedade que fragmenta o jurídico do econômico, bem como o político do econômico.

É preciso uma mediação entre o individualismo e a ordem social, complexificando a dicotomia Estado *versus* indivíduo. É preciso refletir se o sujeito, para o direito, é realmente livre. Juridicamente o sujeito pode até ser considerado livre, mas no plano

dos desejos ele muitas vezes continua dependente. Analisar a liberdade é um trabalho necessariamente transdisciplinar.

Nesse sentido se questiona a ordem aparente, vale dizer, a falsa percepção de ordem causada pelo direito como poder e não como ordenamento, que fragmenta o indivíduo. Por isso é que se pretendeu ao longo da presente dissertação uma análise que não naturalize esse tipo de visão fragmentadora. Esta ordem aparente, que na verdade é fragmento do saber e do indivíduo, não é natural.

Em suma, nós construímos o mundo em que vivemos e também somos construídos por ele. Todas estas novas concepções filosóficas, biológicas e cognitivas, fazem com que o conhecimento seja constituído e não instituído, ou seja, o indivíduo é responsável pela produção do meio no qual se encontra inserido. Uma visão atenta à complexidade que envolve estas concepções, pode levar a humanidade a um caminho de retorno à coletividade, ou, ao menos, a um refreamento dos impulsos mercadológicos que movem a civilização contemporânea, introduzindo a noção da coexistencialidade de seres humanos de sentimentos e necessidades, em superação a mentalidade individualista.

Assim é que a transdisciplinariedade se faz presente na perspectiva proposta pela teoria da complexidade, que recentemente alcançou pesquisas jurídicas, trazendo elementos que transitam da psicanálise, passando pela antropologia ao folclore.

Essas reflexões trazidas pela teoria da complexidade podem enriquecer o debate jurídico, uma vez que o direito permanece sendo trabalhado sob uma óptica predominantemente abstrata na academia, facilitando a sua apropriação pelo discurso econômico. A perspectiva metodológica lançada pelos autores que propõem uma visão complexa acerca do fenômeno jurídico, pode contribuir para que o direito retome posição e reaja ao nítido controle do capital.

No âmbito específico do direito, há autores que desempenham papel semelhante na desmitificação de análises que olham para o passado com as lentes do presente. Ao desmitificar o universo jurídico medieval, por exemplo, Paolo Grossi²⁸⁶ redescobre

²⁸⁶ Consultar GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

uma realidade jurídica plural, que oferece novas interpretações acerca do fenômeno jurídico, como manifestação de uma sociedade complexa que também se manifesta politicamente, economicamente, demograficamente, geograficamente etc.

E, assim, retorna-se ao início destas breves reflexões, na medida em que se redescobrem a incompletude e a constante construção de uma realidade social complexa que se expressa de várias formas.²⁸⁷ Assim como a figura do Estado, os indivíduos, como singularidades que produzem singularidades²⁸⁸, constituem realidade complexa que não pode ser apreendida por um olhar compartimentalizado.

Para que a pesquisa jurídica resulte em efetiva contribuição social, é preciso que o pesquisador aceite partir de dúvidas e de experiências culturais concretas, que sirvam de base para a construção de conhecimento científico potencialmente útil para a produção de novos conhecimentos.

Diante do percurso desenvolvido ao longo do presente trabalho, resta evidente que a experiência e cultura jurídico-privada brasileira passam por transformações que, embora estejam conectadas a uma mudança global ligada à esfera econômica, encontram peculiaridades que dizem respeito às raízes históricas e sociológicas do Brasil.

Em importante superação da dicotomia público/privado, é preciso verificar qual é o interesse juridicamente tutelado. Tem-se um Código privado (Código Civil) que prevê expressamente que a autonomia privada serve a uma função social (um preceito de ordem pública). A modernidade apresentava direitos privados absolutos; a contemporaneidade os funcionalizou. Os princípios constitucionais existem para ser realizados.

²⁸⁷ Segundo Edgar Morin, "a realidade antropossocial é multidimensional; ela contém, sempre, uma dimensão individual, uma dimensão social e uma dimensão biológica. O econômico, o psicológico e o demográfico que correspondem às categorias disciplinares especializadas são as diferentes faces de uma mesma realidade" (MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.189). Neste sentido, contribuem ainda para as questões objeto de análise deste estudo, as ideias de Maturana e Varela, de que "não há descontinuidade entre o social, o humano e suas raízes biológicas. O fenômeno do conhecer é um todo integrado e está fundamentado da mesma forma em todos os seus âmbitos". (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p.33).

²⁸⁸ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

Ao jurista cabe, então,

Indicar os caminhos a serem tomados pela humanidade, notadamente que direito queremos para o próximo milênio. A resposta para tal questão passa pela definição dos valores que deverão influenciar a construção de um novo mundo. Se a história da humanidade tem sido a história do flagelo, do sofrimento, da guerra, coloca-se agora possível criar-se a história da solidariedade, da justiça e do respeito. A propalada crise do direito pode ser o ponto de partida para uma nova ordem de fraternidade e respeito à pessoa humana.²⁸⁹

A doutrina do direito civil brasileiro se viu diante da releitura crítica de estatutos jurídicos fundamentais do direito privado, a partir da passagem do sujeito insular para o sujeito coexistencial. Em outras palavras, o indivíduo-centrismo (sujeito abstrato) cedeu à realidade complexa do coexistencialismo (sujeito de necessidades), que passou a nortear os esforços da doutrina e jurisprudência. A conquista da igualdade como valor nuclear do direito civil faz crescer a noção de que a igualdade possui uma função exógena que extrapola o âmbito das relações intersubjetivas e que diz respeito a todo o sistema jurídico (igualdade e função social).

Em que pese não existir solução precisa e estritamente jurídica para o problema da interpretação de conceitos flexíveis presentes no sistema jurídico, é preciso um guia "que somente a doutrina, ao enquadrar o caso concreto no sistema, é capaz de oferecer"²⁹⁰. A preocupação de pesquisadores com o suposto declínio do direito privado, ou com a invasão do direito público, não subsiste em face da necessidade contemporânea de aproximação do discurso jurídico ao discurso econômico, em um esforço mútuo de concretização da dignidade humana. Esforço esse que terá sido valorizado com a confirmação desses valores dignificantes do homem, por operadores do direito preparados e apoiados em um sistema jurídico aberto, justo, seguro e eficiente.

²⁸⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.54.

²⁹⁰ GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.87, n.747, p.36, jan. 1998.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. Texto apresentado à 4.^a Conferência Europeia de Estudos Críticos do Direito. Coimbra, 1986. In: HESPANHA, António (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.119-133.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.11-35.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **As revoluções utópicas dos anos 60**. São Paulo. Ed. 34, 2006.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, (Edição Comemorativa do Aniversário de 70 Anos).

CAMPOS, Roberto de Oliveira. **A lanterna na popa**: memórias. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.31-56.

DaMATTA, Roberto. **Carnaval, malandros e heróis**. São Paulo: Rocco, 1997.

DURANT, Will. **História da filosofia**. Rio de Janeiro: Record, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Das raízes do direito civil brasileiro contemporâneo. In: GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.1-6.

_____. Los derechos fundamentales en La construcción Del derecho privado contemporâneo brasileño a partir Del derecho Civil-Constitucional. **Revista de Derecho Comparado**, n.15: reformas concursales: segunda parte. Dirigido por Julio César Rivera. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

FERNANDES, Érika Capella. **Do microcosmo ao macrocosmo**: análise da teoria quântica do direito. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=114986>. Acesso em: 23 jan. 2013.

FOLLONI, André Parmo. A teoria pura do direito de Hans Kelsen. In: OPUSKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo**: perspectivas críticas. Pelotas: Delfos, 2008. p.145-162.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.87, n.747, p.35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, 1958.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Law and Economics e o justo direito do comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.37-70.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAYEK, Friederich A. Von. **Road to Serfdom: texts and documents**. London: The University of Chicago Press, 2007.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente**. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.36, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999.

_____. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciências sociais: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1985.

MARINONI, Luis Guilherme. O precedente: na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Podivm, 2010. p.211-226.

_____. **Teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. Tomo I.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução de Eliane Lisboa. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **Ciência com consciência.** Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Contrato & sociedade. In:_____. **A autonomia privada na legalidade constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006. p.1-22.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p.75-83, jul./set. 2007.

RELATÓRIO de do índice de Confiança no Judiciário. Fundação Getúlio Vargas, 3.º trim. 2009. p.10. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/RELCJBrasil3TRI2009site.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito.** Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SALAMA, Bruno Meinhorf. A história e queda do cientificismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia.** São Paulo: Saraiva, 2010. No prelo.

SALDANHA, Eduardo. Ética, economia e alienação da felicidade. In: BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **Direitos humanos: estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato.** Salvador: Jus Podivm, 2010. p.155-165.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.553-586.

SEABRA, Fernando; FORMAGG, Lenina; FLACH, Lisandra. O papel das instituições no desenvolvimento econômico. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luís Otávio (Org.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.71-86.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v.69, n.1, p.99-118, Feb. 1955.

SOUZA RIBEIRO, Joaquim de. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito** (Universidade de Coimbra), v.74, p.729-755, 1998.

TAMANAH, Brian. O primado da sociedade e as falhas do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, p.175-212, jan./jun. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.13-45.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

_____. **Temas de direito civil III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOKARS, Fábio. **Por uma Law and Economics Tupiniquim**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/277/52647/?postagem=POR+UMA+LAW+AND+ECONOMICS+TUPINIQUIM>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. In: **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). São Paulo: Saraiva, 2009. p.1-50.

_____. O império do direito na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.185-215.

_____. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro. São Paulo: Saraiva, 2009. p.51-122.

TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In: _____. **The new law and economic development**: a critical appraisal. New York: Cambridge University Press, 2006. p.1-18.

YEUNG, Luciana; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Neither Robin Hood Nor King John**: Measuring the Anti-Debtor Bias in Brazilian Judges. Trabalho apresentado no 3.º Encontro da Associação Brasileira de Direito e Economia, Belo Horizonte, MG, 2010.

WANG, Xiao T.; LANDA, Janet T. Bounded Rationality of Economic Man: Decision Making Under Ecological, Social and Institutional Constraints. **Journal of Bioeconomics**, n.3, p.217-235, 2002.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. **The American Economic Review**, Philadelphia, v.95, n.2, p.1-18, 2005.

WU, Roberto. A modernidade descontínua: razão em tempos de subjetividade. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana Maria (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo**: perspectivas críticas. Pelotas: Delfos, 2008. p.25-34.

ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.