

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**CONTRATO, REPERSONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO:
A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

NADYA REGINA GUSELLA TONIAL

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, julho de 2007

NADYA REGINA GUSELLA TONIAL

**CONTRATO, REPERSONALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO:
A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, julho de 2007.

CIP – Catalogação na Publicação

- T665c Tonial, Nadya Regina Gusella
Contrato, repersonalização e constituição : a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva / Nadya Regina Gusella Tonial. – 2007.
205 f. ; 30 cm.
- Orientação: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2007.
1. Contratos. 2. Boa-fé (Direito). 3. Personalidade (Direito).
4. Dignidade. 5. Fenomenologia. I. Silva Filho, José Carlos Moreira da, orientador. II. Título.
- CDU : 347.44

Catalogação: bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**Contrato, Repersonalização e Constituição: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva**", elaborada pela aluna Nadya Regina Gusella Tonial, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de julho de 2007.

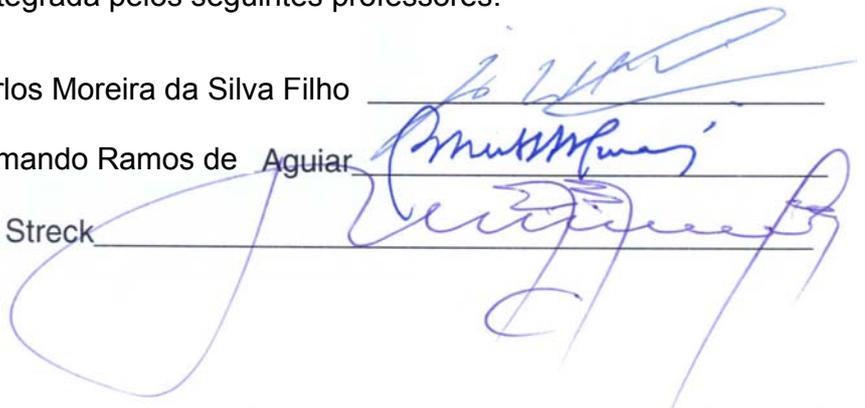
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dr. Roberto Armando Ramos de Aguiar

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

The image shows three handwritten signatures in blue ink, each written over a horizontal line. The first signature is for José Carlos Moreira da Silva Filho, the second for Roberto Armando Ramos de Aguiar, and the third for Lenio Luiz Streck. The signatures are stylized and cursive.

Dedico este trabalho ao Liandro e à Liana pelo apoio e carinho incondicionais, que não podem ser definidos na teoria, mas que foram conhecidos e sentidos na vivência do dia-a-dia, na faticidade.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor orientador Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho pela orientação comprometida e segura, pelo incentivo à busca e aos desafios e pela valorização dos resultados obtidos.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

A confiança é um ato de fé, e esta dispensa raciocínio.

(Carlos Drummond de Andrade)

Em resposta a uma ética da exclusão, estamos todos desafiados a praticar uma ética da solidariedade.

(Herbert de Sousa)

RESUMO

O presente estudo constitui-se numa análise do princípio da boa-fé objetiva nos contratos, com base no valor maior da dignidade da pessoa humana, a partir de uma dimensão de eticidade trazida pelo Estado Democrático de Direito. A Carta Magna promoveu a constitucionalização do direito, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Como consequência, adveio a repersonalização do direito civil elevando a pessoa humana ao centro do sistema. No direito contratual, a par da autonomia da vontade, passaram a incidir as diretrizes da socialidade, da equidade e da eticidade, por meio, respectivamente, dos princípios da função social, do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva. Com a repersonalização, o pacto passou a conter utilidade social e a representar um meio de promoção da tutela da confiança, resguardando as legítimas expectativas das partes. Contudo, grande parte dos aplicadores do direito continua vinculada a um modelo liberal-individualista que concebe os contratantes de modo abstrato e aistórico, desconsiderando a pessoa humana e sua proteção, causando injustiça e desigualdade social. Assim, de uma perspectiva constitucional aborda-se a boa-fé objetiva nos contratos, evidenciando suas funções e tendo como marco teórico a dignidade da pessoa humana, vista sob um viés fenomenológico-hermenêutico, que mostra o homem como um ser-no-mundo revelado por sua condição histórica e finita. Esse enfoque permite compreender o contrato como um instrumento que possibilita a proteção e a valorização da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva - Contratos - Dignidade - Fenomenologia - Pessoa humana - Repersonalização.

ABSTRACT

The present study constitutes in an analysis of the principle of the objective good-faith in contracts, on the basis of the biggest value of the dignity of the human being, from a dimension of ethicism brought up by the Democratic State of Right. The Great Letter promoted the constitutionalization of the law spreading its effect on the legal system. As a consequence the repersonalization of the civil law allowed human being to raise to the center of the system. In the contractual law, along with the autonomy of the will, the lines of direction of the sociability, the fairness and the ethicism through respectively, the principles of the social function, its economical balance and the good-faith objective. Because of the repersonalization, the pact started to contain a social utility and to represent a way of promote the guardianship of the confidence, protecting the legitimate expectations of the parts. However, great part of the applicators of the right continues related to a liberal-individualist model that conceives the contractors in an abstract and not historic way, disrespecting the human being and his protection, causing injustice and social inequality. Therefore, in a constitutional perspective the objective good-faith in contracts is approached, evidencing its functions and having as a theoretical landmark the dignity of the human being, seen under a hermeneutic phenomenology bias, that shows the man as one being in the world revealed for his historical and finite condition. This approach allows understanding the contract as an instrument that makes possible the protection and the valuation of the human being and the construction of a more solidary and fair society.

Keywords: Objective good-faith – Contracts – Dignity – Phenomenology - Human being - Repersonalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	16
1.1 A constitucionalização do direito civil.....	17
1.1.1 O direito privado moderno, sua historicidade e trajetória no Estado Liberal de Direito.....	18
1.1.2 Direito civil e Constituição no Estado Social.....	27
1.1.3 Estado Democrático de Direito: mudança de paradigma.....	33
1.2 Do indivíduo à pessoa: o cidadão do mundo e o mundo do cidadão.....	41
1.2.1 Evolução filosófico-histórica da noção de pessoa humana.....	44
1.2.2 A dignidade da pessoa humana.....	51
1.3 A repersonalização do direito civil.....	56
1.3.1 A pessoa humana como centro do ordenamento jurídico civil.....	58
1.3.2 Os reflexos da repersonalização no Código Civil de 2002.....	61
2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	68
2.1 Superação do modelo hermenêutico clássico.....	69
2.1.1 Hermenêutica clássica e crise.....	70
2.1.2 Crise do paradigma de dupla face.....	75
2.1.3 Viragem lingüística	80
2.2 Modelo hermenêutico-filosófico.....	81
2.2.1 O pensamento de Martin Heidegger e a filosofia hermenêutica	83
2.2.2 A contribuição de Hans-Georg Gadamer à hermenêutica.....	90
2.3 O fenômeno da repersonalização do direito civil à luz da hermenêutica filosófica	104
2.3.1 Hermenêutica filosófica e direito.....	106
2.3.2 Reflexos da hermenêutica filosófica na repersonalização do direito civil.....	115
3 PROJEÇÃO DA REPERSONALIZAÇÃO PARA O CONTEXTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS	125
3.1 Noção clássica de contrato.....	126
3.1.1 Breves notas da trajetória histórica do conceito de contrato.....	128

3.1.2 O contrato fundamentado no dogma da autonomia da vontade.....	134
3.2 Realidade contratual contemporânea.....	143
3.2.1 A relativização da liberdade contratual	145
3.2.2 A eticização e a socialização do instituto contratual.....	151
3.3 A tutela da confiança nos contratos.....	162
3.3.1 A boa-fé objetiva como instrumento de proteção da confiança nos contratos.....	164
3.3.2 A proteção da pessoa humana na cláusula geral da boa-fé objetiva: sob um viés fenomenológico-hermenêutico.....	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	189
REFERÊNCIAS.....	197

INTRODUÇÃO

O presente estudo constitui-se numa análise do princípio da boa-fé objetiva nos contratos com base no valor maior da dignidade da pessoa humana, sob um viés fenomenológico-hermenêutico, a partir de uma dimensão de eticidade trazida pelo Estado Democrático de Direito. Considera-se a importância e a atualidade do assunto, porque a repersonalização na esfera contratual, por meio do princípio da boa-fé objetiva, revela-se como um modo de concretizar a dignidade da pessoa humana, tutelando a confiança para que as partes obtenham as legítimas expectativas geradas na relação.

Justifica-se o tema porque o mundo atual é marcado pelo alto contato social e pela facilidade da celebração de contratos. A sociedade de consumo alargou as relações contratuais, transformando o contrato no núcleo da vida dos negócios. Assim, os pactos representam a dinamicidade da vida social, por meio da circulação de bens e riquezas, bem como retratam a complexidade oriunda da massificação, do avanço tecnológico e da universalização da comunicação.

O conteúdo do contrato varia conforme o contexto histórico em que está inserido, sendo moldado pela situação social, econômica e política de uma determinada sociedade. Portanto, cabe ao direito adaptar a realidade jurídica do contrato à realidade social e econômica em que gera seus efeitos.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, levando a que tal valor se irradiasse por todo o sistema jurídico, provocando a constitucionalização do direito civil.

Assim, o instituto do contrato, fundamentado unicamente no dogma da vontade, sofreu significativas alterações, mormente pela repersonalização do direito civil, que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, revelou a primazia da pessoa sobre as relações patrimoniais. Em consequência, acrescentaram-se à autonomia da vontade as noções de eticidade, socialidade e equidade, manifestadas, respectivamente, pelos princípios da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio econômico. Desses dá-se ênfase à boa-fé objetiva, que tutela a confiança para eticizar as relações contratuais.

Entretanto, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito, cuja base assenta-se na democracia e na defesa dos direitos humanos, vê-se que grande parte dos aplicadores do direito ainda se encontram vinculados a uma concepção individual-liberalista, vendo o contrato como um acordo de vontades que tem por finalidade adquirir, modificar ou extinguir um direito, sem observar a utilidade e a eticidade dessa relação, em especial, sem considerar as pessoas que dela participam.

Nessa senda, o presente estudo busca promover uma reflexão que auxilie na compreensão do fenômeno da repersonalização do instituto do contrato, vislumbrando a episteme e a importância da diretriz da eticidade, fundamentada na boa-fé objetiva, para estabelecer a noção de pessoa à luz da hermenêutica filosófica. Para tanto, identifica-se o fenômeno da constitucionalização do direito privado no Brasil, com seus reflexos na práxis, em especial a repersonalização do direito civil.

Do mesmo modo, tem-se por objetivo verificar os princípios do Código Civil de 2002 pertinentes ao direito contratual, decorrentes da repersonalização do direito civil. Procura-se reconhecer que o mundo globalizado gera uma realidade contratual em constante mutação, que se apresenta de forma líquida e complexa e precisa ser visualizada na ótica da eticidade, tendo como centro a proteção da dignidade da pessoa humana.

Ainda, busca-se examinar o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva, classificando suas funções e mostrando como ela se expande por todas as fases do processo obrigacional. Dessa maneira, faz-se uma incursão pela escola da hermenêutica filosófica para demonstrar que a leitura da boa-fé objetiva, segundo o ângulo dessa matriz, pode alcançar importantes resultados, em especial na concreção da dignidade da pessoa humana.

Assim, partindo do ponto de vista do suporte teórico e crítico, a problemática da pesquisa concentra-se na discussão sobre a importância da noção da pessoa humana em virtude das transformações jurídicas no direito contratual, observando o instrumento contratual como um reflexo da constitucionalização e da repersonalização do direito civil.

Logo, a problematização diz respeito ao fato de o contrato, matéria tipicamente de direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade e pela força obrigatória, ter sofrido uma mudança de paradigma que provocou a despatrimonialização deste instituto. Diante dessa nova realidade, a pessoa foi elevada ao centro do ordenamento jurídico. Com isso, está-se diante de uma crise de interpretação e de legitimação do direito contratual,

cabendo indagar: com base na repersonalização do direito civil, qual é a noção de contrato resultante da tutela objetiva da confiança? De que modo a boa-fé objetiva nos contratos pode ser um instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana?

Para seguir a investigação, o fio condutor deste estudo baseia-se na implementação das inovações jurídicas na seara contratual, em especial da valorização da pessoa humana na noção de contrato. Adota-se como marco teórico o princípio da dignidade da pessoa humana sob um viés fenomenológico-hermenêutico, decorrente da matriz teórica da hermenêutica filosófica, em sua vertente heideggeriana.

A perspectiva hermenêutica filosófica representa a expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete, que deriva de uma relação intersubjetiva (sujeito *versus* sujeito) que o intérprete tem no mundo. Nessa linha, o aplicador do direito deve se apoiar numa consciência que valorize o caso concreto e compreenda a pessoa humana como um ser-no-mundo, em face de sua condição histórica e finita.

O fundamento da compreensão é o próprio homem; logo, antes de dizer o que são as coisas, é necessário saber quem é o homem, qual é sua historicidade e faticidade. Com isso, Heidegger estabelece um novo padrão de racionalidade a partir da questão do ser, eis que a compreensão do ser é um modo-de-ser do ser de um ente.

Portanto, neste trabalho utiliza-se o viés hermenêutico-filosófico, que aparece como oposição ao pensamento dogmático e representa uma importante contribuição para o direito, mormente no contratual, para promover a valorização da pessoa por meio da aplicação da boa-fé objetiva.

Para responder as questões objeto deste estudo utiliza-se o método fenomenológico-hermenêutico, na perspectiva de que o fenômeno mostra o ser em si mesmo. A fenomenologia estuda o ser do ente, trazendo-o em sua historicidade e faticidade, ou seja, como ser-no-mundo. Com isso, as coisas são compreendidas por uma consciência delimitada pela pré-compreensão oriunda da historicidade em que está inserida, fundamentando-se na temporalidade e na finitude do ser humano. Portanto, quanto mais o investigador perceber sua pré-compreensão, mais o objeto se mostrará. Assim, pela fenomenologia hermenêutica o compreender só é possível se o homem for um ser-no-mundo, e seu acesso a este mundo só ocorre pela linguagem, eis que o compreender não se mostra como um modo de conhecer, mas, sim, como um modo-de-ser.

Em relação à abordagem do problema, o método utilizado é o da pesquisa bibliográfica, tendo em vista a descrição da noção de contrato diante das transformações jurídicas ocorridas no direito civil.

O desenvolvimento do trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo cada qual dividido em três seções secundárias. No primeiro capítulo abordam-se as transformações jurídicas no direito civil, decorrentes dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dando ênfase à constitucionalização e à repersonalização do direito civil. Inicialmente, analisa-se o fenômeno da constitucionalização, procurando mostrar os efeitos dos valores constitucionais sobre o direito civil, em especial a historicidade e a relação entre a Constituição e o direito civil, nas diversas fases do Estado de Direito.

Após, diante da mudança de paradigma provocada pela constitucionalização do direito civil, apresenta-se a pessoa humana, sua evolução filosófico-histórica e sua condição de cidadã do mundo, dando ênfase para sua situação de ser-no-mundo. Paralelamente, a noção de pessoa traz-se a lume a necessidade da proteção e respeito à sua dignidade, que pode ser vista sob várias dimensões e na condição de valor maior, que serve como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também se apresenta de base para os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral e da solidariedade.

Para complementar os efeitos constitucionais, destaca-se a figura da repersonalização do direito civil revelando a primazia da pessoa humana, a qual se apresenta no centro do ordenamento jurídico. Tal fato revela a prioridade incondicional do sistema jurídico de promover o respeito e a proteção à dignidade do ser humano sobre qualquer outro direito. Para finalizar este capítulo, examinam-se os efeitos da repersonalização que se projetam sobre o Código Civil de 2002, primeiramente enfocando a estrutura, destacando a sistemática dos princípios jurídicos, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, e, em seguida, mencionando os fundamentos, propriamente ditos, do diploma civil, ou seja, a eticidade e a socialidade.

No segundo capítulo procura-se evidenciar que a repersonalização do direito civil trazida pela Constituição Federal pode alcançar importantes resultados se o referencial da leitura for realizada à luz da hermenêutica filosófica. Observa-se que o modelo da hermenêutica clássica, que privilegia a subsunção, encontra-se superado e não consegue

mais concretizar os ideais do Estado Democrático de Direito. Analisa-se que sua manutenção provoca uma crise de duplo paradigma, quais sejam, do modelo liberal-individualista e da filosofia da consciência, que resulta em injustiça na aplicação do direito. Contudo, verifica-se que tal fato pode ser contornado pela viragem lingüística.

Na seqüência analisa-se que a hermenêutica filosófica não representa um método, mas, sim, filosofia. Mostra-se que a hermenêutica filosófica é um modo-de-ser que decorre da pré-compreensão do intérprete, sendo um modelo que encontra respaldo no pensamento de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Concluindo essa parte, visualiza-se que a escola da hermenêutica filosófica apresenta-se como uma nova possibilidade de aplicação do direito, especialmente dos princípios constitucionais que repersonalizam o direito civil. Refere-se que a hermenêutica filosófica traz uma concepção existencial fenomenológica da pessoa, revelando-a como um ser-no-mundo, inserido numa historicidade e faticidade.

No terceiro capítulo, analisa-se a projeção da repersonalização no direito contratual, mais especificamente, por meio da boa-fé objetiva. Para alcançar tal desiderato observa-se a evolução da teoria contratual e sua noção trazida pelo Estado Liberal de Direito. Aborda-se que tal conceito de contrato, fundado no dogma da autonomia da vontade, revela a figura do clássico, a partir do qual os demais modelos são comparados.

Em seguida confere-se destaque à relação contratual contemporânea, caracterizada, num primeiro momento, pela relativização da liberdade contratual e, após, pela modificação da noção de contrato trazida pela constitucionalização do direito no Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, ressaltam-se as diretrizes da eticidade, socialidade e equidade que repersonalizam o pacto, valorizando a pessoa humana.

Por último, analisa-se o contrato na atualidade como um instrumento que promove a tutela da confiança, por meio da boa-fé objetiva. Procura-se salientar que tal princípio serve de cânone hermenêutico, cria deveres anexos e limita direitos, eticizando o pacto e proporcionando proteção à dignidade da pessoa humana.

Por fim, o tema da boa-fé objetiva nos contratos e a respectiva proteção da dignidade da pessoa humana revela-se atual e dinâmico, instigando uma incessante busca para o seu desvelamento, em especial através dos pensamentos dos autores revisados nesse trabalho. Por outro lado, a amplitude do assunto, implica que esta pesquisa não tenha a

pretensão de esgotar a matéria, mas, antes, de servir de trilha para posteriores estudos e reflexões.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A sociedade sofre transformações em ritmo acelerado, por meio da globalização, que rompe fronteiras e apresenta efeitos multifacetados, criando intenso intercâmbio entre as pessoas e complexidade na vida social.¹ Diante dessa dinâmica, a realidade altera-se a cada momento, criando novos padrões, quer entre as pessoas, no próprio meio social, quer com o Estado. Vive-se, pois, a mudança do mundo e o mundo da mudança.

A Modernidade, portanto, é marcada pelas mutações, momento em que a solidez e a forma rígida dos conceitos e das instituições são substituídas pelo permanente movimento, pela fluidez das relações, pela rapidez com que se dissemina o conhecimento e pela modificação das noções de tempo e espaço. No dizer de Bauman, a Modernidade que se apresenta é líquida.²

Nesse sentido, o direito, como ciência social, deve estar aberto e sensível às alterações do meio social, eis que sua função é construir uma sociedade fundada em valores de justiça e solidariedade, não podendo se afastar da realidade social. E, em especial, o direito privado “não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”.³ É inevitável que o direito sofra influência dos setores político, econômico e social, pois o

¹ Menciona Aguiar que “a Segunda Revolução Industrial e as duas grandes guerras aceleram as relações entre os seres humanos, tornando as redes de relação cada vez mais velozes, chegando, com a terceira Revolução Industrial, à dimensão *on-line* de hoje. Ao mesmo tempo, as sociedades se tornam mais complexas e as teias de relação já não são mais tão controláveis, pois a hierarquia vertical e escalonada das instituições não mais administra a velocidade das demandas da sociedade, que gera novas formas associativas e novas dimensões relacionais.” AGUIAR, Roberto A. R. *Alteridade e rede no direito. Veredas do Direito*, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 3, n. 6, jul./dez., 2006. p.26.

² Refere o autor que “seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou - se não for - como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.” BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 15.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1.

jurídico e o social não podem ser dissociados.⁴ Nesse contexto acontecem as transformações jurídicas.

Com isso, o direito privado, em especial o civil, passa por inúmeras alterações e questionamentos, provocando uma ruptura com padrões antigos e ultrapassados⁵, sobretudo pelo fato de elevar a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico. Sob esse enfoque abordam-se a constitucionalização do direito civil, a superação da concepção de indivíduo em prol da pessoa e a conseqüente repersonalização do direito civil, para demonstrar as transformações ocorridas no direito contratual.

1.1 A constitucionalização do direito civil

Diante da clássica divisão⁶ do direito em público e privado, o direito civil assentou-se como um ramo do direito privado que se caracterizou por regular interesses das pessoas particulares em suas relações privadas. Porém, tal noção sofreu modificações significativas ao longo do tempo, visto que entre o direito privado e o público deixou de existir uma clarividente divisão, e os contornos que os definem não mais se apresentam de forma exata e rígida.

Observa-se, nesse sentido, que o direito privado atual, bem como os valores hoje vigentes são decorrentes “da permanente remodelação do direito civil à imagem da Constituição Federal e do projeto social ali plasmado.”⁷ Esse projeto se fundamenta num modelo de Estado democrático que promove a valorização da pessoa, com o efetivo

⁴ Assevera Perlingieri que “a afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a chamada ‘realidade jurídica’ como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia.” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p.2.

⁵ Conforme Fachin, “a crise do sistema clássico do direito civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impunge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam.” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

⁶ Nesse sentido, “o jurisconsulto Ulpiano, que viveu no século III d.C., sustentou a noção que alinhava como público o que dissesse respeito às coisas do Estado romano [...] e como privado o que respeitasse ao interesse de cada um [...]” MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.164.

respeito e proteção aos direitos humanos. Então, à luz dos preceitos constitucionais, o direito civil regula relações em que os sujeitos de direito, mais do que titulares de direitos e obrigações na vida civil, podem ser entendidos como pessoas reais que precisam ter sua dignidade tutelada. Disso se depreende o nítido efeito dos ditames constitucionais sobre o direito civil, provocando a constitucionalização⁸ deste ramo.

A propósito, objetivando trazer a lume os reflexos dos valores constitucionais sobre o direito civil, há de se verificar a historicidade⁹ que os envolve, mormente a relação do direito privado e da Constituição nas fases liberal, social e democrática do Estado de Direito.

É importante gizar que o fenômeno da constitucionalização do direito civil demonstra que esse ramo não é apolítico ou neutro, muito menos separa a sociedade do Estado ou da Constituição; ao contrário, possui função política que o aproxima da norma constitucional.¹⁰ Assim, constata-se que o conteúdo do direito civil variou com base nas formas de Estado de Direito e, conseqüentemente, conforme o viés constitucional de cada período, como se demonstrará a seguir.

1.1.1 O direito privado moderno, sua historicidade e trajetória no Estado Liberal de Direito

Historicamente, as primeiras notícias do direito privado moderno aconteceram na Europa no início da alta Idade Média, quando do redescobrimento e estudo do *Corpus Iuris*

⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

⁸ Pela realidade da constitucionalização do direito verifica-se que “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição entre direito público e direito privado. [...] Conseqüentemente, a rígida separação do direito em público e privado, nos termos em que era proposta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada.” Ressalta a autora que a divisão que sobrevive desde os romanos não mais reflete a realidade de hoje. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 1, 2.ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul/dez. 1991, p. 63 .

⁹ Demonstrando a importância da historicidade refere-se que “os horizontes históricos não são mundos estranhos. Trata-se, na verdade, de um único grande horizonte, que é sempre móvel e que se alarga junto conosco. Este horizonte abarca todo o tempo, e nele se desenrola a tradição. Deslocar-se de um ponto a outro, ou de um horizonte a outro, significa, pois, levar a nós mesmos sem de nós apartar os olhos.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 56-57.

¹⁰ NEGREIROS, op. cit., p. 10. Explica a autora que, “ao assumir sua historicidade, o direito civil assume, conseqüentemente, o seu papel político, e isto é decisivo para aproximá-lo da normativa constitucional. [...] De fato, seria mesmo ingenuidade, nos dizeres de Ludwig Raiser, admitir a historicidade da dogmática civil

de Justiniano por meio de comentários e do ensino elementar.¹¹ Desse modo, o direito romano foi recepcionado nos países europeus e, por meio de uma “análise racional dos textos reproduzidos nesta compilação, os professores elaboraram uma ciência do direito, independente dos numerosos sistemas jurídicos efectivamente em vigor nas diferentes regiões da Europa.”¹²

Após, sucedeu a decadência da unidade do direito comum europeu, momento em que o racionalismo¹³ promoveu também o declínio da autoridade do diploma Justiniano.¹⁴ Assim, formou-se uma nova versão de direito natural alicerçado sobre “as necessidades da razão e a experiência da realidade.”¹⁵ Com isso, apresentou-se o fenômeno do jusracionalismo¹⁶, que trouxe progresso ao direito privado por racionalizar e sistematizar o

e, ao mesmo tempo, negar que esta mesma dogmática assumia contornos políticos. A politização do direito civil aproxima o direito público ao privado, a sociedade ao Estado, o direito civil à Constituição .”

¹¹ Refere Wieacker que os juristas dessas escolas desempenhavam funções na diplomacia, na administração e na jurisprudência dos territórios e Estados da Europa. E mais, que este predomínio na vida pública instituiu “o carácter essencialmente jurídico-[...] determinado pela discussão racional da problemática técnico-jurídica – que distinguiu até hoje a sociedade ocidental de outras culturas nossas conhecidas, e sem a qual sociedade, Estado e economia [...] não seriam concebíveis.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 11.

¹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 203.

¹³ Explica Finger que o racionalismo “pregava a idéia de que se deve à razão o predomínio na gênese do conhecimento humano. Partindo-se disso, chegou-se à construção de que toda a atividade social é racionalmente ordenada, abrindo caminho para a concepção de direito como um sistema e um método dogmático específico, a partir de conceitos gerais.” FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p 88.

¹⁴ Conforme David, “o ensino do direito romano, ministrado nas universidades, sofreu uma evolução; várias “escolas” se sucederam, tendo cada uma as suas preocupações e os seus métodos próprios. Uma primeira escola, a dos *glosadores*, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. A partir desta época são abandonados alguns textos das compilações de Justiniano[...] nos séculos XIV e XV, ensina-se, sob o nome de *usus modernus Pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, especialmente sob a influência das concepções do direito canônico [...]”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.34-35.

¹⁵ Neste período o direito natural emancipou-se da teologia e não se fundamentou mais “sobre a vontade do criador ou a ordem da criação”. WIEACKER, op. cit., p. 12.

Complementa David que a escola do direito natural afastou-se “da idéia de uma ordem natural das coisas exigida por Deus, ela pretende construir toda a ordem social sobre a consideração do homem; exalta os ‘direitos naturais’ do indivíduo, derivados da própria personalidade de cada pessoa. A idéia de direito subjetivo, vai, desde então, dominar o pensamento jurídico.” DAVID, op. cit., p. 36.

¹⁶ Explica Martins-Costa que o jusracionalismo teve grande importância para a construção do direito sobre regras e princípios fundados na razão, reconhecendo ao indivíduo “liberdades e direitos subjetivos que seriam inerentes à sua natureza e, ainda, por sua tendência à unificação do direito e ao refundimento completo do conteúdo do direito sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 174.

Evidencia-se, também, que “o jusracionalismo está, destarte, na própria base do Estado Moderno e nas suas manifestações normativas: as Constituições e os Códigos. Assim, a noção de sistema foi a maior contribuição do racionalismo para o direito.” FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a*

direito comum, lançando “as bases do carácter ideológico ou mesmo utópico da teoria constitucional, da política e dos princípios fundamentais do direito.”¹⁷ Observa-se, então, no século XVI o surgimento do Estado Moderno¹⁸, sob o modelo absolutista¹⁹, que consiste numa “*forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei*”.²⁰ Logo, o poder do Estado era absoluto.²¹

No decorrer do tempo, entretanto, o Estado absolutista passou por uma grande crise social e também institucional, gerada, em especial, pela concentração de poderes nas mãos do soberano, pelos privilégios de isenção tributária do clero e nobreza, pelo descontentamento do povo, que reivindicava direitos, e pela insatisfação da burguesia, que, detentora do poder econômico, lutava pelo poder político.²² Todos esses fatos culminaram nas duas revoluções inglesas do século XVII e na Revolução Francesa no século XVIII, conseqüentemente dando origem à declaração dos direitos do homem²³, à Constituição²⁴ e ao Estado de Direito.²⁵

chamada constitucionalização do direito civil. In: *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

¹⁷ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 12.

¹⁸ Embora exista polêmica, sustenta-se que o Estado Moderno passou a existir a partir do século XVI. Desse modo, “não há que se confundir o Estado com outra experiência que não seja aquela da modernidade, sendo suas apresentações anteriores tidas como *formas estatais pré-modernas*.” MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.16.

¹⁹ Explica Bobbio que o Estado absolutista nasceu “da dissolução da sociedade medieval, que era de carácter eminentemente pluralista. Dizendo que a sociedade medieval tinha um carácter pluralista, queremos afirmar que o direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes fontes de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*.” BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p.17.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹ “Absoluto por que se tornou definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e, portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder.” *Ibid.*, p. 19.

²² STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.46-49.

²³ Destacam-se como principais declarações, “por um lado, o *Bill of Rights* das constituições americanas de 1776 [...]; por outro lado, a Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de Agosto de 1789. Estes precedentes tiveram influência considerável sobre todas as declarações do séc. XIX e sobre uma grande parte das do séc. XX. [...] Mas, nem a França nem a América inventaram o *Bill of Rights*; Os Estados da América do Norte não fizeram outra coisa senão continuar a tradição da Inglaterra, onde uma série de disposições legais asseguraram progressivamente as garantias de direitos aos súditos do rei: a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 [...], o *Bill of Rights* de 1689 [...]” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 423-424.

²⁴ Nesse período utilizava-se “a palavra ‘constituição’ para o acto legislativo escrito no qual o regime político, a “forma de governo” do país é fixado. [...] As constituições são leis, mas leis de natureza particular, pois quase por todo o lado elas não podem ser modificadas senão por um processo especial, relativamente

Nesse prisma destacam-se os ensinamentos filosóficos de Kant²⁶, combatendo o apriorismo do direito natural com base na racionalidade e colaborando para o surgimento do positivismo científico, que via no direito uma ciência autônoma.²⁷ Porém, desde o seu início o “Estado de Derecho dejará de ser entendido, kantianamente, como um Estado por lá razón, y pasará a convertirse en un Estado limitado por el derecho positivo, es decir, um Estado que se autolimita.”²⁸

Assim, o Estado de Direito²⁹ nasceu e sedimentou-se como uma forma de lutar contra o absolutismo e a arbitrariedade dos governantes, tendo o compromisso de unir as “*garantias formales*, proclamadas por una Constitución que consagrara la división de poderes y el principio de legalidad”, com as “*garantias materiales*, ya que el primado de la ley reposaba em su carácter de expresión de la voluntad general y em su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.”³⁰

Destarte, o Estado de Direito³¹ apresentou-se na versão liberal como um ente neutro, sem maiores intenções de realizar fins políticos, com a nítida separação entre

longo e complexo, que implica maiorias especiais na ou nas assembléias constituintes isto para lhes assegurar uma certa estabilidade.” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 419.

²⁵ Refere Bobbio que “o Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Esse nascimento [...] foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês [...] dá-se o nome específico de ‘constitucionalismo’ ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal.” BOBBIO, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, p. 24.

²⁶ Menciona Pepe que “a Modernidade marcou o fim do estado de natureza e, conseqüentemente, o fim das garantias presumivelmente ofertadas pelo mundo metafísico-religioso, restou ao homem à luz da Razão o papel de garantir a continuidade da espécie em um novo *ethos*. Justificar os princípios éticos, jurídicos, as virtudes, o dever, a vontade e a justiça em um mundo cujo sentido teleológico já estava posto desde sempre, trazia consigo garantias absolutas e inamovíveis. Justificar tais conceitos à luz da Razão humana tem sido a tarefa da humanidade nestes três últimos séculos. E quão complexa ela o é. Esse foi o desiderato da obra kantiana diante das questões a que se propôs responder (o que posso saber? O que devo fazer? O que posso esperar?). Partindo da Razão, buscou elaborar a crítica desta mesma Razão que “desencantou” o mundo para melhor apreender suas possibilidades e limites.” PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17.

²⁷ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 402.

²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 222.

²⁹ Observa-se que “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. [...] No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

³⁰ LUÑO, *op. cit.*, p. 220.

³¹ Mencionam Streck e Morais que o “o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.” STRECK e MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 89.

Estado e sociedade, buscando assegurar os interesses da burguesia³² e a liberdade do interesse econômico, bem como identificando-se com o princípio da legalidade e conseqüente submissão da administração à lei.³³

Portanto, o Estado Liberal era detentor do poder emanado do povo, possuía como fonte única o direito, acatava a separação de poderes e caracterizava-se por “uma limitação jurídico-legal negativa”³⁴ e por defender o individualismo. Logo, o sistema jurídico buscava proteger os cidadãos, vistos de forma individual, contra a própria ação do Estado, utilizando para tanto a lei, que consistia numa ordem geral, abstrata e dotada de sanção.

Percebe-se que a Constituição³⁵ regulamentava “o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos)”³⁶, porém mostrava-se alheia à sociedade. Refere Luño que o conteúdo das primeiras constituições do Estado Liberal era dividido em duas importantes partes, denominadas de “dogmática” e “orgânica”. A primeira era formada pelo rol dos direitos naturais positivados pela própria Carta Magna, com o objetivo de que não sofressem alterações por parte da legislação ordinária ou da administração. Por sua vez, a segunda parte dispunha sobre a estrutura e o funcionamento do Estado e seus respectivos poderes. Desse modo, essas constituições se caracterizavam pela “rigidez constitucional”, cujo intento era proteger o seu conteúdo de eventuais alterações.³⁷

Um dos objetivos da Constituição³⁸ vigente no Estado Liberal era consolidar os direitos fundamentais, denominados de primeira dimensão³⁹, trazidos pela Declaração dos Direitos do Homem em 1789.⁴⁰

³² Ressalta-se que o Estado Liberal de Direito é o Estado do *laissez faire*, bem como funciona “al servicio de la burguesia para lo que dificulta el ejercicio del derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen correspondencia en el social y económico.” LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 222.

³³ *Ibid.*, p. 222-223.

³⁴ STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 91.

³⁵ No Estado Liberal “ a Constituição traduzia, por um lado, a forma de organização do poder político, definindo os limites à actividade do Estado, e garantia, por outro, aos cidadãos um conjunto de direitos contra aquele, isto é, constituía o estatuto da defesa da sua esfera de liberdade perante o Estado. ‘Daí que a Constituição fosse, não a lei fundamental da ordem jurídica de uma colectividade politicamente organizada, mas sim e apenas o estatuto da organização política da sociedade’.” PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 86.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 229.

³⁷ LUÑO, *op. cit.*, p. 251.

³⁸ Para Lassalle a Constituição de um Estado traz em seu bojo questões políticas e não jurídicas. Refere que “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições

Como as premissas do Estado Liberal repousavam sobre a liberdade individual, em especial, a econômica e o direito de propriedade, a interpretação da parte dogmática da Constituição dava-se com base numa metodologia trazida pelo direito privado. Por outro lado, na parte orgânica a interpretação realizava-se com base na construção de algumas regras decorrentes das ciências, quer históricas, sociais e políticas, dando origem à hermenêutica “juspublicista”.⁴¹

Nesse contexto, as normas jurídicas de direito privado, à luz da doutrina liberal, eram dotadas de neutralidade e concebiam o homem de forma abstrata, com base na igualdade formal⁴², traduzida pela autonomia da vontade e pela iniciativa privada, sem analisar fatores sociais ou econômicos. Tais disposições legais foram organizadas em códigos⁴³, que representavam “um corpo de normas sistematicamente organizadas e

escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.” LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 53. Para o autor a “constituição real e efetiva” é aquela “integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade”. Enquanto, a “constituição escrita” é uma “folha de papel”. *Op.cit.* p. 37. Em sentido contrário, Hesse defende que a constituição jurídica não representa apenas um pedaço de papel, mas “ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’ tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.” Portanto, a constituição possui “força normativa”. p. 24. Hesse complementa que os pressupostos que permitem a Constituição possuir força normativa são o “conteúdo” e a “práxis”. Com relação ao primeiro quanto mais “lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.” Pela práxis, refere que “de todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade da constituição.” HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 20-21.

³⁹ Esses direitos são denominados de direitos individuais. Refere Bonavides que são os “direitos da liberdade”, aqueles que constaram por primeiro nas constituições, ou seja, os direitos civis e políticos, que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade [...] enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 563-564.

⁴⁰ FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 86.

⁴¹ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 252.

⁴² Conforme Prata, “juridicamente, a igualdade formaliza-se na atribuição de uma qualidade jurídica a todos os homens desde o seu nascimento: a personalidade jurídica. [...] isto significa que perante a lei todos os homens são iguais e que, conseqüentemente, ela tem de os tratar a todos uniformemente, não podendo operar discriminações entre eles.” PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 86.

⁴³ Aduz Perlingieri que “por “código”, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor.” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p.2.

expressamente elaboradas⁴⁴ e passaram a constituir a lei maior dos Estados, com a pretensão de regular de modo completo a vida da sociedade.⁴⁵

Surgiu, então, a era das codificações⁴⁶, momento em que tais legislações trouxeram em seu conteúdo “o ser humano personificado como sujeito de direito, titular de direitos virtuais, abstratos, no gozo de sua capacidade de fato e autonomia de vontade.”⁴⁷ Ressaltam-se como frutos desse período o Código Civil francês⁴⁸, editado sob o comando de Napoleão em 1804⁴⁹, e o Código Civil italiano de 1865⁵⁰. É importante frisar que as codificações⁵¹ do século XIX representaram uma “regra estatal que dispôs algumas bases axiomáticas fechadas, de maneira que a tarefa do intérprete era unicamente aplicá-las.”⁵²

Após, nasceu a Escola Histórica do direito⁵³, provocando uma renovação da ciência jurídica ao sustentar que “a interpretação da lei não se pode fazer senão em função da

⁴⁴ BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 64.

⁴⁵ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4-5.

⁴⁶ Conforme Tepedino, “com o apogeu das codificações, [...] sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado.” Diante da grande importância dos códigos, cabe mencionar o papel da Escola da Exegese que “levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinale-se o *fetichismo da lei* e, mais ainda, o *fetichismo do Código Civil* para as relações de direito privado.” TEPEDINO, *Código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa*, In: TEPEDINO GUSTAVO. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-2.

⁴⁷ RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 5.

⁴⁸ O Código Civil brasileiro seguiu o mesmo paradigma da codificação francesa do século XIX, porém a legislação pátria somente entrou em vigor no século XX.

⁴⁹ O Código Civil francês foi “redigido e discutido no momento em que Bonaparte consolida o seu poder pessoal, o Código reflecte a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade econômica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar, etc.” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 454.

⁵⁰ Conforme Perlingieri, o Código Civil italiano seguiu o modelo francês e caracterizou-se “especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *causa mortis*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é.’” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 4.

⁵¹ Ressalta Silva Filho “que os Códigos Civis ocidentais, produzidos a partir da codificação napoleônica e inculpidos sob a ótica liberal-patrimonialista, não dedicaram uma linha sequer aos direitos de personalidade.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 176.

⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 270.

⁵³ A Escola Histórica do Direito tinha por objetivo “a reconstrução de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e sistemática. [...] O seu núcleo é antes constituído por um processo de mutação interna da própria ciência jurídica que, por volta de 1800, tinha em vista o novo ideal de uma ciência jurídica ao mesmo tempo positiva [...] e filosófica.” WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 419.

concepção que a fez nascer,⁵⁴ ou seja, o código deveria ser explicado com a ajuda dos direitos romano e consuetudinário francês, que contribuíram para sua formação. Nesta fase, na Alemanha⁵⁵ evidenciaram-se os estudos de Savigny, que, com base nas lições kantianas, defendia que o direito natural não representava a filosofia da ciência jurídica, entendendo “o direito subjetivo como espaço da liberdade que possa coexistir com a liberdade dos outros;⁵⁶ o negócio jurídico e a vontade negocial como espaço de ação da personalidade autónoma.”⁵⁷

Desse formalismo teve origem a pandectística,⁵⁸ que, fundamentada no positivismo científico, “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica”⁵⁹, demonstrando que a ordem jurídica existia de forma independente. Portanto, outros fatores, como os sociais, políticos, religiosos, econômicos, não eram levados em conta para determinar as soluções jurídicas.

Nesse período, ainda, surgiram importantes codificações no direito privado, que podem ser denominadas de “produto tardio do liberalismo”⁶⁰, em especial, o Código Civil alemão⁶¹, no ano de 1900, e o brasileiro, em 1916⁶², ocasionando uma transição do positivismo científico para o jurídico, ou seja, da ciência para a legislação.⁶³ Desse modo,

⁵⁴ GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 514.

⁵⁵ Conforme Gilissen, “foi sobretudo na Alemanha que a Escola histórica conheceu um grande sucesso. Reagindo contra a influência francesa e sobretudo contra a idéia de codificação, juristas eminentes enfatizaram a idéia de *Volksgeist* (espírito do povo): o papel do povo é, a seus olhos, predominante na formação do direito, constituindo os códigos obstáculos à sua evolução natural, que se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo.” *Ibid.*, p. 515.

⁵⁶ Menciona Wieacker que “as definições de direito subjetivo de autonomia privada, de negócio jurídico e vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros.” WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 428.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 453.

⁵⁸ Também chamada de ciências das *pandectas*. Segundo Wieacker tal designação se justifica em face de a ciência europeia fundamentar-se nas *pandectas* de Justiniano. *Ibid.*, p. 491.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 492.

⁶⁰ GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 458.

⁶¹ Observa-se que “o BGB é – de forma correspondente ao ideal positivista da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei – uma *codificação* [...], um propósito de compilação final e exaustiva da sua matéria. Através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, ele obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência.” WIEACKER, *op. cit.*, p. 544.

⁶² Descreve Tepedino o Código Civil brasileiro, na apresentação de sua obra, como sendo a “expressão do individualismo característico da codificação europeia do século XIX, volta-se fundamentalmente para a disciplina das relações patrimoniais, de modo a assegurar o livre tráfego jurídico de seus (únicos) protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador. Desenha-se, assim, um conjunto monolítico de valores correspondentes à secular ideologia que congregou, de maneira quase homogênea, a burguesia vitoriosa na Revolução Francesa; valores preservados e prestigiados por intermédio da autonomia privada, assegurada pela liberdade de contratação e pelo exercício quase ilimitado do direito de propriedade.” TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. VII e VIII.

⁶³ WIEACKER, *op. cit.*, p. 526.

pelo positivismo jurídico o direito privado consistia num sistema fechado⁶⁴, contido nos códigos civis, que retratavam a imagem da sociedade de uma nação em seu conjunto, com sentido de unidade.⁶⁵

Verifica-se que o fenômeno da codificação no Estado Liberal trouxe robustez à divisão entre direito público e direito privado, bem como a “exasperação da técnica legislativa regulamentar”, eis que o legislador tinha a pretensão de prever na lei todas as situações sociais que viessem a interessar ao direito. Tal fato criou uma mentalidade jurídica de que, “sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.”⁶⁶

O direito civil compreendia que os princípios previstos na Constituição eram “normas políticas” tendo por destinatário o legislador ordinário, não o aplicador do direito.⁶⁷ Por isso, as disposições constitucionais representavam simples instrumento subsidiário, que somente era aplicado quando não existia previsão legal específica e quando o aplicador não conseguia decidir o caso por meio da analogia e dos costumes.⁶⁸ Observa-se que, mesmo que a Constituição se situasse no ápice do ordenamento jurídico, suas normas não passavam de um elemento integrador e subsidiário para a aplicação do direito civil, demonstrando, como se referiu, a divisão entre direito público e privado.

Nesse sentido, tanto a Constituição como o Código Civil foram concebidos como conquistas da Idade Moderna, representando projetos que adotaram caminhos separados e paralelos, idealizados para incidir sobre relações jurídicas distintas. O primeiro deveria regulamentar as relações públicas, bem como defender o indivíduo do poder do Estado, ao passo que ao segundo coube disciplinar as relações privadas, ou seja, aquelas referentes

⁶⁴ Refere Bobbio a existência do “dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico será completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer a equidade.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 119.

⁶⁵ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 628.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

⁶⁷ A codificação civil brasileira de 1916 também demonstra que as normas constitucionais eram destinadas ao legislador ordinário, não ao aplicador do direito, exceto nos moldes do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁶⁸ TEPEDINO, *Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 3.

aos indivíduos particulares entre si.⁶⁹ Tal situação demonstra uma nítida divisão entre Estado e sociedade, havendo clarividente partição entre o direito público e o privado.⁷⁰

Assim, o Estado Liberal de Direito vigorou pleno no século XIX, com um modelo econômico capitalista, decorrente do liberalismo, em que “o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, restando, à maioria da população, como direito único, de obrigar-se, vendendo sua força de trabalho.”⁷¹ Seu sistema jurídico fundamentou-se na neutralidade, no absentismo e num modelo ideológico individualista-capitalista, sendo o responsável pela concentração de capital nas mãos dos fortes e pelo empobrecimento da grande maioria da população.⁷² Constata-se que o liberalismo jurídico buscou, com base no princípio da igualdade formal, vencer e apagar as discriminações ocorridas no período medieval e no Estado absolutista, porém acabou fracassando e produzindo mais desigualdade levando ao lento enfraquecimento deste modelo.⁷³

Conclui-se que a Constituição, nesse período, limitou-se a prever a organização do Estado e manter direitos fundamentais de caráter individualista, representados pelas liberdades civil e política. Na mesma direção, as normas jurídicas das codificações, sem observar diferenças econômicas e sociais, passaram a ser um instrumento de dominação e opressão dos ricos sobre os pobres, fomentando as diferenças entre as classes sociais, bem como dando início ao processo de exclusão dos economicamente desfavorecidos.

1.1.2 Direito civil e Constituição no Estado Social

O Estado Liberal, com seu formato neutro, apolítico e defensor do individualismo, demonstrou que era incapaz de cumprir os ideais de liberdade e igualdade.⁷⁴ Evidenciou-se,

⁶⁹ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 48.

⁷⁰ Explica Bodin de Moraes que, “nesse universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentavam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e natos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil constitucional. Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, 2.ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul-dez. 1991, p. 60.

⁷¹ RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 5-6.

⁷² Lôbo menciona que, inicialmente, houve a conquista da liberdade no Estado Liberal de Direito. Porém, com o decorrer do tempo transmutou-se na exploração da liberdade. Tal modificação será abordada no ponto 3.1.2 deste trabalho, quando for tratada a concepção clássica do contrato. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do direito civil. Revista Brasileira de Direito Comparado*. v. 17. p.60.

⁷³ RAMOS, op. cit., p. 6.

⁷⁴ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p.223.

então, que a codificação envelhecia, que o direito estatal não era completo e que havia divergência entre o direito constituído e a realidade social. Em especial, na segunda metade do século XIX, com a Revolução Industrial, transpareceu que os códigos baseados numa sociedade agrária não ofereciam soluções para os problemas gerados pelo nascimento de indústrias de grande porte, bem como para as relações trabalhistas e comerciais decorrentes de tal realidade.⁷⁵

Desse modo, ocorreu o declínio do Estado Liberal, aliado à Revolução Russa, à Primeira Guerra Mundial e à democracia de Weimar⁷⁶, em especial à Constituição alemã de 1919⁷⁷, que foram determinantes para a conscientização da necessidade de uma igualdade material e de uma reformulação do sistema jurídico, incluindo-se direitos fundamentais de caráter social, econômico e cultural nas constituições.⁷⁸ Tais direitos exigiam do Estado não mais uma postura negativa, mas positiva, consistindo no dever de agir e prestá-los.⁷⁹

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 123-124.

⁷⁶ Refere Sarlet que a Constituição de Weimar possuía previsão expressa em seu texto do princípio da dignidade da pessoa humana, mais especificamente, “que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência humana digna.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 109. Observa-se que os alemães pretendiam, no pós-guerra, implantar no país um regime democrático e parlamentar. Porém a investida acabou por fracassando em 1933 com a ditadura de Hitler e o nazismo. GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 422.

⁷⁷ Luño menciona o debate ocorrido na doutrina germânica a respeito da mudança da natureza e dos fins do Estado de Direito para o Estado Social. Explica que uma corrente defendida por Schmitt e Forsthoff entendia que a “Constitución de Weimar, tendente a trazer uma separación tajante entre la Constitución como forma jurídica de Estado y el funcionamiento político del poder, em su incidência y condicionamiento por los conflictos sociales, praxis de los sindicatos y partidos políticos, etc., vació de contenido la pretendida dimensión “social” de *sozialer Rechtsstaat* auspiciado en la Carta constitucional weimariana.” Para eles o Estado de Direito e o Estado Social não tinham o mesmo significado, sendo impossível conceber um Estado Social de Direito; que o local para a realização dos programas socioeconômicos não era a Constituição, mas a legislação e a administração; que o conteúdo social do Estado Social era de caráter programático, não podendo ser imediatamente aplicado, senão através de normas que o regulamentassem. Numa segunda posição, encontravam-se os outros doutrinadores alemães (Hesse, Heller, Kāgi, Abendroth e outros), que entendiam de modo contrário, sustentando que a mudança do Estado Liberal para o Social modificava o significado jurídico-político, mas o Estado Social continuava sendo um Estado de Direito, e que as disposições constitucionais não eram programáticas. Salienta-se o estudo de Heller, que interpretava o princípio social do Estado juntamente com o princípio democrático. Nessa ótica o Estado Social de Direito pode ser caracterizado: a) pela continuidade dos princípios social e democrático no Estado de Direito; b) pelo desaparecimento da separação entre Estado e sociedade; c) pela superação do caráter negativo dos direitos fundamentais; d) pela interpretação democrática do Estado que deve funcionar de forma pluralista e permitir a participação das pessoas e dos grupos no processo político, econômico, social e cultural; e) pela orientação democrática que não pode levar a renúncia das garantias jurídicas previstas na Constituição, prevalecendo o primado do direito. LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 224-229.

⁷⁸ Para Bonavides, esses direitos “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.” *Curso de direito constitucional*, p. 564. Complementa Bobbio que são os direitos sociais, que visam “a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice” todas necessidades que “os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.”

A partir disso, a forma do Estado de Direito deixou de ser liberal e passou a ser social, caracterizando-se “por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais.”⁸⁰ Contudo, não abandonou as garantias jurídicas do Estado de Direito, assumindo “compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social.”⁸¹

Logo, o Estado Social tinha por escopo corrigir as imperfeições do individualismo pela defesa dos interesses coletivos, ou seja, pela valorização da questão social. Tal fórmula foi possível com a união do capitalismo e do bem-estar social, gerando o *welfare state*.⁸² Ao ente estatal couberam prestações positivas, e a lei constituiu-se num “instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.”⁸³

Esse modelo de Estado reforçou a influência das constituições sobre o direito privado,⁸⁴ eis que “todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados.”⁸⁵ Com isso, as constituições deixaram de apenas limitar o Estado e o poder político e passaram a ser instrumento de realização de justiça social, visto que passaram a abrigar as liberdades negativas, que se concretizam pela abstenção do Estado, e as liberdades positivas, que se realizam com a ação do ente estatal. Assim, o rol de direitos humanos previstos nas constituições assistiu “a uma progressiva ampliação, passando a contemplar direitos cuja satisfação está condicionada à implementação de políticas públicas e a prestações positivas imputadas ao Estado e à sociedade.”⁸⁶

Portanto, percebe-se que o Estado Social apresentou-se altamente interventor e que o conteúdo da Constituição foi caracterizado pela adição dos direitos econômicos, sociais e

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

⁷⁹ FINGER, *Constituição e direito privado*: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 90.

⁸⁰ LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*, p. 59.

⁸¹ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 226.

⁸² STRECK; MORAIS, op. cit., p. 91. Explica Morais que “o *Welfare state* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido, através de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula onde a *questão da igualdade* aparece – ou deveria aparecer – como fundamento para a atitude interventiva do Estado.” MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p.37.

⁸³ Ibid., p. 94.

⁸⁴ FINGER, *Constituição e direito privado*: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, p. 92.

⁸⁵ LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*, p. 58-59.

⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas, p. 53.

culturais, que aparecem como “valores ou princípios básicos do sistema jurídico-político”,⁸⁷ a par dos direitos civis e políticos. Tal fato demonstra que o alicerce dos direitos fundamentais não se constituía somente na proteção dos interesses individuais, mas também dos coletivos e sociais, revelando, assim, que seus titulares poderiam ser sujeitos coletivos. Ainda, é importante ressaltar que a Constituição, no Estado Social, deixou de ser dividida em parte dogmática e parte orgânica em razão da natureza jurídica dos direitos fundamentais, que era de participação e prestação por parte do Estado.⁸⁸

O conteúdo constitucional do Estado Social passou a exigir um novo modo de interpretação, inicialmente, que entendesse seu caráter jurídico⁸⁹ e, segundo, que o considerasse como uma solução para que a interpretação constitucional se liberasse da metodologia oriunda do direito privado e conquistasse sua autonomia, mediante a criação de seus próprios métodos.⁹⁰ Em seguida, especialmente, após a segunda Guerra Mundial, o Estado incluiu nas constituições a disciplina da ordem econômica e social, bem como a limitação dos poderes político e econômico, momento em que foram inseridos nelas os direitos fundamentais “de fraternidade ou de solidariedade”⁹¹, ou seja, de terceira geração.⁹²

O Estado Social, sob uma forma interventora, aumentou sua área de ação sobre a economia e reduziu o espaço da autonomia privada. Os reflexos dessa nova forma de

⁸⁷ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 252. Tradução nossa.

⁸⁸ *Ibid.*, 252.

⁸⁹ Menciona Canotilho que “a força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

⁹⁰ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 252-253.

⁹¹ Conforme Sarlet, os “direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 57.

⁹² FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 90. Com relação às gerações dos direitos fundamentais, Bobbio considera direitos de quarta geração aqueles “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.” *A era dos direitos*, p. 6. Por outro lado, Bonavides afirma que “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” *Curso de direito constitucional*, p. 571. Para Oliveira Junior, uma quinta geração faz parte do rol dos direitos fundamentais, ou seja, a “geração dos direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo.” OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 166.

Estado acarretaram a publicização⁹³ do direito privado e a desestruturação de sua unidade em torno das codificações. No Brasil, na década de 1930, com o intuito de resolver problemas sociais decorrentes do crescimento urbano, com a conseqüente alteração da economia do campo para a cidade, houve a edição de leis extravagantes em matérias não elencadas no Código Civil.⁹⁴ Tais disposições legais foram consideradas direito especial, enquanto a codificação representava normas de direito comum.⁹⁵ Assim, à medida que crescia o número de leis especiais, decrescia o poder centralizador do Código Civil.

A partir da segunda metade do século XX, com a alteração da realidade social e econômica, ocorreu significativo aumento da atividade legislativa, com a criação de leis denominadas de estatutos⁹⁶, os quais passaram a formar microssistemas⁹⁷ que regulavam determinado setor no âmbito do direito civil. Então, o monossistema sustentado pela codificação foi substituído pelos polissistemas⁹⁸. Para Tepedino esse fenômeno denomina-se de “processo de descodificação do Código Civil”⁹⁹, visto que ocorreu “o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade dos estatutos autônomos.”¹⁰⁰

⁹³ Explica Silva Filho que, “quando se utiliza a expressão *publicização do Direito Privado*, quer-se referir, na verdade, à limitação da autonomia da vontade, em especial da liberdade dos particulares em regular suas relações jurídicas coordenativas e em dispor de sua propriedade, tendo em vista, o interesse da coletividade.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 182.

⁹⁴ RAMOS, *A constitucionalização do direito civil e a sociedade sem fronteiras*, p. 7. A autora cita como exemplo desta legislação a lei de locação de prédios urbanos e a do parcelamento do solo urbano.

⁹⁵ TEPEDINO, Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 5.

⁹⁶ Menciona Tepedino que estatutos são “leis que regulamentam exclusivamente extensas matérias [...], veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal.” *Ibid.*, p. 4.

⁹⁷ Conforme Irti, microssistemas são “conjuntos de normas especiales, que, promulgadas para particulares instituciones o classes de relaciones, se enlazan em principios comunes de regulación.” Complementa o autor que “si um dato diferencial tiene siempre detrás um efecto, esto quiere decir que se há suscitado um nuevo critério de valoración, há emergido en el âmbito del gran ordenamiento jurídico uma *lógica de sector*.” IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992. p. 59.

⁹⁸ Para Irti, a expressão polissistema “revela, por un lado, la presencia de una *fuera jurídica*, que está en posición de llevar a la unidad a los vários y diversos núcleos de normas; y, por outro, el carácter rico y heterogêneo de la unidad así alcanzada.” Portanto, “la Constitución dicta los *principios unificantes*: unificantes, porque de estes emanan filones de normas especiales, y porque- es útil volver a repetirlo – ocupan el más alto grado em la jerarquía de fuentes. No unidad estática, garantizada, por um código cerrado e inmóvil, sino *unidad dinámica*, abierta hacia el futuro, llena de conflictos y de antinomias, atravesada por lógicas contrastantes.” *Ibid.*, p. 64.

⁹⁹ TEPEDINO, Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 5.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

Nesse sentido, Irti argumenta que o ordenamento jurídico não coincide mais com um único conjunto de normas que possui o Código Civil no centro¹⁰¹ e as demais leis especiais girando em torno dele. Diante dessa nova realidade, existem vários sistemas que formam o direito privado, e o Código Civil é apenas um deles, que, juntamente com outros núcleos de normas de determinados setores, forma um polissistema e tem como eixo central e garantidor da unidade a Constituição.¹⁰²

O surgimento dos interesses coletivos provocou a intervenção do Estado na economia e, conseqüentemente, a publicização¹⁰³ do direito privado. Assim, essa nova realidade social e jurídica reduziu a nítida separação entre o direito público e o privado, a partir do que se tornou difícil detectar e individuar um interesse privado que fosse “completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público”.¹⁰⁴

Entretanto, o Estado Social causou desencanto¹⁰⁵, por não conseguir atender às necessidades e aspirações da sociedade, precisando de nova alternativa para sucedê-lo. Também se mostrou imprescindível a alteração da forma estatal para que as normas constitucionais fossem definitivamente entendidas como Direito positivo e pudessem ser diretamente alegadas perante os tribunais.¹⁰⁶ Logo, o Estado Social foi se enfraquecendo e, mesmo com cunho assistencialista, mostrou-se incapaz de suprimir diferenças sociais e

¹⁰¹ Neste sentido manifesta Perlingieri que “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. [...] Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 6.

¹⁰² IRTI, *La edad de la descodificación*, p. 63.

¹⁰³ Giorgianni explica que “o uso dos termos ‘publicização’ ou ‘socialização’ deriva, portanto, não já de uma concepção especulativa – como a submissão de todo ato de autonomia privada à ‘norma’ – mas, sim, da constatação do fenômeno ‘intervencionista’ do Estado na economia.” GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e as suas atuais fronteiras*. Revista dos Tribunais, n. 747. p. 45. Lôbo distingue os fenômenos da publicização e da constitucionalização do direito privado, explicando que “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, *Constitucionalização do direito civil*, p. 59.

¹⁰⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 55.

¹⁰⁵ Explica Luño que o desencanto foi “[...] producido por la pervivencia y aparición de fenómenos claramente contrários a esse logro en el Estado social de Derecho (centralismo de Estado, marcadas desigualdades sociales y económicas, sociedades multinacionales y grandes monopolios típicos del neocapitalismo, manipulación de la opinión pública através de los *mass-media*...) [...]” Op. cit., p. 229.

¹⁰⁶ LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 255.

econômicas, em face de uma estrutura centralizadora e, muitas vezes, de cunho totalitário.¹⁰⁷

1.1.3 Estado Democrático de Direito: mudança de paradigma

Diante da necessidade de um regime democrático e da efetiva proteção à pessoa humana surgiu o Estado Democrático de Direito, com a finalidade de transformar a situação vigente pela concretização da igualdade material. O instrumento de mudança nesse tipo de Estado é a lei, que busca a reestruturação das relações sociais com base na solidariedade, vendo o ser humano como membro de uma comunidade.¹⁰⁸

Com isso, nasceu o anseio de “conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, [...] mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”¹⁰⁹, com o intuito de realizar a “*transformação do status quo*”.¹¹⁰ A partir daí, a Constituição¹¹¹ passou a ser o centro do sistema jurídico, visto que começou a fazer parte do próprio conteúdo desta forma de Estado.

Inicialmente, as constituições eram tidas somente como cartas políticas, não sendo consideradas normas jurídicas, tendo como seus destinatários o poder público e não o povo¹¹². No Estado Democrático de Direito¹¹³ passaram a representar o fundamento do

¹⁰⁷ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 229.

¹⁰⁸ STRECK;MORAIS, *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 94.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 92.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 92.

¹¹¹ Ressalta Streck que a Constituição brasileira é democrática e “seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade.” Desse modo, o direito, como fruto da modernidade, deve ser visto “*como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)*.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

¹¹² Menciona Lorenzetti que, “em uma primeira etapa, as Constituições questionaram fundamentalmente, a organização do governo, e seus destinatários eram os governantes. Não obstante, imediatamente, incluíram direitos do cidadão diante da organização estatal, e, posteriormente, direitos socioeconômicos, disposições sobre organização da economia e, em geral, normas vinculadas ao Direito Privado. A norma constitucional deixa de ser exclusivamente uma regra que unicamente continha elementos de Direito Público para se referir também às relações entre os particulares.” LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 254.

¹¹³ Conforme Streck e Moraes, “são *princípios* do Estado Democrático de Direito: **A- Constitucionalidade**: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **B- Organização Democrática da Sociedade**; **C- Sistema de direitos fundamentais individuais e**

ordenamento jurídico, a lei maior, que serve para unificar todo o sistema jurídico, de modo que as demais normas têm de ser compatíveis com ela.

A Constituição trouxe em seu bojo um acordo de vontades de uma sociedade que vive de forma democrática num Estado comprometido com a promoção dos direitos fundamentais. Por isso, representa um “conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera.”¹¹⁴

Ocorreu a evolução¹¹⁵ da teoria constitucional, especialmente pelo reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais e pela presença de tipo aberto, que permite a valoração do intérprete de acordo com a situação, bem como por aperfeiçoar o controle da constitucionalidade e valorizar a jurisdição constitucional.¹¹⁶ Assim, no Estado Democrático de Direito aconteceu a abertura do sistema jurídico¹¹⁷, momento em que os princípios passam a ser vistos com caráter normativo, inclusive sendo aplicados com prioridade sobre normas específicas, pois em, “tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não mais apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo.”¹¹⁸

*coletivos, seja como estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D- Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E- Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F- Divisão de Poderes ou de Funções; G- Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbitrio e a prepotência; H- Segurança e Certeza Jurídicas.” STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p.92.*

¹¹⁴ PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 5.

¹¹⁵ “É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda a regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infra-constitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas.” TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 224.

¹¹⁶ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 51-53

¹¹⁷ Explica Bodin de Moraes que “ a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação *infra*-constitucional. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento jurídico.” BODIN DE MORAES, Maria Celina, no Prefácio da obra de NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4-5.

¹¹⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 146.

Por conseqüência, a Carta Magna passa a ser entendida como norma jurídica,¹¹⁹ a ter “*status* de autêntica norma jurídica”¹²⁰, irradiando-se sobre todo o sistema jurídico e representando a fonte maior do direito, seja público, seja privado.¹²¹ Os princípios constitucionais, por sua vez, começam a ser aplicados a todas as relações jurídicas, inclusive àquelas realizadas exclusivamente entre particulares, regidas pelo direito civil.

Portanto, a Constituição no Estado Democrático de Direito caracteriza-se por conter, ao mesmo tempo, disposições que estruturam o Estado e seus princípios fundamentais e normas de direito civil, que, por sua vez, disciplinam relações privadas. Esse intercâmbio demonstra que “o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa valores sociais de vigência efetiva.”¹²² Diante dessa realidade, o direito privado é alterado pelo texto constitucional, que, ao seu turno, concede caráter fundamental a algumas de suas normas, gerando a “constitucionalização do direito civil.”¹²³

Tal fenômeno sustenta-se na força normativa dos princípios constitucionais, os quais propiciaram que todas as áreas do direito fossem alcançadas pelos valores da Constituição, inclusive o direito civil. Passou a existir uma nova perspectiva, denominada de civil-constitucional¹²⁴, cujo objetivo é “uma efetiva proteção e um permanente desenvolvimento da pessoa humana. Em suma, a tutela da pessoa humana e da sua dignidade fundamental constitui [...] a força ativa e determinante das inovações no direito civil, conformando-o à contemporaneidade.”¹²⁵

¹¹⁹ “A Constituição é uma norma jurídica.” LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 254. Complementa o autor “a Constituição é fonte de Direito Privado [...] é lei positiva e pode ser alegada nos tribunais.” *Ibid.*, p. 255.

¹²⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 51.

¹²¹ Explica Streck que “sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (*banho de imersão*, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou *filtragem constitucional*, no dizer de Clève).” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 250.

¹²² LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 253.

¹²³ *Ibid.*, p. 253.

¹²⁴ Maria Celina Bodin de Moraes é pioneira em utilizar a expressão “direito civil constitucional”. É importante ressaltar que Judith Martins-Costa, ao comentar sobre a mencionada designação, assim se manifesta: “Registro, contudo, compreender esta expressão apenas em seu valor significante de uma mudança no modo de compreender a relação entre a Constituição e o direito privado, pois não se pode imaginar um direito civil que seja a- ou in-constitucional.” MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 625.

¹²⁵ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 59.

Com isso, a perspectiva civil-constitucional analisa a historicidade do direito civil e da Constituição, bem como suas transformações, e procura enquadrar as mudanças do direito civil à luz dos valores constitucionais, conduzindo a que todas as relações civis tenham como valor maior a dignidade da pessoa humana.

A constitucionalização do direito civil apresenta-se de modo formal e material. Pelo primeiro¹²⁶, a Constituição Federal passou a conter normas que se localizavam no Código Civil, como, por exemplo, sobre o instituto da usucapião; sob o aspecto material¹²⁷, a constitucionalização mostra-se pelo fato de a Constituição Federal representar a fonte dos valores que fundamentam o direito civil, ou seja, deslocaram-se os valores do Código Civil para a Constituição Federal, demonstrando que ela passa a ser a unidade do sistema.¹²⁸

Menciona Tepedino que a constitucionalização do direito civil confere “maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica”; assim, ocorre a modificação valorativa do conceito de ordem pública, colocando como centro do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana. Tal fato não traduz a “redução quantitativa” do campo da autonomia privada, mas, sim, uma “transformação qualitativa”, visto que o direito civil e seus institutos são irradiados pelos valores oriundos da Constituição.¹²⁹

Nessa linha, as constituições alargaram suas disposições¹³⁰ e passaram a disciplinar sobre questões que até então eram somente regradas pelo direito privado. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 sedimentou o Estado Democrático de Direito e provocou profundas alterações ao trazer em seu texto preceitos sobre institutos que formam os pilares do direito privado, como a família, a propriedade e os contratos.¹³¹ Da mesma forma, o

¹²⁶ Lorenzetti menciona que o critério formal do conteúdo civil do texto constitucional decorre “do caráter de norma fundamental que tem a Carta Magna, e, por isso, trata-se de normas destinadas a fixar as bases mais comuns e abstratas das relações civis.” LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 253.

¹²⁷ Por outro lado, afirma Lorenzetti que o critério material está “constituído por aquelas regulamentações relativas à pessoa, a sua dimensão familiar e patrimonial, às relações jurídicas privadas gerais.” *Ibid.*, p. 253.

¹²⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-128.

¹²⁹ TEPEDINO, *Temas de direito civil* - Tomo II, p. 42.

¹³⁰ Refere Fachin que “a noção de patrimônio e de pertença acompanha a concepção do indivíduo. Quando, a partir de 1919 – especialmente com a constituição de Weimar – esse direito começa a deixar de ser tomado como algo absoluto, nasce a idéia de que o exercício da titularidade da apropriação corresponde a limites negativos, e emerge, com maior clareza, no plano da propriedade, a noção de abuso de direito.” FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 300.

¹³¹ Observa-se que tais assuntos, além de serem, historicamente, objeto do direito privado, até então eram tratados por leis infraconstitucionais. “Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do

texto constitucional encontra-se permeado por princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana, que é considerado o “princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”.¹³²

As Constituições contemporâneas consideram a pessoa humana de modo concreto¹³³, vendo-a como um ser dotado de necessidades, que difere de uma para outra, inserida num determinado meio social e em constante relação com seus semelhantes.¹³⁴ As Cartas Políticas¹³⁵ deixaram, portanto, de ser instrumentos neutros e de entender a pessoa como um sujeito abstrato.

Com relação ao direito civil, no Estado Democrático de Direito percebe-se que seu conteúdo apresenta-se fragmentado. No Brasil, a par da recente edição do Código Civil, vige uma gama de estatutos, leis e normas supranacionais, especialmente as que regulam mercados regionais, por um lado retratando um pluralismo de fontes normativas no direito privado e, por outro, proporcionando a abertura da estrutura fechada da codificação. Neste caso, “consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”¹³⁶, mediante o reconhecimento do caráter normativo a seus princípios.¹³⁷

sistema de direito civil clássico: Na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social): na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).” RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 11-12.

¹³² FINGER, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito privado*, p. 94

¹³³ Ressalta Negreiros que “ o processo de materialização do indivíduo destinatário das normas jurídicas e de seus direitos repercute no direito civil e dá ensejo a que certas situações sociais, como é o caso das relações de trabalho, consideradas as suas particularidades, acabem por se compor através de disciplina jurídica tão específica que, em alguns ordenamentos, se constituirá em sistema autônomo, separado do sistema de direito civil.” NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 55

¹³⁴ *Ibid.*, p. 54.

¹³⁵ Conforme Tepedino, “há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão “carta política”, porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-a de seu papel unificador do direito privado.” TEPEDINO, *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, p. 18.

¹³⁶ TEPEDINO, *Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 13.

¹³⁷ No mesmo sentido, sustenta Perlingieri que “ o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional .” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 6.

Logo, antigos fundamentos do direito civil, em especial, o de regulamentar a vida privada segundo o prisma do patrimônio, foram desfeitos pelo fenômeno da Constituição, que se apresenta com princípios que

[...] têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais. O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar seu desenvolvimento com dignidade.¹³⁸

Na sociedade contemporânea a relação entre Código Civil e Constituição deixou de ser paralela e passou a ser convergente, na medida em que as normas constitucionais passam a incidir sobre as relações privadas.¹³⁹ Assevera Perlingieri que existem várias posições a respeito da relação entre norma constitucional e ordinária, das quais uma vê o texto constitucional como simples limite da legislação ordinária; outra entende que a norma constitucional é “uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários”¹⁴⁰; por sua vez, uma terceira sustenta a aplicação indireta da norma constitucional, que só poderia ser utilizada se houvesse uma norma ordinária que dispusesse sobre a matéria; e numa última situação estaria o entendimento, esposado por Perlingieri,¹⁴¹ da aplicabilidade direta da norma constitucional, a qual pode “ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.”¹⁴²

Percebe-se, portanto, que a realidade social e jurídica de cada época altera a diferenciação entre direito público e direito privado, cujos critérios clássicos repousavam

¹³⁸ FINGER, , *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito privado*, p.95.

¹³⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 50.

¹⁴⁰ PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 10.

¹⁴¹ O doutrinador italiano refuta as três primeiras posições por contrariarem a realidade de prevalência da Constituição e dos valores nela contidos, bem como de que a norma constitucional é uma “verdadeira norma”. Contudo, complementa Perlingieri que “o que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta [...], mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.” *Ibid.*, p.11-12.

no interesse que cada ramo visa tutelar, bem como levam em conta a área de atuação. Com relação ao interesse, observa-se que, atualmente, tal critério não gera certeza na separação, em face da grande dificuldade em distinguir os limites do interesse individual, ou particular, do social e do estatal. Diante disso, o direito privado não se mostra mais “como uma antítese do direito público, como um lugar em que os particulares estejam a salvo das ingerências do Estado.”¹⁴³ Ao contrário, as duas esferas complementam-se, mostrando a unidade do sistema jurídico numa sociedade orientada por valores constitucionais que primam pelo respeito à pessoa humana.

Nesse sentido, cabe inferir que aconteceram relevantes modificações no direito privado desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito¹⁴⁴. Conforme Bodin de Moraes¹⁴⁵, uma delas foi a alteração do mundo da segurança para a atual realidade de incertezas e inseguranças. Disso resulta que a codificação não representa mais um sistema fechado e auto-referente, tampouco uma forma de legislação que contempla todos os casos, e que gera indiscutível certeza e segurança.¹⁴⁶

¹⁴² PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 11.

¹⁴³ MATTIETTO, *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*, p. 164.

¹⁴⁴ Refere Streck que “no Estado Liberal, o centro da decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. *Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 55.

¹⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Constituição e direito civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade*, nº 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, ago-dez. 1999. p. 106.

¹⁴⁶ Martins-Costa explica essa alteração, que também é denominada de “passagem” ou “crise”, com base no pensamento de Natalino Irti mencionando que “naquele mundo não só as leis eram claras, seguras, sistematicamente postas em códigos dominados fundamentalmente pela pretensão da plenitude da lei, como as regras do jogo – em tanto que claras e seguras- permitiam aos juristas abandonar-se a um tipo de interpretação fundamentalmente estática e linear, e, portanto, ‘segura’ como as demais regras do jogo. A segurança decorria, então, de dois vetores fundamentais. Em primeiro lugar, do dogma da identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma, subentendido ao pré-convencimento de que as disposições normativas estivessem já integral e substancialmente contidas no texto da norma, o que conduzia, em última análise, ao mito da identidade entre a norma e o seu texto, vale dizer, o código. Em segundo lugar, derivava da sistematicidade externa aos próprios textos legais codificados, perfeitamente admissível quando, desconhecido o fenômeno que se convencionou chamar de inflação legislativa, os vários ‘ramos’ ou disciplinas jurídicas tinham os seus campos rigidamente demarcados nos vários códigos que lhes eram correspondentes. Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema.” MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 275-276.

A outra mudança diz respeito à passagem da “ética da autonomia ou da liberdade” para a “ética da responsabilidade ou da solidariedade”.¹⁴⁷ Como decorrência, houve a relativização do voluntarismo jurídico, superando a visão individualista-liberalista e permitindo que, a par da idéia de proteger a liberdade, existisse a noção de tutelar a dignidade da pessoa humana. Destaca-se que a liberdade ou a autonomia não são anuladas ou substituídas; ambas coexistem com o valor maior do respeito à dignidade humana, elevando o ser humano ao centro do ordenamento jurídico.

O conteúdo constitucional no Estado Democrático de Direito provocou a repersonalização do direito privado restabelecendo a primazia da pessoa humana, que por sua vez, deve ser vista de modo real, concreto e inserida no meio social. Em especial, o fenômeno constitucional trouxe significativas mudanças no direito contratual relativizando o princípio da autonomia da vontade, que reinou intocável por muitos anos. Porém, algumas alterações encontram resistência por parte da doutrina e dos aplicadores¹⁴⁸ que ainda estão vinculados a uma concepção liberal-individualista, realizando uma interpretação que reproduz a desigualdade social.

Conclui-se que a influência constitucional sobre o direito privado tem notória importância na área dos contratos¹⁴⁹, eis que a Carta brasileira repersonalizou esse instituto, com a finalidade de valorizar a pessoa humana. Dessa maneira, mudou-se o paradigma do direito privado, com a substituição da idéia de indivíduo pela de pessoa e o reconhecimento dos valores sociais do trabalho, para construir uma sociedade justa e solidária, no sentido de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, bem como garantir que a ordem econômica assegure a justiça social.

Assim, dentro desse novo contexto do direito civil iluminado pela Constituição, antes de analisar o fenômeno de sua repersonalização, torna-se imperioso investigar a noção de pessoa humana, sua evolução e os enfoques pelos quais ela foi entendida ao longo da história da humanidade até os dias atuais, para, assim, verificar no que se assenta a proteção e o respeito a sua dignidade.

¹⁴⁷ BODIN DE MORAES, *Constituição e direito civil: tendências*, p. 106.

¹⁴⁸ Silva Filho menciona que “a Constituição surge assim como um manancial de normas e princípios transformadores dos clássicos institutos e conceitos do Direito Civil. Porém, a implantação desta tendência encontra-se obstada pela manutenção de uma estrutura lógico-racional ultrapassada, onde o pensamento dedutivo-conceitual, brindado pelo enfoque positivista prevaemente, reserva para os princípios e normas constitucionais um papel menos efetivo e mais retórico.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 267.

¹⁴⁹ Vide artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; e 170, todos da Constituição Federal do Brasil.

1.2 Do indivíduo à pessoa: o cidadão do mundo e o mundo do cidadão

O fenômeno da constitucionalização do direito civil é consequência do Estado Democrático de Direito e tem estreita relação com a internacionalização dos direitos humanos, fato que levou a que a pessoa humana fosse entendida como cidadã do mundo e que seus direitos passassem a ser protegidos além das fronteiras dos Estados, superando os conceitos de território e soberania. Constata-se que a dignidade do ser humano não é um valor a ser realizado somente pelo direito civil ou por alguns ramos do direito, mas apresenta-se na Constituição Federal como direito fundamental e, no caso do Brasil, como objetivo da República, pois representa matéria de direitos humanos e diz respeito a toda humanidade.

Nessa ótica, a pessoa possui direitos, denominados humanos, que são fruto de um longo processo histórico, de uma evolução gradativa, que acontece concomitantemente com o desenvolvimento da sociedade, da história e do pensamento humano, os quais devem ser respeitados e recepcionados pelo direito interno de cada Estado.

Os direitos humanos¹⁵⁰ designam direitos pertencentes a todas as pessoas em face de sua natureza humana, foram conquistados historicamente e merecem o reconhecimento e a proteção de cada pessoa, de cada Estado e também na esfera internacional. Dessa forma, os direitos inerentes ao ser humano¹⁵¹ romperam as barreiras do direito interno e da soberania, com o que passam a existir “cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.”¹⁵²

Logo, os direitos humanos têm seus contornos revestidos pela universalidade, inalienabilidade e indispensabilidade, pois, juntamente com a paz e a democracia¹⁵³, são

¹⁵⁰ Conforme Luño, os direitos humanos podem ser conceituados como “um conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 48.

¹⁵¹ Carrio menciona que os direitos humanos derivam dos princípios da inviolabilidade da pessoa, da autonomia da pessoa e da dignidade da pessoa. CARRIO, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion*: distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.14.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.1.

¹⁵³ No dizer de Häberle, “o fundamento do Estado Constitucional é duplo: soberania popular e dignidade humana”. HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.

elementos imprescindíveis à convivência pacífica e harmoniosa dos Estados internamente e na comunidade internacional.¹⁵⁴

Mais importante do que discutir sobre os fundamentos dos direitos humanos, indagando se são absolutos ou relativos, naturais ou históricos¹⁵⁵, é perquirir sobre sua concretização, observando sua efetividade tanto no âmbito nacional como no internacional. Afinal, como o próprio nome designa, os direitos humanos têm como escopo o reconhecimento e a proteção dos direitos da pessoa humana.

Nessa senda, não se pode olvidar que a visão da pessoa humana como cidadão do mundo e o conseqüente reconhecimento de seus direitos, em especial da sua vida e da sua dignidade, decorreram das inesquecíveis¹⁵⁶ barbáries¹⁵⁷ acontecidas na Segunda Guerra Mundial, as quais ainda hoje provocam repulsa pela crueldade e desprezo pelo gênero humano. Nesse contexto histórico milhares de pessoas morreram nos campos de concentração¹⁵⁸ e outras tantas foram privadas de um lugar no mundo¹⁵⁹, em que sua

Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131.

¹⁵⁴ Refere Bobbio que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos que lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.” BOBBIO, *A era dos direitos*, p.1.

¹⁵⁵ Sustenta Bobbio que “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁶ Menciona González que os povos da América Latina esquecem com facilidade as violações aos direitos humanos, enquanto os demais povos não esquecem nem perdoam. Adverte o autor que “o esquecimento das violações de direitos humanos na América Latina pode ser o caldo de cultura que permita que o mal volte a se repetir.” GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. *Direitos humanos na América Latina: transições inconclusas e a herança da novas gerações*. Unisinos, 2001.

¹⁵⁷ Inquietante e emocionante o depoimento do engenheiro Primo Levi, relatando sua condição de prisioneiro de um campo de concentração nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Refere o autor: “Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seus queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento - pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência”. LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. Luigi Del Re. 3. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p.25.

¹⁵⁸ Verifica-se na história a perda da dignidade das pessoas, visto que “ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.23.

opinião fosse significativa. Enfim, perderam seu lar e sua condição política, foram expulsas da humanidade.¹⁶⁰

Esse fato levou a que os direitos humanos passassem a ser positivados no direito internacional por meio de tratados internacionais, revelando a preocupação dos Estados em reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana, independentemente de ser nacional deste ou daquele Estado.¹⁶¹ Enfim, o ser humano é entendido como cidadão do mundo.

Nesse sentido, evidencia-se a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que promoveu o início de uma nova era, na qual Deus, os costumes ou a história deixaram de ser a fonte da lei, com a pessoa passando a sê-lo. Por isso, os direitos do homem são inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outra lei ou direito, ou seja, o

¹⁵⁹ Refere Arendt que os apátridas e as minorias perderam seus lares, ou seja “perderam toda a textura social na qual nasceram e criaram para si um lugar peculiar no mundo”. (p. 234). Da mesma forma, não foram perseguidos por algo que tivessem feito, mas por terem nascido na raça ou na classe errada, ou seja, “a inocência era a marca da privação dos direitos e o selo da sua perda de posição política”.(p. 235) Com isso, a calamidade não decorre do fato de serem privados da vida, da liberdade ou da igualdade perante a lei, mas sim de não pertencerem a nenhuma comunidade (p. 236), tornado-se “o refugio da terra”. (p. 199). ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: imperialismo, a expansão do poder*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 238.

¹⁶¹ Ressaltam-se como principais pactos que referem sobre a dignidade humana: a) a Carta das Nações Unidas (1945): Preceitua o preâmbulo sobre a dignidade da pessoa humana: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim, como das nações grandes e pequenas [...]” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 35; b) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): aduz o preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” E mais adiante, menciona o artigo I : “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” *Ibid.*, p. 519-520; c) a Declaração Americana dos Direitos e deveres do Homem (1948): Dispõe em seu preâmbulo: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.” *Ibid.*, p. 557; d) o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966): Menciona o preâmbulo: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo.” *Ibid.*, p. 579; e) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (1979): Refere o preâmbulo deste pacto: “Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirma o princípio da não-discriminação e proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os seus direitos e liberdades proclamados nessa Declaração, sem distinção alguma, inclusive de sexo.” *Ibid.*, p. 612; f) a Convenção das Nações Unidas sobre a Tortura: Preceitua o preâmbulo: “Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo, reconhecendo que esses direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana .” *Ibid.*, p. 626; g) a Convenção sobre o Direito das Crianças (1989): Dispõe o preâmbulo: “tendo presente que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais e na dignidade e no valor da pessoa humana e resolveram promover o progresso social e a elevação do padrão de vida em maior liberdade;” *Ibid.*, p. 636.

próprio homem é sua origem e objetivo.¹⁶² Atualmente, a humanidade assumiu o papel antes atribuído à história ou à natureza; logo, o direito de ter direitos ou o direito de cada pessoa de pertencer à humanidade deve ser garantido pela própria humanidade.¹⁶³

Giza-se que após a Declaração Universal dos Direitos Humanos o princípio da dignidade foi positivado nas Cartas Políticas da maioria dos países membros da comunidade internacional, inclusive no Brasil, conforme se verifica no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal¹⁶⁴. Logo, para entender e saber a importância da valorização da pessoa humana e do respeito a sua dignidade no mundo jurídico é preciso saber quem é ela.

1.2.1 Evolução filosófico-histórica da noção de pessoa humana

A pessoa humana é um ser vivo composto de corpo, mente e sentimentos; um ser que existe, pensa e é dotado de razão; um ser social que necessita da presença de outros humanos para desenvolver-se plenamente; um ser que evolui ao longo do tempo e que estabelece relações dinâmicas e mais complexas a cada dia; um ser que deve ser protegido por normas criadas por ele mesmo, que não permitam qualquer tipo de violação e discriminação e que defendam, prioritariamente, a sua dignidade. Portanto, o ser humano, entre outras muitas formas, pode ser visto dos pontos de vista biológico, filosófico, sociológico, histórico e jurídico. Neste trabalho, para atingir o objetivo proposto, analisam-se alguns aspectos da evolução filosófico-histórica da pessoa, a fim de que se possa entender como sua dignidade foi elevada a valor máximo da humanidade.

Inicialmente, é imprescindível destacar que a pessoa pode ser vista, com base no aspecto biológico, como um organismo multicelular provido de raciocínio, possuindo características e mecanismos próprios da espécie humana que a fazem um ser vivo¹⁶⁵,

¹⁶² ARENDT, *As origens do totalitarismo*: imperialismo, a expansão do poder, p. 229-230.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 240.

¹⁶⁴ Art. 1º da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana. [...]”

¹⁶⁵ “O ser humano é, na verdade, um autômato e o fato de sermos organismos com sensações, sentimentos e conhecimento é parte dessa seqüência automática da vida; esses atributos especiais nos permitem viver sob condições extremamente variadas que, de outra forma, tornariam a vida impossível.” GUYTON, Arthur C.

diferente dos demais que compõem a natureza. Esse pensamento, decorrente das ciências da natureza, representa “uma visão científico-natural do homem”, mostrando que sua humanidade, ou seja, sua condição de ser humano, aflora do fato de ser pessoa, independentemente da história que o cerca.¹⁶⁶ Portanto, a pessoa é considerada tão-só como pessoa por pertencer ao gênero humano.

Por outro lado, há a possibilidade de explorar a noção de pessoa humana numa leitura cultural, vendo-a como fruto do ambiente em que vive, ignorando o enfoque promovido pelas ciências da natureza. Nessa concepção, o ser humano é visto como uma página em branco que será completada e escrita ao longo de sua vida e de acordo com o meio social onde estiver inserido.

Percebe-se, assim, que a moderna filosofia faz uma divisão entre as ciências da natureza, que observam o homem como uma criatura da natureza, e as ciências do espírito, que compreendem a pessoa inserida numa realidade histórica, da qual ela também é parte.¹⁶⁷

Todavia, esse “dualismo epistemológico” pode ser superado pela “perspectiva da fenomenologia de Heidegger”, ou seja, “tudo o que pode ser dito e compreendido sobre o ser já é uma determinação do *ser-aí*. Isto quer dizer que qualquer compreensão que o homem possa ter sobre os entes que o cercam e sobre si mesmo já vem amparada por um *mundo* que lhe antecede.”¹⁶⁸ Portanto, sob o viés fenomenológico desaparece a divisão entre mundo da vida e da cultura, pois tudo é natureza e tudo é cultura ao mesmo tempo.

Nessa perspectiva, a pessoa precisa das demais para manter-se como humana; necessita do convívio com os outros¹⁶⁹, e é com esse contato e com essa realidade social

Tratado de fisiologia médica. 9. ed. Tradução Charles Alfred Esbérard. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1997. p. 3.

¹⁶⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.117-118.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.118.

¹⁶⁸ Menciona Silva Filho que “o *ser-aí* indica o homem a partir de uma perspectiva existencial. É um ente cujo modo de ser é o de guiar-se a partir da compreensão que possui dos demais entes e de si mesmo. É um ente que pressupõe uma *compreensão* existencial, que por ele não é escolhida, pois para que possa escolher algo, já tem de possuir uma compreensão prévia. Esta lhe é dada a partir do seu contexto histórico e cultural, a partir dos sentidos que lhe chegam pela linguagem.” *Ibid.*, p.119.

¹⁶⁹ Silva Filho relata os casos das meninas Amala e Kamala que afastadas do convívio social dos humanos, viveram entre lobos possuindo modo-de-ser idêntico a estes animais, ou seja, deixaram de ter aparência física e comportamento de humanos, agindo como se lobos fossem. Da mesma forma, o caso de Kaspar Hauser que viveu desde a infância preso e isolado das demais pessoas. Como resultado não sabia se comunicar, tampouco conhecer objetos. Esses impressionantes casos revelam que os personagens possuíam condições

que tece sua história, seu modo-de-ser, eis que seu “mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da pre-sença é *mundo compartilhado*.”¹⁷⁰

Percebe-se, então, que a pessoa não representa apenas uma dimensão física ou biológica de um ser, mas revela-se numa perspectiva existencial; por isso, é de suma importância trilhar o caminho de sua evolução histórico-filosófica.

As primeiras notícias históricas de reflexões do homem sobre a própria natureza humana aconteceram no período denominado de axial, compreendido entre 600 a 480 a.C., fase em que inúmeros pensadores¹⁷¹ abandonaram explicações mitológicas de que deuses haviam criado o mundo e definido o destino de cada pessoa. A partir daí, com o surgimento da filosofia na Grécia e, depois, com o aparecimento da fé monoteísta¹⁷², esboçaram-se “os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”¹⁷³, em face de possuir liberdade e razão.

Mais adiante, importante para a conceituação da pessoa e a afirmação de sua dignidade, houve a influência do cristianismo, que passou a pregar a igualdade universal dos filhos de Deus, embora isso se desse apenas no plano sobrenatural.¹⁷⁴ Assim, a partir do século VI a pessoa passou a ser vista pela sua própria substância de homem, não só pela sua exterioridade, ou seja, começou a ser entendida como um composto de substância espiritual e corporal.¹⁷⁵ Essa idéia fundamentou o princípio da igualdade essencial entre as pessoas, que, por sua vez, constitui o núcleo da universalidade do direitos humanos.¹⁷⁶

genéticas de ser humano, no entanto apresentavam-se como animais, eis que não desenvolveram a capacidade de comunicação por meio da linguagem, tampouco o raciocínio. Com isso, para se mostrar como humano, a pessoa deve assimilar sentido e noções que lhe são transmitidas culturalmente, só aí os homens se tornam homens. SILVA FILHO, Pessoa Humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade, p. 120-123.

¹⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 170.

¹⁷¹ Como principais pensadores desta época refere-se: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaías em Israel. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 8.

¹⁷² Ressalta-se que a religião cristã partiu da afirmação de que o homem representa a imagem de Deus e concluiu que a pessoa possui valores intrínsecos, pelos quais não pode ser transformada em objeto. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.30.

¹⁷³ COMPARATO, op. cit., p. 11.

¹⁷⁴ O cristianismo admitia e continuou admitindo por longo tempo a escravidão, a inferioridade da mulher, dos indígenas, dos asiáticos, dos africanos e dos americanos. COMPARATO, op. cit., p. 18.

¹⁷⁵ Revelantes os estudos de Tomás de Aquino, que chegou a referir o termo *dignitas humana*. Porém, tal expressão ganhou vigor na “Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico della Mirandola, que, partindo do racionalismo como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta

Assim, somente os homens passaram a ser vistos como pessoas, sucumbindo a idéia antiga de que certos animais ou objetos pudessem ser considerados como pessoas. Tal pensamento encontrou guarida na teologia moderna, em especial nos estudos de Santo Tomás de Aquino. Nesta linha, defendia que o homem se diferenciava de Deus, seu Criador, por ser a criação e se distinguia das demais criaturas por possuir razão.¹⁷⁷

Após, com o Renascimento e, em seguida, com o Iluminismo, as grandes questões da humanidade voltaram à tona, fortaleceu-se o direito natural com a defesa de que não fosse reduzido o conceito de pessoa a certas categorias ou classes sociais, pois o requisito para ser pessoa era pertencer à espécie humana, não importando cor, sexo, classe social, religião etc. Tal aceção levou à conclusão de que “todos os homens são pessoas”.¹⁷⁸

Destacam-se as lições de Descartes¹⁷⁹, que, afirmando-se na razão humana sustentava que o homem é um ser que pensa e, em face disso, existe, e de Pufendorf ao defender que a dignidade da pessoa consistia em sua liberdade de escolher de acordo com seu entendimento, momento em que deveria ser respeitada.¹⁸⁰

Na seqüência surgiu a teoria contratualista¹⁸¹, defendendo o estado de natureza como pressuposto da liberdade e da igualdade entre todas as pessoas, que se constituiu na primeira aproximação moderna com a concepção de direitos humanos. Nesta fase

qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.” SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 31.

¹⁷⁶ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 19-20.

¹⁷⁷ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 14.

¹⁷⁸ HATTENHAUER, op. cit., p. 15-16

¹⁷⁹ Para Descartes, a verdade *penso, logo existo* é firme e certa, devendo ser aceita até pelos mais céticos. Neste sentido, refere que “por aí compreendi que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste exclusivamente no pensar e que, para ser, não precisa de nenhum lugar nem depende de nada material. De modo que eu, isto é, a alma pela qual eu sou o que sou é inteiramente distinta do corpo e até mais fácil de conhecer do que este e, mesmo que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.” DESCARTES, René. *Discursos do método*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.42

¹⁸⁰ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 32.

¹⁸¹ Rousseau, ao defender o pacto social, referia que “em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, uma igualdade moral e legítima a toda desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e por direito.” ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin-Claret, 2005. p. 37. Para Locke, “o pacto que institui a sociedade exige a unanimidade, e, uma vez realizado, é irrevogável [...]. Os indivíduos, outrora dispersos no estado de natureza, passam a formar um único corpo, abdicando cada qual da sua independência original, bem como do poder de punir, e os transferindo agora ao Estado. A partir daí, a direção deste corpo é aquela apontada pela maioria. Enquanto a sociedade é oriunda de um contrato, o governo é fruto de uma confiança (*trust*), nele depositada pelos demais membros da sociedade.” SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: Editora Unisinos- Renovar, 2006. p. 545.

destacaram-se as contribuições de Locke¹⁸², que justificava a origem dos direitos à luz da lei natural, referindo que “la libertad del hombre y su libertad de actuar según su voluntad se hallan fundadas em la razón, que es capaz de enseñarle aquella ley a tenor de la cual debe guiarse a si mismo.”¹⁸³

Salienta-se a influência da filosofia kantiana que representou um marco importante na construção da definição de pessoa como sujeito de direitos universais, mesmo antes do nascimento do Estado Moderno, demonstrando que todo homem tem faculdade de agir segundo as leis e princípios que ele próprio cria¹⁸⁴, visto que, como ser racional, tem dignidade, merecendo respeito e consideração. Defende Kant que “a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”¹⁸⁵ Assim, a pessoa difere dos seres irracionais, que possuem preço e não são dotados de razão e vontade.¹⁸⁶

Desse modo, o respeito à pessoa humana fundamenta-se num imperativo categórico, ou seja, um “princípio incondicional” que não se altera conforme muda a realidade fática, mas traz consigo a concepção de “moralidade”, entendida como a “livre aceitação de um dever que a razão apresenta à vontade como necessário”.¹⁸⁷ Tal preceito moral deve ser aceito e ter aplicação em qualquer momento e para todas as pessoas, passando pela “prova da universalização”, eis que a vontade será boa se for conforme as leis da razão e submeter-se ao constrangimento moral.¹⁸⁸

Kant, portanto, considerou a pessoa humana como ser racional que “existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela

¹⁸² Para Locke, “a lei natural é a lei da razão, podendo ser conhecida pela razão humana universal. A obediência a esta lei é baliza para as ações morais e para a própria atuação do governo civil, uma vez instituído. [...] O entendimento racional pode ser utilizado para suspender as inclinações mais imediatas, trazidas pela lei da opinião e pelas conveniências mais superficiais e mesquinhas, e proporcionar o conhecimento de objetivos mais elevados, que, uma vez conhecidos, passarão a pautar o comportamento humano (é a partir do entendimento que Locke identifica a pessoa livre e responsável pelos seus próprios atos e escolhas, apontando claramente para as teorias modernas da subjetividade), em última análise: a busca da maior felicidade e a fuga da maior miséria [...]” SILVA FILHO, *John Locke*, p. 542- 543.

¹⁸³ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 41.

¹⁸⁴ Para Kant, “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 51.

¹⁸⁵ KANT, op. cit., p. 66.

¹⁸⁶ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 20-21.

¹⁸⁷ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade*, p.126.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 126.

vontade”.¹⁸⁹ Assim, em suas ações, tanto nas dirigidas a ele mesmo como nas aos demais seres racionais, deve sempre ser considerado como fim. Acrescenta Kant¹⁹⁰ que “o fundamento deste princípio é: *a natureza racional existe como fim em si*”.¹⁹¹

Desse prisma, as coisas, por serem irracionais, podem servir de meio e serem taxadas com um preço, ao passo que as pessoas, por sua vontade racional, que é uma vontade legisladora universal, conduzem seu próprio destino, isto é, possuem autonomia. Esclarece Silva Filho, que “esta autonomia estabelece o homem como um *reino de fins* [...], que, além, de demarcar o *respeito de si* (objeto da regra da universalização), aponta para o *respeito pelo outro*, para a reciprocidade.”¹⁹² Cada pessoa representa um fim em si mesma, não podendo ser substituída por outra ou por bens, eis que é única e especial, ou seja, dotada de dignidade.

Assim, “todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”.¹⁹³ Desse modo, tratar a pessoa como um fim significa respeitar sua dignidade, pois, “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”¹⁹⁴

A concepção do ser humano de cunho metafísico traz a pessoa “como ente dotado de valor natural, de dignidade congênita, provinda da sua racionalidade e liberdade”.¹⁹⁵ Portanto, o “homem é pessoa, em sã filosofia. Nesta propriedade fundamental incide o elemento jurídico, nela reside, em última análise, o fundamento da noção de direito natural”¹⁹⁶; assim, “a noção dos direitos do homem é idêntica à de direitos naturais”.¹⁹⁷

¹⁸⁹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 58.

¹⁹⁰ Justifica Kant “que o imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*. Ibid., p. 59.

¹⁹¹ Ibid., p. 59.

¹⁹² SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade*, p.127.

¹⁹³ KANT, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹⁴ Ibid., p. 65.

¹⁹⁵ SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. p.6.

¹⁹⁶ Ibid., p. 6.

¹⁹⁷ Ibid., p. 6.

Da mesma forma, relevante historicamente é a noção jurídica de pessoa trazida pelas revoluções políticas do século XVIII¹⁹⁸. Assim, os direitos fundamentais naquele período diziam respeito aos ramos do direito público e serviam somente para limitar o poder do Estado. Com relação aos indivíduos, “o enfoque estava centrado mais no burguês [...] do que na pessoa humana, considerada em todas as suas dimensões.”¹⁹⁹ Nesse momento aparece a pessoa como sujeito capaz de direitos²⁰⁰ e, após, como material para a construção das relações jurídicas²⁰¹.

No século XX, a pessoa começou a ser entendida como ser único, insubstituível e portador de valores próprios, por isso merecendo respeito a sua vida, aos seus direitos e a sua dignidade. Essa nova noção deveu-se ao pensamento existencialista e à filosofia da vida, os quais sustentam que cada ser humano vive inserido na sociedade e em constante mutação e adaptação ao meio, pelo fato de se constituir num ser inacabado e necessitar dessa interação como os demais para completar-se.²⁰²

Logo, pelo viés fenomenológico de Heidegger, cada pessoa é um ser-no-mundo²⁰³, que possui sua historicidade, faticidade e pré-compreensão²⁰⁴, o que a torna inigualável às

¹⁹⁸ Na Revolução Francesa a liberdade rendeu-se à necessidade, pois a pobreza tomava conta da Europa. Para aquela multidão de pobres interessava mais suprir suas necessidades e gerar felicidade do que a liberdade. Assim continuaram com regime absolutista. Já na Revolução Americana a pobreza estava ausente e os ideais de liberdade prevaleceram, instauraram-se a República, a Suprema Corte e a Constituição. ARENDT, Hannah. *A revolução*. Tradução Editora UnB. São Paulo: Ática, 1988. p. 48-58.

¹⁹⁹ ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 114.

²⁰⁰ Refere Hattenhauer que houve um período em que a pessoa foi definida como sujeito capaz de direitos. Explica o autor que “no se prestaba especial atención a la persona, que aperecía más como una función del Derecho, sin duda esencial, pero em modo alguno como concepto supremo del sistema jurídico. Era el nexo de unión entre derechos y obligaciones, el lugar em que derechos e deberes objetivos se transformaban em legitimaciones y obligaciones subjetivas. La importancia de la persona estribaba em ser capaz de derechos. La persona de haber sido concepto superior de todo el Derecho, quedo em mero instrumento de Derecho civil, em apoyatura para fortalecer los objetos del Derecho.” HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*, p. 19.

²⁰¹ Menciona Hattenhauer, para explicar a pessoa como material para a construção das relações jurídicas, que “Savigny ya no se interrogaba de la persona y de su defición; hablaba de personas em plural. Necesitaba como mínimo dos de ellas para construir una relación jurídica. Las personas se habían convertido em materiales de construcción, indispensables para propósitos de mayor envergadura. No eran el fundamento del Derecho, puesto que lo decisivo em ellas era exclusivamente la cualidad que garantizara su aplicabilidad em las relaciones jurídicas: la capacidad jurídica [...]. El orden jurídico se situaba por encima de lo individual, como algo objetivamente preestablecido, a lo que la persona tenía que acomodarse.” *Ibid.*, p.20

²⁰² COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p.27-32.

²⁰³ Heidegger refere que a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. A compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos pre-sença. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 266.

²⁰⁴ Refere Streck que Heidegger desenvolveu a hermenêutica em nível ontológico, trabalhando “com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão” e que “a linguagem é a casa do ser.” Assim, a

demais e merecedora de respeito. O fundamento dessa compreensão é o próprio homem, que se encontra envolvido num horizonte histórico-cultural e deve ter sua condição humana protegida e mantida, por meio da tutela a sua dignidade.

Diante disso, relevante elucidar no que se constitui o valor maior da dignidade da pessoa humana, sob que aspectos ela pode ser explicada e o que representa na vida de cada ser humano e no ordenamento jurídico.

1.2.2 A dignidade da pessoa humana

A dignidade²⁰⁵, a liberdade e a igualdade, atributos próprios e inerentes à condição humana, representam categorias axiológicas abertas e em permanente transformação no decorrer da história. Tais valores constituem o núcleo dos direitos humanos, visto que todos os seres humanos merecem igual respeito, independentemente de diferenças de nacionalidade, cor, sexo, religião, posição social e outras.

A doutrina justifica a dignidade humana sob vários enfoques, dentre eles os religiosos, filosóficos e científicos. Do ponto de vista religioso, a dignidade pode ser explicada pelo fato de o homem ser criatura de Deus, criado a sua imagem e semelhança; logo, toda pessoa é um ser digno, pois ocupa lugar de destaque na criação, isto é, na posição de filho de Deus. Filosoficamente, a dignidade explica-se em face de a pessoa ser racional, e com base na razão, pautar sua vida e suas ações, possuindo autonomia e constituindo-se num ser reflexivo²⁰⁶. Da mesma forma, cientificamente, argumenta-se que o

compreensão antecipa o sentido, sendo previamente adquirida pelo intérprete. Por sua vez, Gadamer (seguidor de Heidegger) refere que “ser que pode ser compreendido é a linguagem.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 178.

²⁰⁵ Explica Alves que “a palavra dignidade tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa ‘respeitabilidade’, ‘prestígio’, ‘consideração’, ‘estima’, ‘nobreza’, ‘excelência’, enfim, indica ‘qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência’.” ALVES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 109.

²⁰⁶ O pensamento de Kant é grandemente prestigiado pela doutrina nacional e estrangeira, eis que defende a pessoa como um fim, não um meio; logo, veda qualquer “coisificação ou instrumentalização do ser humano.” SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 35.

homem é um ser evoluído e que se encontra no ápice da cadeia do processo evolutivo do mundo.²⁰⁷

Todavia, independentemente das justificativas religiosas, filosóficas e científicas que buscam fundamentar a dignidade, e certamente não explicam tudo, destaca-se o grande conteúdo deste valor inerente à pessoa humana. Logo, a dignidade da pessoa humana é

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁰⁸

Como se vê, o conceito de dignidade não apresenta uma única face, tampouco constitui dado objetivo e com limites fixos, encontrando-se em contínua construção e desenvolvimento, tanto que às vezes é mais fácil concluir sobre o que não é dignidade do que defini-la²⁰⁹. Portanto, segundo Sarlet, a dignidade pode ser estudada segundo diversas dimensões, entre elas, a ontológica, a intersubjetiva, a histórico-cultural e pelo seu caráter dúplice de limite e tarefa.²¹⁰ Cumpre referir que a menção desses aspectos, não tem o objetivo de promover uma investigação exaustiva do assunto, mas servir de fio condutor para fundamentar a dignidade.

Segundo a dimensão ontológica²¹¹, a dignidade pode ser entendida como um atributo intrínseco ao ser humano²¹², decorrendo do fato de que toda a pessoa possui razão e consciência para guiar sua conduta; portanto, é capaz de autodeterminar-se.²¹³ Dessa

²⁰⁷ COMPARATO *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p.1-8.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

²⁰⁹ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 39.

²¹⁰ SARLET, *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p.18-33.

²¹¹ Refere-se que a dimensão ontológica da dignidade apontada por Sarlet difere da ontologia fundamental de Heidegger, que serve de marco teórico deste trabalho. O viés da ontologia fundamental de Heidegger conecta as dimensões ontológica, intersubjetiva e histórico-cultural numa só unidade. Assim, a dignidade deve ser vista na vida real, partindo da pessoa como ser-no-mundo.

²¹² SARLET, *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p. 19.

²¹³ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 67. Menciona que a fórmula universal do imperativo categórico é: “Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer a si mesma lei universal”.

forma, os seres humanos são iguais e, ao mesmo tempo, livres, ou seja, possuem autonomia para traçar seu destino e pautar suas ações.²¹⁴

A dignidade faz parte da própria condição humana²¹⁵, apresentando-se como uma qualidade irrenunciável e inalienável, que deve “ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo [...] ser criada, concedida ou retirada.”²¹⁶ De acordo com essa visão, a dignidade não existe somente porque é reconhecida pelo direito, tanto internacional como interno, mas porque “constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda a experiência especulativa.”²¹⁷

Na dimensão da intersubjetividade, a dignidade é explicada em face de a pessoa humana se constituir num ser individual, que necessita relacionar-se com os demais, ou seja, manter uma ligação social e comunitária com pluralidade.²¹⁸ Esse aspecto traz a noção de igual dignidade para todas as pessoas, que, respeitadas suas individualidades, são membros de uma sociedade, de um Estado e de uma comunidade internacional. A intersubjetividade da dignidade é “traduzida num feixe de deveres e direitos [...] relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao ‘florescimento humano’.”²¹⁹

Do prisma histórico-cultural, a dignidade apresenta-se como um valor em construção, um conceito que é criado, desenvolvido e sedimentado ao longo da história da humanidade, sob a influência da cultura dos povos. Nesse sentido, não representa um dado estático, mas uma realidade que permanece em constante alteração e interação com o ambiente.²²⁰

²¹⁴ Explica Kant que “todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente essa aptidão de suas máximas para constituir a legislação universal o distingue como fim em si mesmo, e do mesmo modo sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como decorrência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista dele próprio e, ao mesmo tempo, do ponto de vista de todos os demais seres racionais como legisladores (os quais por isso, para ele se chamam *peçoas*).” KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 68.

²¹⁵ Refere Sarlet que mesmo aquelas pessoas que violam a dignidade de outras, por exemplo os criminosos, devem ser tratadas com dignidade. Conclui-se, pois, que todas as pessoas possuem dignidade, quer sejam capazes ou incapazes. Da mesma forma, a dignidade deve ser respeitada, inclusive após sua morte, bem como a do nascituro. SARLET, *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p. 20-22.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

²¹⁸ Menciona Arendt que “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8.ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 16.

²¹⁹ SARLET, *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p. 24.

²²⁰ *Ibid.*, p. 27.

Ainda, em sede das dimensões, a dignidade pode ser analisada de uma ótica dúplice, pela qual, ao mesmo tempo, representa a autonomia do ser humano e o compromisso de proteção por parte das demais pessoas e do Estado. Então, a dignidade apresenta-se, concomitantemente, como limite²²¹ e tarefa²²², ou seja, uma dimensão defensiva e outra prestacional, respectivamente.²²³

Salienta-se que o ser humano é titular de direitos que devem ser protegidos pelo Estado e pelas demais pessoas e que a fundamentação da dignidade, em sua manifestação jurídica, “significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.”²²⁴

A dignidade humana configura o ponto fundamental para o desenvolvimento da personalidade no contexto individual, social e comunitário, consistindo num valor jurídico, que, juntamente com o direito à vida, embasa os demais direitos humanos, servindo de fim supremo de todo o ordenamento jurídico.²²⁵

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana mostra-se como valor maior que serve de base para os princípios da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral, bem como da solidariedade²²⁶, esses positivados nas Constituições. Tais princípios, na condição de direitos fundamentais, são elementos concretizadores da dignidade, permitindo que cada pessoa tenha respeitadas suas qualidades pessoais e sua autonomia.

Com isso, o princípio da igualdade²²⁷ com fundamento no gênero humano assegura a necessidade de tratamento igualitário entre as pessoas, proibindo qualquer espécie de discriminação em face de nacionalidade, raça, religião, sexo, idade, estado civil e outras.

²²¹ Menciona Sarlet, invocando Podlech, que na dimensão de limite a dignidade “é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado.” *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, p. 33.

²²² Assevera Sarlet que da dignidade na condição de tarefa “decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de se proteger a dignidade de todos, assegurando-lhes também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.” *Ibid.*, p. 32.

²²³ *Ibid.*, p. 32.

²²⁴ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 37.

²²⁵ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 99.

²²⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

²²⁷ “A dignidade de cada homem não se encontra apenas naquilo que o iguala *a priori*, de modo absoluto, aos seus pares, mas também e exatamente naquilo que o distingue, não enquanto pessoa abstrata e universal, senão enquanto ser histórico e concreto, com suas vicissitudes e diferenças personalíssimas, com sua pertença a determinados grupos e classes sociais.” SILVA FILHO, *Transformações jurídicas nas relações privadas*, p. 179.

Com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, “a igualdade não é um dado.[...] Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política.”²²⁸ Portanto, a igualdade apresenta-se no direito internacional e no brasileiro como um valor que busca o “respeito à diferença e à diversidade”.²²⁹

A liberdade, por sua vez, apresenta-se como fator inseparável da dignidade, eis que a pessoa humana somente pode ser digna se for livre, porém a liberdade não abrange toda a dignidade cuja noção é maior. Tanto para Tomás de Aquino como para Kant, o fundamento da liberdade é a razão, isto é, o homem como ser racional é livre.²³⁰ Assim, “a liberdade engendra o dever de reconhecer a liberdade do outro. O reconhecimento da dignidade, por sua vez, é muito mais difícil. Esse princípio ultrapassa, portanto, tanto os deveres do Estado como os do indivíduo. Ele torna necessária a solidariedade.”²³¹ A concretização da liberdade importa, pois, numa ação negativa do Estado, uma vez que se configura como direito fundamental de primeira dimensão.²³²

O direito à integridade física e moral também decorre da dignidade, importando na proteção do corpo e do espírito, pois a dor física ou psicológica consegue abalar o equilíbrio do homem tirando-lhe a possibilidade de agir com a razão. Nesse sentido, é relevante destacar os abusos cometidos no Brasil por meio da tortura, do sistema carcerário, da violência doméstica e infantil, do trabalho escravo, da prostituição infantil e outras formas²³³, demonstrando o desrespeito e o descaso pelo corpo do ser humano, bem como para com seus sentimentos.

O direito de solidariedade integra a dignidade e conduz a que o Estado e a sociedade, como um todo, busquem a proteção dos fracos, dos vulneráveis, e promovam ações com o intuito de minorar a desigualdade e realizar a justiça social. Evidenciam-se os

²²⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 150.

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p.196.

²³⁰ MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 75.

²³¹ *Ibid.*, p. 79.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

²³³ SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1998. p. 234.

direitos econômicos e sociais, que, “na ordem interna, exigem do Estado,[...] contribuições em favor dos menos favorecidos feitas pelos cidadãos mais aquinhoados e, na ordem internacional, ajuda dos países ricos àqueles em desenvolvimento com base em uma obrigação jurídica.”²³⁴

A Carta Magna brasileira elevou à condição de princípios²³⁵ a proteção à dignidade da pessoa humana e os valores dela derivados, em especial a igualdade, a liberdade, a integridade física e moral e a solidariedade, que, no patamar de direitos fundamentais, constituem cláusulas pétreas.²³⁶ Todavia, o direito fundamental da dignidade de cada ser humano não se refere somente à proteção de um tratamento condizente e não desumano, ou ao respeito apenas pela integridade física da pessoa, mas, sim, abrange “valores éticos-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação [...] do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.”²³⁷

A dignidade constitui um valor que identifica o ser humano, caracterizando-se como algo real e que é vivido de forma concreta pela pessoa no momento em que constrói sua vida, sua história, o *ser-aí*. Assim, observa-se “a irradiação da dignidade humana em relação a outros princípios, âmbitos e instituições constitucionais, assim também sobre os direitos fundamentais, a democracia liberal ou o direito penal”²³⁸ e, mais recentemente, sobre o direito civil, o que provoca o fenômeno de sua repersonalização.

1.3 A repersonalização do direito civil

A constitucionalização do direito civil levou à superação da neutralidade e da abstração típicas do Estado Liberal, conduzindo a que o aplicador do direito passasse a ver

²³⁴ MBAIA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos à diversidade de culturas. In: *Estudos avançados*, n. 11. São Paulo: 1997. p. 28

²³⁵ “A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e estilo.” PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*, p. 393.

²³⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 165.

²³⁷ BODIN DE MORAES, *Constituição e direito civil*, p. 107.

²³⁸ HÄBERLE, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, p. 102.

a pessoa humana inserida num determinado contexto histórico, econômico, social e político, possibilitando uma “leitura interdisciplinar do direito”.²³⁹ Após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo, os direitos de personalidade previstos nas Constituições projetaram-se sobre o ordenamento civil, efetivando o fenômeno da constitucionalização do direito privado, e deram origem ao movimento da repersonalização²⁴⁰ do direito civil, que se constitui no “reflexo da valorização do tema da dignidade da pessoa humana.”²⁴¹

Desse modo, a constitucionalização do direito civil trouxe uma mudança de enfoque, na medida em que o direito deixou de ter por escopo a tutela do “indivíduo”, do sujeito de direito²⁴², e passou a proteger a dignidade da pessoa humana.²⁴³ Portanto, como consequência dessa alteração, “no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil, em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias.”²⁴⁴

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios²⁴⁵ que servem de fundamento ao Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana²⁴⁶. Disso se depreende que a pessoa, como um todo e inserida no meio social, deve ser vista como centro do ordenamento jurídico, que, por sua vez, tem como finalidade proporcionar-lhe o pleno desenvolvimento, favorecendo a formação de uma sociedade justa e igualitária.

²³⁹ RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 14.

²⁴⁰ Para Silva Filho, a figura da repersonalização do direito civil “passa pela reivindicação da Constituição como verdadeiro sol irradiador de valores e delimitações às normas de direito privado, procurando contrabalançar seu exacerbado patrimonialismo com uma preocupação mais voltada à preservação e promoção da dignidade humana.” SILVA FILHO, *Transformações jurídicas nas relações privadas*, p. 176.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 175.

²⁴² Explica Giorgianni que o “jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como ‘Direito Privado’, em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto dos direitos que a este cabem. No centro deste sistema, cujas origens ideais remontam ao movimento renascentista, está o ‘sujeito’ de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica de tal termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição (*subjectum*). O direito subjetivo é por isso entendido como poder da vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o ‘contrato’ como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do ‘contrato social’, é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado.” GIORGIANNI, *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, p. 38.

²⁴³ BODIN DE MORAES, *Constituição e direito civil: tendências*, p. 107.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 109.

²⁴⁵ Refere Negreiros que “nesta nova atuação do texto constitucional, os princípios assumem um papel fundamental, pois, [...] é a partir deles que o sistema se estrutura e unifica. Assim, a norma constitucional é aquela que traduz a filosofia de vida, o espírito do ordenamento, que, não obstante ser integrado por normas inspiradas em valores diversos, contém, “valores e (...) princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora”. “ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 170.

Entretanto, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, alguns aplicadores do direito e juristas utilizavam arcaicas disposições do Código Civil de 1916 em detrimento do texto constitucional. Isto demonstrava a grande valorização civilista da codificação, atribuindo-lhe maior valor do que à Constituição Federal. Esse fenômeno pode ser denominado de “baixa constitucionalidade”²⁴⁷ e acontece em países de Modernidade tardia, como é o caso do Brasil, em que juristas fundamentados em pré-juízos oriundos da cultura liberal-individualista procuram obstaculizar a irradiação dos efeitos da Constituição²⁴⁸ com o intuito de não implementar e efetivar o Estado Democrático de Direito. Tal fenômeno leva a que haja demasiada elaboração legislativa, para resultar em leis que fixam direitos desde há muito protegidos pela Constituição.²⁴⁹

Assim, a Carta Magna, sob a égide do Estado Democrático de Direito, estabeleceu como prioridade o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana, refletindo seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. Tal fato revela a primazia do ser humano e a sua colocação no núcleo do ordenamento jurídico, resultando na repersonalização do direito.

1.3.1 A pessoa humana como centro do ordenamento jurídico civil

O Código Civil de 1916 continha uma legislação com caráter eminentemente patrimonialista e individualista, visto que se fundamentava na propriedade, nos contratos e na família, sempre dando ênfase ao patrimônio, com o ter prevalecendo sobre o ser.

²⁴⁶ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

²⁴⁷ Conforme Streck, “a baixa constitucionalidade, que, dentre outros fatores, decorre da não-recepção dos novos paradigmas jurídico-constitucionais, bem como da falta de compreensão acerca da evolução da Teoria do Estado. Baixa constitucionalidade significa baixa compreensão, que ocorre porque a doutrina e a jurisprudência continuam assentadas nos postulados da hermenêutica clássica de cunho reprodutivo.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 320

²⁴⁸ Refere Fachin, que “o entendimento acerca da necessidade e da urgência de se reafirmar em lei ordinária o que já está consignado como princípio constitucional é, sem dúvida nenhuma, *capitis diminutio* de eficácia plena da Constituição.” *Teoria crítica do direito civil*, p. 273.

²⁴⁹ Refere Streck que “os assim denominados avanços do novo Código desde há muito estavam previstos na Constituição. As várias manifestações “louvando” o fato de que a partir do novo Código o juiz assumirá uma nova postura perante o Direito, é fruto do paradigma que instituiu o Estado Democrático de Direito.” *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 299.

Da mesma forma, esse diploma legal continha uma ideologia individualista, segundo a qual a pessoa era tida como um sujeito de direito abstrato, vista de forma isolada e alheia ao grupo social. No relato de Fachin²⁵⁰, o antigo

Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. [...] um Código coerente com o sentido do individualismo jurídico, ou seja, um tipo cuja preocupação é a de dar conta do indivíduo, ou ainda, do sujeito de direito em relação a cada um desses três pilares; isto é, do sujeito que contrata, que se obriga, que vai adimplir com as obrigações assumidas, que pode estar em mora, que vai responder pela mora na *perpetuatio obligations*, enfim, com todas as conseqüências das obrigações; o sujeito que contrata e se obriga, é senhor de titularidades que pode realizar um projeto parental e, ao cabo de sua vida, tem a possibilidade também de transmitir, mediante o legado ou a deixa testamentária, o patrimônio, no todo ou em parte [...].

O Código Civil de 2002, por sua vez, recepcionou a principiologia²⁵¹ trazida pela Constituição Federal.²⁵² Em especial, o novo diploma civil, nos moldes da Carta Maior colocou o ser humano como centro do ordenamento jurídico, fazendo com que a pessoa se sobreponha a qualquer valor patrimonial. Tal fato denomina-se “repersonalização” ou “despatrimonialização”²⁵³ do direito civil, e não representa a retirada “do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico,

²⁵⁰ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 25-26.

²⁵¹ Fachin menciona que “os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da “repersonalização”, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia.” *Ibid.*, 74.

²⁵² Explica Ramos que, “neste novo contexto, ainda que mantida a estrutura jurídica liberal-burguesa na organização do sistema, não há nenhum sentido na proteção de um direito proprietário de conotação individualista, privilegiando, no que se refere aos bens sobre os quais incide, a apropriação imobiliária, como o fez o texto do Código Civil de 1916, editado numa época em que a base das fortunas era a propriedade fundiária, eis que, no momento histórico atual, caminha-se na direção da despatrimonialização dos bens jurídicos, valorizando o conhecimento e a educação [...]” RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p. 16.

²⁵³ Para Perlingieri, pela despatrimonialização do direito civil “individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do indivíduo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p.33. Complementa Sarmento que “a despatrimonialização não representa qualquer desinteresse do Direito Privado pelas relações econômicas. Afinal, a pessoa humana, na sua vida em sociedade e nas relações recíprocas que entretém, vai sempre se engajar em atividades econômicas, contrair obrigações, celebrar contratos, e possuir algum patrimônio, e estes aspectos importantes da sua vida não podem ficar à margem da disciplina jurídica, a qual é tradicionalmente ministrada pelo Direito Privado. A despatrimonialização implica, isto sim, no reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser

diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana [...] e distribuir as riquezas com maior justiça.”²⁵⁴

A repersonalização é um fenômeno que permite a releitura de categorias e institutos do direito civil, retirando a primazia do patrimônio e colocando a pessoa, como ser coletivo,²⁵⁵ no centro dos interesses.²⁵⁶ Isso acontece por meio da funcionalização das relações intersubjetivas por princípios-valores como da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva.²⁵⁷

Da mesma forma, a repersonalização, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, provoca uma reelaboração da teoria do direito civil²⁵⁸, a qual passa a ser “uma teoria, antes de tudo, da pessoa - melhor dizendo, da pessoa do homem - , como primeiro motor da regulamentação *jure civili*; uma teoria de intervenção nos interesses, concebendo o Direito como um ‘serviço da vida’.”²⁵⁹

Portanto, repersonalizar importa num novo modo de pensar o direito, bem como o sujeito de direito, agora não mais abstrato, mas no plano real; não mais como meio, mas como fim, ou seja, “implica em considerar-se o outro da relação em sua concreta e efetiva alteridade.”²⁶⁰ Assim, restaurar a primazia da pessoa é “o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil.”²⁶¹ Existe a necessidade de enfatizar aspectos axiológicos do direito, pelos quais o ser humano seja visto em suas

tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 115.

²⁵⁴ RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, p.16.

²⁵⁵ Nesse sentido, “a Constituição Federal brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente, [...] a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial dos excluídos.” *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁶ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 216.

²⁵⁷ NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 171.

²⁵⁸ Essa nova teoria do direito civil que busca, “sem nenhum compromisso com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico, repor o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civile* [...]” CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981. p. 10.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 96.

²⁶⁰ SILVA FILHO, *Transformações jurídicas nas relações privadas*, p. 180-181. Explica o mencionado autor que a repersonalização da relação jurídica significa levar em conta o outro da relação, bem como sua alteridade “que se revela claramente negada nas situações de exclusão social e de intensa fragilização dos atributos que pertencem à personalidade humana: sua sexualidade, estado psíquico, disposição do seu corpo e integridade física, opiniões, pensamentos, credos, nome, imagem, honra. Em outras palavras: o atendimento às suas necessidades fundamentais.”

²⁶¹ CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p.92.

diferenças, que só podem ser apuradas no caso concreto, por decorrerem de sua dignidade.

Em especial no direito contratual, a autonomia da vontade e a liberdade dos contratantes devem condicionar-se aos princípios e valores da Constituição. Portanto, os pactos devem ser “instrumento de realização existencial da pessoa humana”²⁶², destacando-se a prioridade da pessoa sobre o âmbito patrimonial. Logo, “o primado do *ser* sobre o *ter*, perseguido pela leitura constitucionalizada do direito civil, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade.”²⁶³

Diante disso, são imprescindíveis novos parâmetros, que consigam romper com paradigmas antigos e ultrapassados, ainda presos a um modelo liberal-individualista. Em especial no direito contratual, não há a possibilidade de se ter um conceito fechado e abstrato de contrato; ao contrário, é necessário que se construam novos conceitos em cada caso concreto, exaltando aspectos como a tutela da confiança e a função social.

Tais valores da Constituição Federal constitucionalizaram o direito civil, impondo-lhe o novo paradigma de considerar a pessoa humana, que, a partir de 2002, passou a integrar expressamente a nova sistemática da codificação, à luz da referência maior da dignidade humana.

1.3.2 Os reflexos da repersonalização no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916, à luz de uma concepção liberal-individualista, predominante no início do século XVIII, elencou o patrimônio no lugar central do sistema. O advento da Constituição Federal de 1988 alterou essa situação recolocando o ser humano, no centro do ordenamento jurídico.

Nessa nova realidade social e jurídica, o direito civil passou a

²⁶² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 62.

²⁶³ *Ibid.*, p. 62.

ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor desta artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida. [...] É nessa via que o Direito Civil pode e deve resistir ao “ritualismo epidérmico”, centrado num conjunto de fórmulas que virtualmente abraçam o mundo e o faz nelas se esgotar.²⁶⁴

Assim, dentre muitas discussões doutrinárias sobre a necessidade ou não da codificação²⁶⁵, foi aprovado e entrou em vigor o Código Civil de 2002²⁶⁶, que, juntamente com a Constituição Federal, garante e protege as relações civis, com base na primazia da pessoa humana.

Os reflexos da constitucionalização e, conseqüentemente, da repersonalização são verificados nas diretrizes fundamentais do Código Civil, mormente na operabilidade, na sistematicidade, na eticidade e na socialidade²⁶⁷. Ressalta-se que as duas primeiras dizem respeito à estrutura do Código Civil e as duas últimas, ao seu conteúdo, como se passa a mencionar.

A operabilidade, por sua vez, demonstra que a codificação tem uma seqüência e organização nos institutos jurídicos, gerando segurança ao intérprete. Essa diretriz pode ser exemplificada no Código Civil no novo modo pelo qual o legislador tratou os institutos da prescrição e da decadência, auxiliando para a eliminação de discussões e dúvidas existentes na codificação de 1916.²⁶⁸

Com relação à sistematicidade²⁶⁹, observa-se que o Código Civil é composto de uma parte geral e uma especial, que possuem uma unidade lógica e conceitual.²⁷⁰ É importante frisar que a estrutura do diploma civil apresenta-se aberta e móvel, composta

²⁶⁴ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 218-219.

²⁶⁵ Parte da doutrina nacional e mesmo da estrangeira mostra-se contrária à idéia da codificação. Vide FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 219.

²⁶⁶ Menciona TEPEDINO que o Código Civil perdeu “o seu papel de Constituição do direito privado.” *Temas de direito civil*, p. 7.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.131.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 109.

²⁶⁹ Cumpre referir que “do ponto de vista metodológico, duas são as principais características do Código Civil : 1. A unificação do direito das obrigações; 2. A adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no direito codificado a função social da propriedade privada e da atividade contratual.” TEPEDINO, *Temas de Direito Civil, Tomo II*, p. 6.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p.109.

por princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Com isso, a nova legislação abandonou o modelo oitocentista, que representava uma estrutura fechada, estática e com linguagem precisa.²⁷¹

Com base na Constituição Federal a codificação foi permeada por um sistema principiológico que enaltece a repersonalização do direito civil. Assim, os princípios jurídicos, quer sejam expressos, quer sejam implícitos, deixaram de ter caráter meramente consultivo e passaram a ser vistos como normas jurídicas, representando uma forma de oxigenar o ordenamento civil.²⁷²

Da mesma forma, merecem destaque as normas dotadas de vagueza que se situam no Código Civil, ou seja, aquelas cuja aplicação deve ocorrer por meio de valores objetivamente trazidos pela moral social. O legislador deixou de estabelecer a norma de forma fechada, para que o aplicador buscasse sua concreção na moral, na sociedade e nos costumes²⁷³. A propósito, refere Martins-Costa²⁷⁴ que a vagueza socialmente típica da norma representa o gênero, tendo por espécies os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.²⁷⁵

Os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se no Código Civil em preceitos que necessitam ser determinados pelo juiz no caso concreto. Alguns se referem a realidades fáticas, tendo o seu significado determinado pelas regras de experiência a que o

²⁷¹ Refere Martins-Costa que “o Código Civil é polarizado, é certo, pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Porém, do ponto de vista da técnica legislativa, o sistema caracteriza-se como um “eixo central” e como um *sistema aberto* em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução – de novos problemas.”. MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, p. 117.

²⁷² Dada a importância da matéria dos princípios, em especial os contratuais, a mesma será tratada no ponto 3.2.2.

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p.313.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 315.

²⁷⁵ Cumpre ressaltar que a vagueza não existe apenas nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, mas se apresenta até nas chamadas normas casuísticas. Neste sentido, sustenta Silva Filho que “essa separação é fruto de uma concepção insuficiente do que seja a interpretação. Assim, a diferença entre um tipo e outro se dá em termos de graus de vagueza e não do estabelecimento de normas que teriam textos vagos e outras que não os teriam. A vagueza é uma característica inerente da linguagem, no que se diz sempre fica algo de não dito. Por mais precisa que seja a descrição textual do suporte fático e do preceito normativo, ela está sujeita ao processo hermenêutico de atribuição de sentido, o que pode, em muitos casos, levar, com apoio em algum princípio ou em qualquer outra norma do ordenamento, à violação do que se entenda ser o seu sentido literal.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 163.

juiz recorre com base no artigo 335 do CPC; outros podem aludir a realidades valorativas, possuindo conteúdo axiológico.²⁷⁶

Por sua vez, as cláusulas gerais são normas jurídicas que se caracterizam pela “vagueza semântica”²⁷⁷ e por não serem “casuísticas”²⁷⁸, eis que seus preceitos possuem uma “tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga”²⁷⁹, cabendo ao aplicador a determinação de seu conteúdo diante do caso concreto.²⁸⁰ Portanto, são normas que obrigam o aplicador a definir em cada caso qual deve ser a conduta da parte no momento, visto que não estabelecem a conduta correta, mas têm o intuito de avaliar o comportamento tido pela pessoa.

É importante que o aplicador, ao proceder a fixação do conteúdo dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais o faça de acordo com a Constituição Federal, pois a abertura não pode levar a arbitrariedade. Assim, ao instrumentalizá-los deve ver a pessoa humana como um ser real que se encontra inserido num horizonte histórico-cultural e precisa ter sua dignidade protegida. Para tanto, é relevante que a interpretação não aconteça de forma subsuntiva, pois não se pode “pressupor a existência *a priori* daquilo que será construído a partir do caso concreto.”²⁸¹ É necessário uma nova forma de interpretação, que, com base numa pré-compreensão, não se dissocie da aplicação.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 325.

²⁷⁷ O enunciado de uma cláusula geral, “ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é desenhado pela vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.” MARTINS-COSTA, *O direito privado como um ‘sistema em construção’*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, p.133. Vide ressalva da nota 275.

²⁷⁸ Observa-se que “a casuística, também dita ‘*técnica da regulamentação pr fattispecie*’ é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados.” *Ibid.*, p. 133. Vide ressalva da nota 275.

²⁷⁹ Com relação a vagueza de determinadas normas e a menor flexibilidade de outras, é importante ressaltar que “no seio do sistema jurídico, evidenciam-se conceitos, dispositivos e institutos que dão maior ou menor margem para uma ação concretizadora do intérprete, mas isto não afasta, para os aspectos mais rigorosos e específicos das definições jurídicas, alguns até de caráter matemático, a necessidade de se ter em conta, de modo global esta nova perspectiva do fenômeno jurídico, do Direito enquanto revelação, da atuação da pré-compreensão, da unidade entre interpretação e aplicação [...]” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito*: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual, p. 163.

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, *O direito privado como um ‘sistema em construção’*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, p. 135.

²⁸¹ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 375.

Já a diretriz da eticidade refere-se ao conteúdo do Código Civil e demonstra o mais relevante efeito da repersonalização no direito contratual, pois, com base na dignidade da pessoa humana, ocorre a tutela da confiança depositada no pacto.

Nessa linha, assinala Martins-Costa²⁸²

se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.

Diante dos fundamentos da Constituição do Brasil, as normas civis são permeadas por valores éticos, ou seja, valores do bem, tendo como finalidade concretizar a dignidade da pessoa humana. Por isso, observam-se referências no Código Civil com relação à probidade, à equidade, à lealdade, à boa-fé e outras, que exigem eticidade nas condutas, impondo deveres jurídicos positivos.²⁸³

Ocorreu uma ruptura com o modelo tradicional, com o que os elementos históricos, psicológicos, sociais, econômicos e políticos passaram a ingressar no mundo do direito civil. Disso derivou um novo “modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade.”²⁸⁴ Tudo isso provocou uma reconstrução do sistema jurídico civil segundo o valor da pessoa humana.²⁸⁵

Salientam-se, nessa esteira, as disposições éticas recepcionadas no direito de família, com a valorização da figura do afeto, tanto para determinar a igualdade na filiação como para constituir ou desconstituir as entidades familiares; da mesma forma, no direito

²⁸² MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, p.132.

²⁸³ *Ibid.*, p.133.

²⁸⁴ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 232.

²⁸⁵ PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p.34.

contratual destaca-se a importância do elemento da confiança, representada pela boa-fé²⁸⁶ e pela equidade, que valoriza o comportamento das partes, exigindo que ajam com lealdade e correção, buscando suprir as legítimas expectativas decorrentes do vínculo obrigacional. Promove-se, assim, uma verdadeira transformação nos contratos e eticizam-se as relações, colocando o ser humano no centro no ordenamento, com o objetivo de realizar “suas necessidades fundamentais, pessoais e coletivas.”²⁸⁷.

Permear o sistema jurídico contratual com regras éticas significa privilegiar a tutela da confiança, que se expressa pela boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que a boa-fé objetiva, além de resguardar padrões éticos, possui conteúdo solidarista.

Desse prisma, apresenta-se a diretriz da socialidade, que está diretamente ligada à eticidade. Tal valor, representado pela solidariedade social, surgiu em face da ruptura individual-liberalista ocorrida no sistema jurídico no Estado Democrático de Direito. Essa mudança levou a que a dimensão comunitária se sobrepusesse à individual, advindo daí a função social do direito e de seus institutos.

A socialidade, ou seja, ver e pensar a pessoa dentro do coletivo, assumiu importante papel na propriedade e nos contratos, vinculando-os a uma utilidade a ser fixada e avaliada no caso concreto. Pela diretriz da socialidade, ocorre “a colocação das regras jurídicas num plano de vivência social [...] fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”²⁸⁸

Em especial nos contratos, a função social, além de representar uma limitação à autonomia privada, incorpora o seu próprio conceito, juntamente com a boa-fé objetiva. Logo, não há como conceber um contrato que não guarde uma utilidade para ambas as partes, bem como não aconteça com lealdade, probidade e correção.

As diretrizes da operabilidade, da sistematicidade, da eticidade e da socialidade, presentes na codificação, têm seus fundamentos nas disposições constitucionais,

²⁸⁶ Ressalta-se a importância da boa-fé objetiva, que determina que as partes se portem com correção, lealdade, veracidade e consideração. Da mesma forma, a boa-fé objetiva é multidimensional apresentando-se com funções de criar deveres anexos, limitar direitos subjetivos e servir de cânone de interpretação, aspectos que serão abordados no capítulo terceiro.

²⁸⁷ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 231.

²⁸⁸ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p.352.

revelando-se como reflexos da repersonalização do direito civil, enaltecendo a pessoa humana e buscando implementar o respeito e a proteção à sua dignidade.

Repersonalizar o direito civil significa concretizar o princípio da dignidade humana, para o que se faz necessário abandonar o discurso jurídico-dogmático que sustentou o direito civil por longo período de tempo, entendendo a pessoa de forma abstrata. Assim, a primazia do ser humano insculpida no texto constitucional determina a observância de uma nova conduta dos juristas e aplicadores do direito ao observar a noção de pessoa humana de modo concreto e como um ser-no-mundo que se guia por sua compreensão.

Enfim, constata-se que o Estado Democrático de Direito, por meio de sua Constituição, elevou o valor da dignidade da pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, provocando com isso a constitucionalização do direito. Em especial no direito civil, esse fenômeno resultou na repersonalização, conduzindo a que valores como o da eticidade e da socialidade passassem a integrar as relações civis para tutelar a dignidade humana. Logo, como forma de concretizar esse respeito ao ser humano apresenta-se relevante fixar a noção da pessoa humana utilizando o viés fenomenológico-hermenêutico.

2 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A dignidade da pessoa humana pode ser vista com base no enfoque existencialista, presente em Heidegger, observando o lugar que a pessoa assume dentro do mundo, que não se encerra só na autodeterminação, mas na própria compreensão que ela tem, porque é um ser que compreende e tem referências que compõem a sua dignidade.

A repersonalização traz à tona que o conceito de pessoa humana é aberto, sendo composto, por um lado, por fatores biológicos que determinam sua inclusão na espécie humana e, por outro, pela especificidade de pertencer a uma realidade familiar, social, política e econômica que lhe é própria, a qual evolui e se modifica a cada momento histórico. Portanto, com base na visão existencialista²⁸⁹, vislumbra-se que a “construção cultural” da palavra pessoa humana indica muito mais do que um “ser biológico”²⁹⁰, pois retrata um ente que tem compreensão e vive num horizonte “histórico-cultural, a partir dos sentidos que lhe chegam pela linguagem.”²⁹¹

Diante da noção de pessoa humana, a repersonalização revela a filtragem do direito civil pela Constituição Federal, traduzindo valores em contínua construção e mostrando que o ser humano não deve ser visto pelo sistema jurídico de modo abstrato, como titular de direitos ou mero sujeito de direitos, mas, sim como alguém que existe de forma concreta, inserido no meio social e que necessita de efetivo respeito e proteção a sua dignidade.

A repersonalização, fundamentada na Constituição Federal, manifesta-se também pela diretriz da sistematicidade presente no Código Civil, por meio dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Tais normas possuem texto que descreve “os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da

²⁸⁹ Observa-se que “o existencialismo de Heidegger aponta para o ser-aí como um ente que deriva do ser e por ele é guiado. A liberdade nestes termos é aquela possível dentro de nossa situação finita. Estar em contato com suas possibilidades é, antes de mais nada, ter consciência dos próprios limites e encontrar-se no caráter situado e projetado de todo ser-aí. É por isto que o ser-aí é um existenciário, não porque ele instaure algo enquanto fonte absoluta, mas sim porque só através dele o ser se manifesta.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 145.

²⁹⁰ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade*, p. 116.

pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.”²⁹²

Com o fenômeno da repersonalização do direito civil, podem ser obtidos importantes resultados se a leitura for realizada à luz da hermenêutica filosófica, em virtude de essa perspectiva observar a pessoa humana como ser-no-mundo, que compreende e possui historicidade. Tal constatação revela a sucumbência do modelo clássico de solver os conflitos e dizer o direito no Estado Democrático de Direito, em face de uma sociedade dinâmica e complexa, mostrando que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não pode ser preenchido somente no direito, mas precisa, também, da filosofia.

2.1 Superação do modelo hermenêutico clássico

A realidade jurídica demonstra que grande parte dos aplicadores do direito acaba realizando a prestação jurisdicional não levando em conta a noção da pessoa humana de modo concreto, sem analisar sua faticidade e condição de membro de uma comunidade. Esse fato acarreta que não se concretizem os efeitos da repersonalização do direito civil, mormente a aplicação efetiva dos aspectos da eticidade e da socialidade como meios de concretização da dignidade da pessoa humana.

O pensamento dominante na hermenêutica jurídica revela que os operadores encontram-se vinculados e presos a um universo que se limita a abordar o método de aplicação do direito, ocupando-se em extrair da norma o que ela contém, bem como em esclarecer o verdadeiro sentido dos vocábulos. Tal modelo, fundamentado na subsunção e na dedução, traz uma noção equivocada, pois somente reproduz sentidos.

Em face dessa realidade que se apresenta, a matriz teórica da hermenêutica filosófica, baseada na produção de sentido por meio da compreensão, representa uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, ainda alicerçada em padrões metafísicos e normativos.

²⁹¹ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p. 119.

²⁹² TEPEDINO, *Temas de direito civil* - Tomo II, p. 9.

2.1.1 Hermenêutica clássica e crise

A hermenêutica desenvolveu-se no decorrer da história como uma teoria da interpretação, possuindo como objetivo suprir a necessidade de explicar textos que não podiam ser diretamente contactados pelo intérprete em face da distância temporal, espacial e de nível de linguagem.²⁹³ Por meio dela o intérprete pretendia dar o sentido do escrito, realizando uma interpretação que o explicasse, ou seja, que buscasse torná-lo claro e inteligível.²⁹⁴

Grondin assevera que a evolução do conceito de hermenêutica como forma de reflexão é considerada uma criação da Modernidade, eis que seu aparecimento remonta ao século XVII. Porém, etimologicamente, a palavra hermenêutica, de origem grega, deriva do verbo *hermeneúein* e do substantivo *hermênêia*, significando, respectivamente, interpretar e interpretação. Da mesma forma, o autor levanta a possibilidade de a origem da palavra ser atribuída ao deus Hermes²⁹⁵, que servia de mediador entre os homens e os deuses.²⁹⁶

Nesse sentido, observando a raiz grega do vocábulo, percebe-se que a hermenêutica designa “o processo de ‘tornar compreensível’”, especialmente, a linguagem. Assim, associado a Hermes, e pelo uso antigo da palavra, podem-se destacar três significados para

²⁹³ Como forma de buscar a compreensão correta a hermenêutica foi utilizada numa fase inicial, em três níveis: “primeiro, para auxiliar as discussões sobre a linguagem do texto (i. e., o vocabulário e a gramática), dando eventualmente origem à filosofia; segundo, para facilitar a exegese da literatura bíblica; e terceiro, para guiar a jurisdição.” BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 24.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 23.

²⁹⁵ Conforme Palmer, “a palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneúein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os Gregos atribuíram a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para transmitir aos outros.” PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997. p.24.

²⁹⁶ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p.52-55.

hermenêutica: o de dizer²⁹⁷, de explicar²⁹⁸ e de traduzir²⁹⁹. Contudo, todos se referem à interpretação.³⁰⁰

Desde o início³⁰¹, a hermenêutica representou a “ciência da interpretação”, porém, modernamente, sua concepção foi sendo estabelecida sob diversos fundamentos, ou seja, segundo os enfoques bíblico, filológico, científico, das ciências do espírito, existencial e cultural.³⁰² As diferentes óticas clarificam pontos importantes na teoria hermenêutica, sugerindo respostas às questões suscitadas pelos intérpretes e também revelando o princípio hermenêutico de que “a interpretação é moldada pela questão a partir da qual o intérprete aborda o seu tema.”³⁰³

Ressalta-se que as orientações que definiram a hermenêutica, na ordem acima referida, tiveram, cada qual, maior abrangência num determinado período histórico, que se estendeu do século XVII até nossos dias, mas todas ainda hoje se manifestam no pensamento hermenêutico. Contudo, hodiernamente, percebe-se a predominância de duas

²⁹⁷ A orientação do significado de hermenêutica como o “dizer” revela a expressão, designando o “exprimir, afirmar, proclamar”, ou seja, “relaciona-se com a função anunciadora de Hermes”. Essa orientação traz a noção de que a linguagem é “som vivo, detentor do poder de uma fala significativa.” Por sua vez, o sentido de dizer influenciou a teologia e a literatura, criando princípios de interpretação. Assim, “a teologia e a interpretação literária devem reconverter a escrita em discurso. Os princípios de compreensão que permitem esta conversão constituem uma preocupação dominante da moderna teoria hermenêutica.” PALMER, *Hermenêutica*, p. 29-30.

²⁹⁸ O sentido de hermenêutica “como explicação dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão; aponta para a dimensão explicativa da interpretação, mais do que para a sua dimensão expressiva. No final de contas, as palavras não se limitam a *dizer* algo [...]elas explicam, racionalizam e clarificam algo.” *Ibid.*, p. 30.

²⁹⁹ O interpretar também representa o traduzir. Assim, “o tradutor é um mediador entre dois mundos diferentes. [...] A tradução torna-nos conscientes de que a própria língua contém uma visão englobante do mundo, à qual o tradutor tem que ser sensível, mesmo quando traduz expressões individuais. [...] Não há dúvida de que a língua é um repositório de uma experiência cultural; existimos nesse *medium* e através dele; vemos através de seus olhos.” *Ibid.*, p. 37.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 24.

³⁰¹ Grondin sintetiza a evolução da hermenêutica passando pelos seguintes modelos: na Antiguidade com “regras hermenêuticas esparsas, até que, com a Reforma de Lutero, despertou o desenvolvimento de uma hermenêutica sistemática, que só se teria tornado universal com Scheleiermacher, como doutrina universal da arte do entendimento; Dilthey teria, então, ampliado esta hermenêutica para uma Metodologia universal das ciências do espírito [...], e Heidegger teria, ao depois, ancorado a questão da hermenêutica no terreno ainda mais fundamental da facticidade humana.” GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 26.

³⁰² Aduz Palmer que “todos estes adjetivos classificativos são de certo modo inadequados e não satisfatórios; uso-os de um modo experimental e provisório para indicar a alteridade entre as seis diferentes abordagens. A hermenêutica bíblica tem muitas orientações diferentes; só no século dezoito incluía a gramática, a história, o pietismo e outras escolas, e continuou a ser maximizada até aos dias de hoje. A hermenêutica ‘Filológica’ também gozou de um desenvolvimento complexo no século dezoito. A ‘científica’ é de certo modo ilusória no que se refere a Schleiermacher pretendendo apenas sugerir a tentativa feita por este autor de dar à hermenêutica uma base universal e sistemática. A *geisteswissenschaftliche* refere-se ao projecto de Dilthey. A ‘existencial’ cobre as concepções hermenêuticas de Heidegger e de Gadamer. Por último a ‘cultural’ sugere imperfeitamente a riqueza das aplicações que Ricoeur faz da hermenêutica na sua procura de uma filosofia mais adequada, centrada na interpretação dos símbolos. A hermenêutica jurídica é, de um modo geral, omitida.” PALMER, *op. cit.*, p. 43.

teorias: a primeira, trazida por Betti³⁰⁴, seguidor de Schleiermacher e Dilthey, que sustenta a “hermenêutica como um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação”; a segunda, representada por Gadamer, que, seguindo os ensinamentos de Heidegger, defende “a hermenêutica como uma exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda a compreensão.”³⁰⁵

A hermenêutica sempre representou a teoria da interpretação, a “arte da interpretação”, e, até o final do século XIX, apresentou-se como uma “disciplina auxiliar”, mostrando-se como hermenêutica teológica, filológica e jurídica.³⁰⁶ A partir daí, a teoria hermenêutica transcendeu os limites que a acoplavam às outras ciências, atingindo um novo sentido³⁰⁷, ou seja, passou a representar uma disciplina que elabora regras para a compreensão do pensamento humano, que é exprimido por meio de palavras.³⁰⁸ Assim, como uma disciplina normativa, metódica e técnica, designada de clássica, a hermenêutica caracterizou-se por fixar regras e traçar métodos para uma boa interpretação, inclusive no direito.

Desse modo, para a hermenêutica clássica a aplicação do direito é feita interpretando-se e explicando-se as normas jurídicas por meio de um pensamento dogmático preso à metafísica³⁰⁹. Nela aparecem três fases³¹⁰: a primeira, na qual o jurista

³⁰³ PALMER, *Hermenêutica*, p. 75.

³⁰⁴ Ressalta Streck que Betti desenvolveu “uma teoria baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, na qual a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma *abordagem objetivo-idealista*.” *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 110.

³⁰⁵ PALMER, *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁶ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 23.

³⁰⁷ Refere Palmer que “a hermenêutica, enquanto se define como estudo da compreensão das obras humanas, transcende as formas lingüísticas de interpretação. Os seus princípios aplicam-se não só a obras escritas, mas também a quaisquer obras de arte. Visto isto, a hermenêutica é fundamental em todas as humanidades – em todas as disciplinas que se ocupam com a interpretação das *obras* do homem. É mais do que meramente interdisciplinar, porque os seus princípios incluem um fundamento teórico para as humanidades; os seus princípios deviam colocar-se como um estudo essencial para todas as disciplinas humanísticas.” PALMER, *op.cit.*, p. 22

³⁰⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 12.

³⁰⁹ Explica Streck, com base na lição de Oliveira, que “para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. [...] Sem conhecimento da essência, não há, para a tradição conhecimento verdadeiro. Ou seja, as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências.” STRECK, *op.cit.*, p.125.

³¹⁰ Menciona Silva Filho que “a tradição hermenêutica que antecedia a romântica separava os momentos da compreensão (*subtilitas intelligendi*) e da interpretação (*subtilitas explicandi*), pois considerava esta última um recurso excepcional ao que se deveria acorrer no caso de mal-entendido ou obscuridade. Com a generalização do mal-entendido operada por SCHLEIERMACHER e pela hermenêutica romântica, estes dois momentos passaram a ser indissociados. Contudo, o momento da aplicação (*subtilitas applicandi*) restou

conhece (*subtilitas intelligendi*); a segunda, que é a interpretação (*subtilitas explicandi*), e, por último, quando aplica (*subtilitas applicandi*). Nessa linha, o intérprete busca extrair da norma seu conteúdo, vendo o universo numa relação sujeito-objeto e tendo a ilusão de certeza no processo interpretativo. A linguagem, por sua vez, “é apenas o instrumento que comunica/transporta essências e/ ou conceitos verdadeiros”.³¹¹

Para a hermenêutica clássica, as palavras refletem a essência das coisas³¹² e “interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”.³¹³

A hermenêutica clássica é normativa, compreendendo que interpretar “é estabelecer uma norma individual, logo interpretação é um ato normativo.”³¹⁴ O aplicador, em sua decisão, busca a solução do caso na norma geral, ou seja, nas possibilidades que o sistema jurídico lhe disponibiliza para agir. Assim, com base na norma geral ele cria a norma individual que se consubstancia na sentença, portanto, com caráter normativo.

Da mesma forma, a hermenêutica clássica é dedutivista, subsuntiva e lógica, não possibilitando uma boa leitura para o fenômeno da repersonalização do direito civil. O intérprete, após estabelecer o sentido, o alcance e as conseqüências jurídicas da norma, parte de um movimento vertical, isto é, da premissa maior sobre a premissa menor, resultando na incidência³¹⁵, qual seja, a subsunção; logo, o fato fica subsumido na norma. Exemplifica-se por meio de um caso de bigamia: a premissa maior é o dispositivo de lei que preceitua nulo o casamento oriundo da bigamia e a premissa menor apresenta-se em face de o indivíduo casado esconder essa situação e casar-se com outra mulher solteira; em

desconectado, como uma possibilidade posterior ao processo compreensivo-interpretativo.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 57-58.

³¹¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 125.

³¹² Ressalta Streck que “expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance a “*interpretação correta*”, “*o sentido exato da norma*”, “*o exclusivo conteúdo/sentido da lei*”, “*o verdadeiro significado do vocábulo*”, “*o real sentido da regra jurídica*”, etc. Não é temerário afirmar que, explícita ou implicitamente, *sofrem a influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti*.” Ibid., p. 110.

³¹³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.422.

³¹⁴ Ibid., p.425.

³¹⁵ Conforme Gusmão, denomina-se “*silogismo jurídico* ou *judicial* a atividade mental de aplicação do direito. Dito silogismo tem por premissa maior a norma jurídica; por premissa menor, o caso concreto a ser decidido pelo Juiz, e por conclusão ou corolário, a sentença, que impõe a uma das partes ou a ambas as conseqüências previstas na norma jurídica.” GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.219.

conclusão, há a consequência jurídica da violação do preceito legal, qual seja, a nulidade do casamento.³¹⁶

A hermenêutica clássica apresenta-se com cunho reprodutivo, sustentando que a verdadeira interpretação acontece quando se adiciona “a subjetividade do autor [...] com a objetividade da coisa”, ou seja, quando se pretende desvendar o que “o autor quis dizer sobre algo.”³¹⁷ Portanto, a interpretação não produz o sentido, somente o reproduz. Assim, o discurso jurídico-dogmático esconde as condições de produção de sentido, provocando uma *fetichização*³¹⁸, momento em que “a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’.”³¹⁹

Nesse contexto, verifica-se a presença do senso comum teórico definido por Warat³²⁰, entendido como “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” No sentido geral, representa uma “paralinguagem”, isto é, uma crença universal³²¹ que se localiza além dos significados, fixando de “forma velada a realidade jurídica dominante” e produzindo “uma linguagem eletrificada e invisível,” que se apresenta no direito positivo para servir o poder.³²²

O direito, que é des-velamento, que tem por missão investigar e mostrar a verdade perante o poder, é atingido pelo senso comum teórico, que é velamento.³²³ Desse modo, os

³¹⁶ GUSMÃO, *Introdução ao estudo do direito*, p.220.

³¹⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 111.

³¹⁸ Na fetichização “o discurso dogmático torna-se transparente, gerando uma cadeia significativa no interior da qual as seqüências discursivas remetem o usuário/operador jurídico diretamente à realidade, mediante o processo de ocultamento das condições de produção do sentido do discurso.” *Ibid.*, p. 95.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 95.

³²⁰ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I.- interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13.

³²¹ Explica Warat que “nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para reificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência.” *Ibid.*, p. 13.

³²² *Ibid.*, p. 15.

³²³ Warat resume a questão do senso comum teórico mencionando que “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades

juristas aceitam costumes e crenças como verdades universais, deixando de fazer investigação ou crítica. O senso comum vela a realidade e conduz a que o conhecimento seja visto como algo estático, que deve ser aceito pelo homem sem qualquer indagação.

Percebe-se que, o discurso jurídico-dogmático, baseado no senso comum teórico, não é capaz de trazer a noção da pessoa humana inserida num contexto social. Ao contrário, oculta a realidade e nega a possibilidade de solucionar problemas numa “sociedade díspar/excludente como a brasileira,”³²⁴ marcada por desigualdades e injustiças sociais. Com isso, representa um fator impeditivo à realização do Estado Democrático de Direito, produzindo, na afirmação de Streck, uma “crise de paradigma de dupla face”.³²⁵

2.1.2 Crise de paradigma de dupla face

Esta crise dúplice origina-se, como a própria nomenclatura expressa, em face de dois fatores, quais sejam: a crise do modelo liberal-individual-normativista e a crise do paradigma da filosofia da consciência.

A propósito, o modelo liberal-individualista, que privilegia a classe burguesa, a propriedade e o setor de produção, teve seu momento de glória quando da Revolução Francesa. Como já aludido, nesta fase surgiu a espécie de Estado de Direito denominada de Estado Liberal de Direito³²⁶ e com ele os direitos fundamentais de primeira geração.³²⁷ Após, com a efetivação do Estado Social de Direito³²⁸, a visão individualista cedeu lugar à

jurídicas é inseparável [...] da história do poder.” WARAT, *Introdução geral ao direito I*- interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 15.

³²⁴STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 94.

³²⁵ *Ibid.*, p. 68.

³²⁶ Conforme Streck e Morais “a nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constringedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva.” STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 91.

³²⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 86. Considera-se a primeira geração a dos direitos individuais, marcada pela luta em prol da igualdade, liberdade e solidariedade do homem, protegendo especialmente a sua vida, dando ênfase, de um lado, ao individualismo e ao social e, de outro, ao particular e ao Estado.

³²⁸ A adjetivação *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula

busca pelo bem-estar social e ao aparecimento dos direitos fundamentais de segunda geração³²⁹. Somente depois, com o escopo de transformar a realidade, ganhou forma o Estado Democrático de Direito³³⁰, que, à luz da democracia e dos direitos fundamentais, adotou como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a justiça social, entre outros.

Atualmente, o Estado brasileiro encontra-se sob a égide do Estado Democrático de Direito³³¹, porém a aplicação do direito, em sua maioria, mantém-se atrelada a um modelo oriundo do paradigma liberal-individualista, sedimentado, ainda, no Estado Liberal e incapaz de concretizar o conteúdo da repersonalização do direito civil.

Nessa senda, o sistema jurídico encontra-se preparado, apenas, para resolver litígios “interindividuais”, observando o ser humano de modo abstrato, numa relação jurídica prevista com detalhes na lei. Contudo, a realidade atual é diversa daquela do Estado Liberal, momento em que os conflitos passaram ao estágio de “transindividuais”³³², numa sociedade complexa, marcada pela revolução tecnológica. Desse modo, a aplicação do direito à luz do individualismo e do formalismo não consegue trazer uma solução que concretize a dignidade da pessoa humana.

Embora tenham sido alteradas as formas de Estado, a aplicação do direito permaneceu vinculada a um modelo antigo e ultrapassado, que não corresponde à realidade social e “não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da trans-

geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial. STRECK; MORAIS, *Ciência política e teoria geral do estado.*, p. 91.

³²⁹ A segunda geração é marcada pela reivindicação dos direitos sociais, culturais e econômicos, tais como as garantias nas relações trabalhistas, o direito à saúde e à educação.

³³⁰ Menciona Streck que “a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 40.

³³¹ O Brasil não consolidou plenamente o Estado Social, passando diretamente ao Estado Democrático de Direito, ou seja, o “Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais.” *Ibid.*, p. 52.

³³² *Ibid.*, p. 34-35. Exemplifica Streck que os casos de conflitos interindividuais, como a ocupação de uma propriedade por uma pessoa, possuem “resposta pronta e rápida” do aplicador do direito. Porém, quando o

individualidade, própria do novo modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988.³³³

Assim, a manutenção do discurso dogmático fundamentado no paradigma liberal-individualista³³⁴, de forma livre e irrestrita, na sociedade atual conduz a que o Estado Democrático de Direito não consiga transformar a realidade, tampouco melhorar as condições sociais. Por consequência, ao invés de efetivar a proteção à pessoa humana, aumenta a desigualdade, a exclusão e a miséria, causando a mencionada crise.

Percebe-se que não basta a afirmação dos direitos na Constituição Federal; há a necessidade de uma firme ação do Judiciário para concretizá-los diante da inércia do Executivo. Portanto, o descompasso entre a atuação dos aplicadores do direito e as necessidades sociais gera uma crise, que só será vencida quando for superado o paradigma normativista oriundo do modelo liberal-individualista³³⁵, para, então, o direito passar a ser “um mecanismo de transformação da sociedade.”³³⁶

Por outro lado, a crise na aplicação do direito também se apresenta em face da não-superação do paradigma da filosofia da consciência, que sustenta a dicotomia sujeito-objeto e, conseqüentemente, a colocação da linguagem em terceiro lugar. Portanto, na relação sujeito-objeto, o primeiro é assujeitador, ou seja, existe um sujeito que apreende um objeto por meio da linguagem.

Com isso, “ainda vigora, na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito*.” Diante dessa realidade, tem-se a crença de que existe “um sujeito cognoscente, que

litígio for transindividual, ou seja, a invasão ocorrer por milhares de sem-terra, o operador do direito não consegue pensar diferente e tenta encaixar na solução do primeiro caso, causando, por isso, uma crise.

³³³ STRECK, *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 54.

³³⁴ Menciona Aguiar que “uma certa fixidez dogmática de raiz metafísica do senso comum jurídico não trata do jurídico a partir da relação entre diferentes, mas a partir de uma norma uniformizadora, que dilui os sujeitos no interior de uma igualdade abstrata e retira dos envolvidos na relação jurídica os seus rostos, suas existências e concretude.” AGUIAR, *Alteridade e rede no direito*, p. 12.

³³⁵ Verifica-se no direito civil que grande parte dos operadores aplica o direito sob o modelo liberal-individualista, olvidando a força da Constituição Federal e a conseqüente repersonalização. Exemplifica-se tal atitude no direito de família, quando não são reconhecidos os efeitos das uniões homoafetivas ou a possibilidade de adoção a esses casais; no direito contratual, quando a cláusula da boa-fé objetiva não tem seu conteúdo preenchido com base na noção da pessoa, vista de modo real, como um ente que precisa da efetiva proteção a sua dignidade; no direito de propriedade, quando o conceito de propriedade não é construído tendo em vista a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana.

³³⁶ STRECK, *op.cit.*, p. 58-61.

estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. *O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo.*”³³⁷

A filosofia da consciência fundamenta-se na razão, ou seja, o princípio da verdade reside na capacidade racional do sujeito. Acontece pela revolução do racionalismo, eis que as coisas são porque o homem pensa a partir da razão (dualismo coisas e mente). Explica Silva Filho³³⁸, com base na lição de Descartes³³⁹, que

o conhecimento, por ser racional, pode ser medido e quantificado. Para chegar neste método, o filósofo realiza o famoso “exercício da dúvida”, quando então buscando aplicar o critério da evidência a todas as verdades até então obtidas (dogmas religiosos, conhecimento sensível, entre outros) chega à conclusão de que só há uma verdade que sobrevive ao teste: *cogito ergo sum* (penso, logo existo). Só não se pode duvidar de que se está a duvidar, isto é, de que a razão está em movimento, logo, a verdade aceitável só pode ser aquela que da razão advém.

Logo, a filosofia da consciência também é chamada de filosofia da subjetividade, porque representa a crença do intérprete, a sua atividade subjetiva, o seu arbítrio, que faz com que as coisas ou o mundo sejam como são. Desse prisma, a linguagem, no interior do senso comum teórico, apresenta-se, apenas, como uma terceira coisa localizada entre o sujeito e o objeto, que serve de meio para conduzir “essências e corretas exegeses dos textos legais.”³⁴⁰ Assim, a linguagem possui um papel coadjuvante e secundário na aplicação do direito no Brasil, visto que, na sua maioria, mantém-se apegada à filosofia da consciência e reticente às alterações provindas da viragem lingüística.

No Brasil, a alteração do paradigma da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem não foi acolhida de forma unânime pelos aplicadores do direito, que continuam

³³⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 96.

³³⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.126.

³³⁹ Conforme Stein, “Descartes é um alvo privilegiado da crítica heideggeriana. É na obra cartesiana que assoma a afirmação da modernidade na filosofia: a subjetividade. Nela toma forma, ao nível do problema da consciência, a questão do dualismo da metafísica ocidental.” STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ‘ser e tempo’*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988. p.22.

³⁴⁰ STRECK, op.cit., p. 61-62.

presos a discursos e ações que “coisificam”³⁴¹ o mundo, padronizando soluções por meio do senso comum teórico.³⁴²

Por meio do senso comum teórico, constituído de crenças e verdades, os juristas diluem as diferenças e os paradoxos de uma sociedade complexa e desigual, criando soluções padronizadas que geram injustiças. Nesse sentido, indaga-se, sob o manto do senso comum teórico: “o que significa *pacta sunt servanda* em um conflito sociojurídico entre incluídos e excluídos (socialmente)?”³⁴³

É clarividente que, diante da questão apresentada, o senso comum teórico, que representa o “lugar do secreto”³⁴⁴, velará e esconderá a realidade, não permitindo a resolução justa daquele e de outros conflitos oriundos de situações nascidas no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, verifica-se que o senso comum teórico contribui para que a hermenêutica mantenha um viés reprodutivo, normativo, subsuntivo e dedutivista, distanciando, desse modo, o direito da realidade social. Tal conjuntura fortalece a crise de dupla face, abalando os alicerces do Estado Democrático de Direito, uma vez que o direito não consegue ser instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e de diminuição de desigualdade social; portanto, descumpre sua missão.

³⁴¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 69.

³⁴² Menciona-se como exemplo do senso comum teórico a padronização da noção de pessoa humana representada pela utilização de expressões como “homem médio” na aplicação do direito civil, mormente no contratual. Indaga-se, quem é o homem médio? Como ele pode ser definido ou identificado na comunidade? Logo, verifica-se que tal construção não é encontrada no mundo da vida que somente abriga pessoas reais, que se distinguem das demais por suas particularidades próprias. Ilustrando o exemplo veja-se a decisão: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL, COM PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO MEDIANTE A ENTREGA DE UMA CASA LOCALIZADA NA PRAIA. ALEGAÇÃO DE QUE HOVE SUPERFATURAMENTO DO IMÓVEL NEGOCIADO. DESÍDIA NA ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS QUE DEVERIAM TER SIDO TOMADAS PELO **HOMEM MÉDIO**. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS RÉUS PELAS CONSEQÜÊNCIAS NEGATIVAS DA NEGOCIAÇÃO REALIZADA. TENDO OS AUTORES SIMPLEMENTE CONCORDADO COM O VALOR ESTIPULADO AO IMÓVEL DADO COMO PARTE DO PAGAMENTO, CONFIANDO NA AVALIAÇÃO REALIZADA POR CORRETORES, NÃO PODEM PRETENDER REAVER DOS VENDEDORES OS ALEGADOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA CONSTATAÇÃO POSTERIOR DE QUE O NEGÓCIO NÃO LHES FAVORECERA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70007136641, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 17/06/2004). - Grifo nosso

³⁴³ STRECK, *op.cit.*, p. 71. Refere o autor que “pouco importa ao jurista inserido no *senso comum teórico*, o conteúdo das relações sociais. [...] ou seja, os problemas do universo fenomênico dão lugar e passagem para a abstração jurídico-conceitual-objetificante.” *Ibid.*, p. 76-77.

³⁴⁴ WARAT, *Introdução geral ao direito I*- interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 15.

2.1.3 Viragem lingüística

Frente à realidade de crise retratada, que não permite a efetivação dos valores do Estado Democrático de Direito insculpidos na Constituição Federal, torna-se necessário uma matriz hermenêutica que veja o homem na sua concretude, como um ser-no-mundo, desfazendo o muro existente entre o homem e a realidade, produzido pela relação sujeito-objeto. Tal desiderato somente será alcançado quando a linguagem for elevada de terceiro elemento para primeiro na interpretação.

Assim, surgiu no campo filosófico a viragem lingüística, por meio da troca da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Com essa mudança propõe-se um rompimento com a metafísica, ou seja, com as “concepções de um determinada validade que se apresenta ao sujeito como definitiva, do mundo como ele é, do mundo em si mesmo, do mundo formado por essência.”³⁴⁵ Nesse giro, a linguagem de terceira coisa passa a ser condição de possibilidade do conhecimento.

Essa transformação é denominada “*linguistic turn*”³⁴⁶, isto é, “o giro que deram os filósofos quando deixaram de lado o tema da *experiência* e adotaram a temática da *linguagem*”, passando a trabalhar a concepção de mundo sem substâncias ou essências, e sem dualismos metafísicos herdados da tradição grega, entendendo que as coisas se manifestam pela linguagem.³⁴⁷ Com isso, “deixa de ser instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento.”³⁴⁸

Diante da alteração ocorrida e após passar também pela fase da virada pragmática, o giro lingüístico fundamentou-se sobre as seguintes premissas³⁴⁹:

a) *o conhecimento ocorre na linguagem*. Qualquer discurso científico possui em comum com os demais a sua natureza lingüística;

³⁴⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 157.

³⁴⁶ Relata Streck que “a viragem lingüística foi denominada de giro lingüístico por Rorty, guinada lingüística por Habermas ou reviravolta lingüística por Manfredo de Oliveira.” *Ibid.*, p. 161.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.157.

³⁴⁸ *Ibid.*, p.164.

³⁴⁹ *Ibid.*, p.171-172.

b) *é na linguagem que há surgência do mundo.* É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está na *linguagem*. Há um compromisso ontológico preso em toda a linguagem, pela semantização do mesmo. Este mundo que encontramos na linguagem nos afasta dos perigos de uma filosofia da consciência, impossível no interior de nossa “mundanização lingüística”;

c) *é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre:* como sujeito que fala, como sujeito da enunciação, e como sujeito que entende a linguagem dos outros;

d) *é na linguagem que ocorre a ação.* Não só a linguagem tem vocação representativa, declarativa ou constativa; também existe a vocação realizativa da linguagem, que conecta a linguagem com a prática, assim como as práticas e os interesses com a linguagem;

e) *é na linguagem que se dá o sentido.* O sentido do que há, em primeiro lugar, porque a linguagem tem necessariamente um componente significativo para uma comunidade de usuários que sem ela não funciona; em segundo lugar, porque a linguagem pode criar novos mundos na medida em que abre novos caminhos ao sentido. Nomear, adjetivar é, em certo sentido, criar.

Constata-se, então, que a hermenêutica não pode mais ser entendida como “uma metódica indicação de regras para lidar com textos, cuja tarefa era predominantemente de natureza técnico-normativa”, ou como uma forma de “ensinar o modo como se deve interpretar, para eliminar a arbitrariedade no universo da interpretação.”³⁵⁰ Diante da viragem lingüística, a teoria hermenêutica, que busca consolidar os valores do Estado Democrático de Direito, deve abandonar tal modelo técnico e “assumir a forma mais abrangente de uma análise filosófica ou fenomenológica do fenômeno originário da interpretação e, respectivamente, da compreensão.”³⁵¹

Portanto, o modelo de produção do direito à luz do projeto liberal-individualista, da filosofia da subjetividade, do *cogito* cartesiano, resta suplantado, nascendo para o aplicador do direito uma nova possibilidade de interpretar, bem como de estabelecer a noção de pessoa humana com base na sua condição histórica, por meio da hermenêutica filosófica.

2.2 Modelo hermenêutico-filosófico

A matriz hermenêutica filosófica apresenta-se como uma opção para se compreender/aplicar o direito e implementar as inovações jurídicas decorrentes da

³⁵⁰ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 48.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 48.

repersonalização do direito civil; proporciona uma releitura dos princípios constitucionais que vêm constitucionalizar o direito civil e remeter a pessoa humana ao centro do ordenamento. E, mais do que isso, atua na própria compreensão da noção de pessoa, revelando-se uma matriz antropológico- filosófica.

Num primeiro momento observa-se que essa teoria busca revelar que a compreensão e a aplicação acontecem num só momento. Portanto, a autêntica dimensão da hermenêutica se dá quando “deixa de ser um conjunto de artificios e de técnicas de explicação de texto e quando tenta ver o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação”.³⁵²

Nesse enfoque, a hermenêutica filosófica³⁵³ representa a expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete, que deriva de uma relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que ele tem no mundo. Também é chamada de ontologia fundamental e nela destacam-se os estudos de Heidegger³⁵⁴ e Gadamer.³⁵⁵

Assim, Heidegger desenvolve a hermenêutica trabalhando “com a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão” e que “a linguagem é a casa do ser.”³⁵⁶ Sustenta que a compreensão antecipa o sentido, sendo previamente adquirida pelo intérprete. Por sua vez, Gadamer (seguidor de Heidegger) defende que “ser que pode ser compreendido é a linguagem.”³⁵⁷

Num segundo momento constata-se que a hermenêutica filosófica vai além da hermenêutica jurídica, projetando o que é a pessoa humana, ou seja, trazendo a noção do homem e de sua dignidade numa concepção existencial fenomenológica. Heidegger encarrega-se de tratar a idéia de pessoa humana de um modo até então não desenvolvido,

³⁵² PALMER, *Hermenêutica*, p. 19-20.

³⁵³ Assevera Silva Filho que a obra de Gadamer objetiva a investigação do tema hermenêutica, por isso, hermenêutica filosófica. Enquanto Heidegger observa como a hermenêutica (captada essencialmente como ocultamento de sentidos) vem a transformar-se no paradigma ontológico da ação e existência humanas, por isso filosofia hermenêutica. SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 171.

³⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 14.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. 12.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

³⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

³⁵⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 178.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 178.

vendo-a em sua concretude como ser-no-mundo. Nessa linha, a noção de pessoa não pode ser definida por um texto, ou descrita na teoria, pois ela acontece de forma concreta no mundo da vida.

Com base nessas premissas gerais, passa-se à análise de alguns aspectos do pensamento de Heidegger e Gadamer.

2.2.1 O pensamento de Martin Heidegger e a filosofia hermenêutica

Heidegger trilhou o caminho da pergunta pelo ser “na multiplicidade de suas manifestações”, de modo diverso do pensamento tradicional alicerçado na metafísica.³⁵⁸ Portanto, um dos fatores determinantes de seu estudo foi a fenomenologia.³⁵⁹

Nesse caminho, Heidegger sofreu influência em seus estudos de seu mestre Husserl³⁶⁰, em especial na fenomenologia, que representa um método filosófico, isto é, um “procedimento metódico de partir das coisas mesmas”.³⁶¹

Para o filósofo alemão a fenomenologia pode ser entendida pela máxima que se consubstancia na expressão “às coisas em si mesmas”, contrapondo-se a conceitos falsos, aparentes ou descobertos de forma accidental.³⁶² Nessa linha, Heidegger define a fenomenologia primeiramente analisando os elementos que compõem a palavra e, após, estabelecendo o sentido da mesma como um todo.

³⁵⁸ Refere Stein, ao tratar sobre a analítica existencial de Heidegger, que “a metafísica em toda a sua tradição sempre pensou o ente, mas nunca pensou o ser que possibilita o ente, e que vem ligado ao tempo. Na nova colocação da questão do ser a análise da facticidade humana será o horizonte em que progressivamente se colocará a questão do ser.” STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre, Editora Ithaca, 1966. p. 44

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 22.

³⁶⁰ Explica Silva Filho que Husserl entende a consciência “como um feixe contínuo de experiências”, observando dois pontos: o caráter de intencionalidade, isto é, “que ela está sempre voltada para algo”, sendo constituída por atos de significação; e o caráter da temporalidade que “revela a concretude destas experiências.” Logo, os objetos que o homem conhece são conformados por “atos intencionais de consciência” e percebidos no dia-a-dia da vida, trazendo “o eu puro à mostra”. Tal delimitação da consciência intencional dá origem ao “lema-síntese da fenomenologia”, que refere “ir às coisas nelas mesmas”. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 33-34.

³⁶¹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 34.

O vocábulo fenomenologia é composto pelas palavras fenômeno e *logos*. Etimologicamente, fenômeno significa “o que se revela, o que se mostra em si mesmo.”³⁶³ Explica Silva Filho que existem vários modos pelos quais um ente pode se mostrar, inclusive um deles é ocultando-se. Porém, o importante, para Heidegger, “não é o que possa ser, de fato, aquilo que se mostra, [...] mas tão-somente o fato de que algo se mostra. Este é o sentido formal de fenômeno ou conceito fenomenológico de fenômeno.”³⁶⁴

Já a expressão *logos* representa o falar, o dizer; possui a função de poder ver alguma coisa, ou seja, “deixar e fazer ver, *deixar e fazer perceber* o ente” e, também, pode significar razão.³⁶⁵ O *logos* “desvela a partir do dizer” e, assim, “revela sua radicalidade enquanto discurso [...], ele retira do velamento o ente do qual fala, ele o descobre como desvelado.”³⁶⁶

Num segundo momento, Heidegger³⁶⁷ junta as expressões fenômeno e *logos*, sustentando que possuem íntima conexão e que a conceituação de fenomenologia, no sentido formal, é o “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo.” Para tanto, reitera a máxima “para as coisas elas mesmas!”³⁶⁸

Observa-se que a fenomenologia é um método que possibilita mostrar as coisas em si mesmas, afastando-se de concepções e pré-juízos existentes que podem ocultá-las quando se busca o desvelamento do ente. Com isso, a expressão fenomenologia representa a forma, “o como abordar seus objetos”, permitindo o surgimento da ontologia.³⁶⁹

Desse prisma, Heidegger fixa o conteúdo da fenomenologia, conceituando-a como “a ciência do ser dos entes”, portanto ontologia.³⁷⁰ Complementa que o conceito fenomenológico de fenômeno “é somente o que constitui o ser, e ser é sempre ser de um

³⁶² HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 57.

³⁶³ *Ibid.*, p. 58.

³⁶⁴ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 36.

³⁶⁵ HEIDEGGER, *op. cit.* p. 64.

³⁶⁶ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 36.

³⁶⁷ Para Heidegger, “o significado do conceito formal e vulgar de fenômeno legitima a denominação de fenomenologia a toda de-monstração de um ente tal como se mostra em si mesmo.” *Op. cit.*, p. 66.

³⁶⁸ HEIDEGGER, *op. cit.* p. 65.

³⁶⁹ SILVA FILHO, *op.cit.*, p. 37.

³⁷⁰ HEIDEGGER, explica que “a ontologia só é possível como fenomenologia”. *Op. cit.* p. 66.

ente³⁷¹, portanto, um modo de mostrar o ser dos entes que devem ser descobertos. Assim, o antônimo do conceito de fenômeno é representado pelo conceito de encobrimento.³⁷²

A fenomenologia, nessa senda, será analítica existencial,³⁷³ pois busca descrever o homem e mostrá-lo na sua vida concreta, em sua essência, como ser-no-mundo. Esse ser se revela na pré-compreensão, não existindo método que conduza a compreensão. O homem compreende desde sempre o ser, pois “a existência é compreensão de ser” e o “estar exposto no ser já é sempre compreensão da própria vida, de suas possibilidades.” Por isso, “compreender não é um modo de conhecer, é um modo de ser”. Refere Stein que Heidegger “substitui a epistemologia da interpretação pela ontologia da compreensão. Encontram-se fenomenologia-vida-ser.”³⁷⁴

Aqui se destaca a importância do ser que deve ser desvelado, o que, na perspectiva heideggeriana, ocorre pela ontologia fundamental, cujo tema é o ser-aí, ou seja, o *Dasein*³⁷⁵. Logo, a fenomenologia do ser-aí é hermenêutica³⁷⁶, pois descobre o sentido do ser: “trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a historicidade da presença como condição ôntica de possibilidade da história fatural”³⁷⁷.

Para Heidegger, a hermenêutica parte da compreensão do ser³⁷⁸, e essa

compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou presença), em que *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não

³⁷¹ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 68.

³⁷² *Ibid.*, p. 66.

³⁷³ Salienta Stein que “a analítica existencial visa o desvelamento das estruturas do ser-aí, [...]. A partir do ser-aí se desvelará o horizonte da temporalidade, como horizonte transcendental do ser. A analítica existencial busca o sentido do ser ao qual desde a Antiguidade vem ligado ao tempo. STEIN, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 43.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 32.

³⁷⁵ Com relação à expressão *Dasein*, segue-se a orientação de Streck, o qual explica que pode ser traduzida “como ser-aí e como presença, sendo que a tradução brasileira optou pela segunda. Mas também é possível traduzir *Dasein* por ser-aí (*Da*= aí; *sein*= ser). No presente trabalho, dá-se preferência por “ser-aí”. ” *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 190.

³⁷⁶ Observa-se que a “investigação do sentido do ser deve iniciar por uma analítica do ser-aí, isto é, por uma análise que parta, inicialmente, da situação de compreensão na qual se encontra o sujeito, pois é a partir dela que o ser de todos os entes poderá ser revelado.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 37.

³⁷⁷ HEIDEGGER, *op.cit.*, p. 69.

³⁷⁸ Heidegger refere que a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser. A compreensão de ser pertence ao modo de ser deste ente que denominamos presença. Quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, maior a segurança do alcance na caminhada rumo à elaboração do problema ontológico fundamental. *Ibid.*, p. 266

sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim, o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*).³⁷⁹

O ser-aí possui uma compreensão prévia³⁸⁰ de si mesmo, dos outros e das coisas, adquirindo-a no seu cotidiano, no contato que mantém com os demais em sua vida em sociedade, na sua historicidade e no plano da faticidade.³⁸¹ Tal compreensão denomina-se de existencial e apresenta-se de modo circular, momento em que o ser-aí se revela como um “ser-no-mundo”,³⁸² possuindo uma tríplice estrutura, ou seja, o estar-jogado exprime a faticidade; o projeto revela a existência e a decaída representa a articulação. Por seu turno, as três dimensões apresentam-se no sentimento de situação (faticidade), de compreensão (existência) e, por fim, no discurso (articulação).³⁸³

Logo, o fundamento da compreensão é o próprio homem; antes de dizer o que são as coisas, é necessário saber quem é o homem e o que faz na prática. O *Dasein* como modo-de-ser no mundo representa uma antecipação que acompanha o conhecimento e reside na pré-compreensão.³⁸⁴ Para Heidegger³⁸⁵,

a interpretação sempre se funda numa *visão prévia*, (N51) que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa “visão previdente” (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele próprio, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*. A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

³⁷⁹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 190.

³⁸⁰ Conforme Silva Filho, a compreensão prévia é um “momento prévio fundante, designado por HEIDEGGER como *compreensão existencial*, não é estático e muito menos alcançável em sua plenitude, ele nos sustenta, em uma dinâmica circular [...] que acontece no plano da história e da temporalidade que lhe é inerente.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 38.

³⁸¹ A faticidade caracteriza-se pela condição de “ser lançado” e pela historicidade do ser-aí. GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 163.

³⁸² SILVA FILHO, op. cit., p. 38.

³⁸³ STEIN, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 48.

³⁸⁴ STRECK, op. cit., p. 194.

³⁸⁵ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p.207.

A pré-compreensão decorre da relação de disponibilidade que o homem possui com as coisas, enquanto “ser jogado no mundo”, ou seja, o ser-aí conhece a utilidade das coisas em face de estar envolvido no cotidiano, inserido num meio social.³⁸⁶ Não existe compreensão sem que o homem se relacione com o mundo.³⁸⁷ Logo, a compreensão prévia é “um sentido que o homem assume de modo inconsciente e que, ademais, já lhe é transmitido pela própria linguagem”.³⁸⁸

Na concepção heideggeriana a compreensão é um existencial: primeiramente, o homem compreende, constituindo essa compreensão condição de possibilidade da interpretação.³⁸⁹ “Compreender é sentir-se entendido na coisa”. Assim, só há interpretação em face de ter compreendido antes, pois a interpretação não significa conhecer o objeto, mas tão-somente um “agir mediador”.³⁹⁰

Pela compreensão existencial, o ser-aí, como ser-no-mundo, atribui sentido e conhecimento aos entes, ao passo que pela interpretação não há atribuição de significado. Frente a essa relação compreensão/interpretação³⁹¹, o homem encontra-se enredado num círculo, denominado de círculo hermenêutico. Nessa dinâmica, ele tem de se “mover dentro do que já foi compreendido, e, embora, mediante a interpretação, ele volte tematizado, sempre permanecerá velado o horizonte de sustentação de qualquer atividade intelectual.”³⁹²

³⁸⁶ Consta-se que “a vida, a existência já é compreensão do ser. A facticidade se constitui na pré-compreensão. A forma radical de exercício da facticidade é compreender. [...] O compreender já sempre é fato, é vida.” STEIN, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 34-35.

³⁸⁷ É importante destacar que “antes de o homem poder ter a consciência de que este ou aquele ente possui tais ou quais características que lhe são úteis, ele já conhece esta utilidade a partir de um sentido que aquele já possui em sua circunvisão.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 41.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 41.

³⁸⁹ Explica Stein que a hermenêutica, para Heidegger, assume um sentido radical e diferente. “Ela não é um método, nem a arte de interpretação, nem a própria interpretação, mas é radicalmente a tentativa de fundar a interpretação no hermenêutico, isto é, buscar suas raízes no próprio homem, no ser-aí, enquanto sua situação é hermenêutica, enquanto ele se movimenta no círculo hermenêutico, enquanto é o ente que compreende o ser. O homem só interpreta porque desde sempre já compreende de algum modo. A vida já sempre se compreende de algum modo a si mesma. A fenomenologia analisa o ser-aí que compreende o ser e, assim, se transforma em fenomenologia hermenêutica. O ser-aí é analisado em sua existência fáctica e, por isso, emerge a analítica existencial. Fenomenologia hermenêutica é analítica existencial.” STEIN, *op. cit.*, p. 43.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 259.

³⁹¹ Silva Filho explica sobre a relação compreensão/interpretação que a “interpretação [...] não é a colocação posterior, pelo intérprete de valores e significados sobre um objeto neutro, ela é o desenvolvimento de algo prévio, que instaura o próprio objeto, revelando uma conformidade do mesmo com o compreender que abre o ser-aí para o mundo.” *Op. cit.*, p. 40.

Heidegger não concorda com os historiadores na idéia de que o círculo é vicioso e que o melhor seria evitá-lo. Sustenta que a compreensão e a interpretação não podem se equiparar a qualquer conhecimento, mas somente àquele da estrutura prévia do ser-aí. Dessa maneira, refere que “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado.” Por fim, complementa que “o ‘círculo’ da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta.”³⁹³

Diante da realidade do círculo hermenêutico, na condição de modo-de-ser do ser-aí, observa-se a ruptura da divisão sujeito/objeto e destaca-se a figura do cuidado. Nesse diapasão, o cuidado representa a necessidade de entender que, “quando algum sentido se desvela, no contato com o ente, há sempre outros sentidos que se velam”, pois o conhecimento “não é absoluto e sim histórico, temporal, situacional.”³⁹⁴

Ainda dentro da fenomenologia, cumpre referir a importância da figura da linguagem, que não representa apenas um meio de comunicação, mas “pertence ao modo de ser do homem”.³⁹⁵ A linguagem constitui o modo de acesso, isto é, a abertura para o mundo e a condição de possibilidade de chegar ao mundo; é, ao mesmo tempo, “constituente e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir.”³⁹⁶

A essência da linguagem é hermenêutica, pois permite des-velar, des-cobrir, mostrar, trazer a mensagem, projetar a verdade do ser.³⁹⁷ Percebe-se que não existe ser sem linguagem, a qual é anterior ao pensamento e aos conceitos: “a linguagem mais fala ao homem do que ele a fala”.³⁹⁸

³⁹² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 41.

³⁹³ HEIDEGGER, *Ser e Tempo*, p.210.

³⁹⁴ SILVA FILHO, op. cit., p. 43.

³⁹⁵ SILVA FILHO, op. cit., p. 46.

³⁹⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 196.

³⁹⁷ Como refere Silva Filho, “se a investigação acerca do sentido ser deve se iniciar pela análise da existência do homem, constata-se, ao final, que esta é possibilitada por um momento precedente, que a meta almejada se situa aquém da ação do sujeito, que este recebe uma mensagem, e que a busca do deciframento desta mensagem revela-se, enfim, como a tarefa da investigação do sentido do ser. É aqui que a linguagem assume papel central [...]” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 45.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 46.

Dessa maneira, a linguagem tem “função designativa e mediadora”, constituindo o meio pelo qual o ser-aí toma consciência do mundo; ela permite a interpretação e serve de fundamento ao conhecimento e ao pensamento. Logo, o pensamento busca o desvelamento do ser, de sua essência, e este des-cobrir só é possível porque “o pensar traz em si o acesso à linguagem”. Portanto, Heidegger defende que “o pensamento e a linguagem são indissociáveis”.³⁹⁹

Assim, pela fenomenologia⁴⁰⁰ hermenêutica o compreender só é possível se o homem for um ser no mundo, ao qual o acesso a esse mundo só ocorre pela linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do conhecimento, sem a qual não há mundo, visto que não há coisa alguma onde falta a palavra, pois a “linguagem é a casa (morada) do ser.”⁴⁰¹ Heidegger valoriza a situação lingüística e vê o intérprete como refém da linguagem, pois ela é anterior a ele. Aí, então, a hermenêutica surge como um processo de autocompreensão, portanto, como filosofia.

Em suma, a fenomenologia traz a compreensão e a vivência⁴⁰². Assim, Heidegger sob a ótica existencial fenomenológica define a pessoa humana com base no estado de ânimo, ou seja, conforme sua faticidade como ser lançado no mundo e que possui inúmeras possibilidades. Tal noção revela a vivência não teórica da finitude humana. Da mesma forma, Heidegger estabelece um novo padrão de racionalidade a partir da questão do ser, ligada à compreensão pelo *Dasein* como modo-de-ser no mundo, que representa uma antecipação que acompanha o conhecimento.

³⁹⁹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fê objetiva no direito contratual*, p. 44.

⁴⁰⁰ Conforme Stein, “o fenômeno, portanto, em seu sentido original será o ser, que se mostra em si mesmo ocultando-se no ente. Será portanto o objeto temático da fenomenologia. Será o caminho de acesso ao que deve ser objeto da ontologia. “A ONTOLOGIA SÓ É POSSÍVEL COMO FENOMENOLOGIA”. A fenomenologia terá como tema o ser do ente, seu sentido, suas modificações.” STEIN, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 39.

⁴⁰¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p.195.

⁴⁰² Heidegger trabalha as categorias do estado de ânimo, também denominada de faticidade; a compreensão que decorre da faticidade; o discurso representado pela comunicação com os outros; e a queda (decaída) que representa a versão inautêntica do discurso.

2.2.2 A contribuição de Hans-Georg Gadamer à hermenêutica

A hermenêutica teve uma grande virada com Heidegger, eis que deixou de ser vista como método, como lógica, e passou a ser filosofia, portanto uma forma de existência. Nessa linha é relevante destacar o giro hermenêutico, pelo qual o intérprete deve mostrar as coisas em si mesmas, surgindo daí a noção de que o compreender não é conhecer, mas representa, antes de tudo, um modo de ser. Tal concepção teve prosseguimento com o pensamento de Gadamer.

Gadamer, discípulo de Heidegger⁴⁰³, defende que a interpretação depende de conceitos prévios e que a linguagem apresenta-se em primeiro lugar, dizendo que “ser que pode ser compreendido é a linguagem”.⁴⁰⁴ Complementa Streck⁴⁰⁵ que a “linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o *Dasein*, se localiza e age. Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*”. Portanto, a hermenêutica é filosófica.

Gadamer partiu da concepção de Heidegger, sustentando que a hermenêutica não consiste num conjunto de métodos destinados à interpretação textual, mas diz respeito à atividade cognitiva e acontece no plano ontológico. Na ótica de Heidegger, a hermenêutica passou de geral para fundamental, portanto, filosofia hermenêutica, eis “que todo o pensamento ou proposição pode ser considerado uma interpretação, pois desenvolve uma dimensão prévia: a compreensão existencial”. Assim, a descoberta de uma estrutura prévia de compreensão representa o ponto comum “de partida” do pensamento de Gadamer e “de chegada” do estudo de Heidegger.⁴⁰⁶

Nessa linha, o núcleo do pensamento de Gadamer assenta-se na compreensão, que, por seu turno, possui estruturas fundamentais representadas pelo horizonte histórico,

⁴⁰³ Para Gadamer: “Heidegger só se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a estrutura prévia da compreensão. Nós ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p 354.

⁴⁰⁴ GADAMER, op.cit., p.612.

⁴⁰⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 203.

⁴⁰⁶ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 47.

círculo hermenêutico, mediação, diálogo e linguagem. Tais categorias se encontram em dinâmica e permanente ligação entre si,⁴⁰⁷ como se passa a expor.

Inicialmente, Gadamer pretende explicar o fato de a hermenêutica estar relacionada com a historicidade da compreensão. Com base em Heidegger, assevera que a arte da compreensão é beneficiada quando a autocompreensão do intérprete não é imposta por “intuições ou noções populares”, mas, sim, “a partir da coisa, ela mesma”, ou seja, o intérprete não pode, dentro do círculo, desviar sua atenção; deve manter a vista atenta, procurando acautelarse de arbitrariedades oriundas de suas intuições e hábitos, que possam desviar o caminho da compreensão.⁴⁰⁸

A compreensão do texto acontece pelo projeto prévio que antecipa a coisa, o qual deve ser continuamente revisado, eis que os conceitos podem ser alterados por outros mais adequados e cabíveis. Por vezes, a opinião prévia pode conter erros, momento que não corresponderá à coisa, gerando uma compreensão inadequada ou inautêntica. Contudo, a compreensão verdadeira acontece quando as opiniões prévias não são arbitrárias, isto é, quando não estão imbuídas, “direta e acriticamente”, dos hábitos do intérprete extraídos da linguagem, mas, sim, quando se apresentam legítimas “quanto à sua origem e validade”.⁴⁰⁹

Do mesmo modo, há a necessidade de que o intérprete, com base em sua consciência hermeneuticamente formada, promova uma abertura para que se apresente a opinião prévia do texto, pois “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. Entretanto, essa recepção à alteridade do texto não significa dizer uma neutralidade ou anulação da opinião prévia do intérprete. Assim, “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo, assim, confrontar sua verdade com as opiniões prévias.”⁴¹⁰

Para que isso ocorra, é mister que se compreenda a figura do preconceito, que em si mesmo significa “um juízo [...] que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão.”⁴¹¹ De acordo com Gadamer, o

⁴⁰⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 26.

⁴⁰⁸ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 354-355.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 356-357.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 358.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 360.

preconceito pode ter uma conotação negativa ou positiva. Na primeira acepção, com fulcro na Ilustração⁴¹², representa um falso juízo, um juízo sem fundamento, um entrave para que se adquira um conhecimento autêntico, e pode ser dividido em preconceito por precipitação e de autoridade.⁴¹³ Pelo entendimento cartesiano, o homem pode proteger-se dos erros trazidos pelos preconceitos utilizando a razão com método e disciplina.⁴¹⁴

Por outro lado, o preconceito no sentido positivo reflete muito mais do que os juízos que a pessoa possui, constituindo a própria “realidade histórica de seu ser”.⁴¹⁵ Ressalta-se que o homem pertence à história, e seu contato social, sua permanente interação com os demais, quer seja na família, na sociedade, no Estado, leva a que ele crie seus próprios juízos e forme suas convicções, construindo sua realidade histórica.

Gadamer sustenta que, levando em conta o “modo de ser finito e histórico do homem”, torna-se imperioso valorizar e reabilitar a noção de preconceito, pois existem preconceitos legítimos, que, por sua vez, apresentam-se como condição da compreensão.⁴¹⁶ Nessa senda, verifica-se que a legitimidade dos preconceitos pode ser determinada e conferida por meio de sua autoridade e pela tradição.⁴¹⁷

Com o intuito de esclarecer os preconceitos legítimos, Gadamer trata da categoria da autoridade, referindo que ela não se fundamenta na submissão, na renúncia da razão ou na obediência cega a um determinado comando; ao contrário, assenta-se numa relação de reconhecimento e de conhecimento de que algumas pessoas sabem mais, ou melhor, que outras.⁴¹⁸ A autoridade destaca-se por ser superior aos demais, em face de possuir um

⁴¹² Menciona Silva Filho que o preconceito com base na Ilustração “ revela-se um obstáculo para o conhecimento adequado, isto é, racional e metódico, das coisas. Tal preconceito pode ocorrer de duas formas diversas: seja pelo erro no procedimento metódico (*preconceito por precipitação*), seja pelo impedimento em se fazer uso da razão, prevalecendo a imposição de dogmas (*preconceito por autoridade*). Obviamente, esta última modalidade de preconceito era considerada muito grave, sendo, necessariamente, uma opção excludente em relação à razão.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 51-52.

⁴¹³ Para Gadamer, “ a precipitação é a verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão. A autoridade, ao contrário, é culpada de que não façamos uso da própria razão. A distinção se baseia, portanto, numa oposição excludente entre autoridade e razão.” GADAMER, *Verdade e método I*, p. 368.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 368.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 368.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 368.

⁴¹⁷ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹⁸ Gadamer refere o exemplo da autoridade do professor frente ao seu aluno. Menciona que “é assim que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à idéia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional mas algo que em princípio pode ser compreendido. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista. É claro que os preconceitos que eles inculcam encontram-se legitimados pela pessoa. Sua validade requer predisposição para com a pessoa que os representa.” GADAMER, *op. cit.*, p. 371-372.

entendimento e uma visão mais ampla e arrojada, ou um juízo precedente aos demais, demonstrando que o seu real fundamento reside na liberdade e na razão. Portanto, a autoridade não é outorgada à pessoa, mas adquirida por ela.⁴¹⁹

Após mencionar a importância da autoridade na constatação dos prejuízos legítimos, Gadamer aborda a forma de autoridade denominada tradição. Pela escola do romantismo, a tradição⁴²⁰ representa “uma limitação da liberdade racional na forma de um dado histórico, incontornável como a própria natureza.”⁴²¹ Logo, a tradição apresenta-se como “um momento da liberdade e da própria história”, devendo ser reconhecida, cultivada e constantemente mantida. Desse modo, percebe-se que a tradição e a razão não se contrapõem, eis que a tradição representa sempre a conservação⁴²², e essa “conservação é um ato da razão.” Reforça Gadamer que a conservação se constitui num ato de liberdade, ou seja, “representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação.”⁴²³

Desse prisma, é relevante aduzir que o homem encontra-se inserido na tradição, mantendo um intercâmbio permanente com o passado. Nessa relação entre o comportamento humano e a tradição o que importa é o fato de a pessoa estar condicionada pelo passado, não à distância que o separa dele. Esse contato revela que o ponto em comum entre o compreender nas ciências do espírito e a manutenção da tradição reside no fundamento “de sentirem-se *interpeladas* pela própria tradição.”⁴²⁴ A compreensão é interpelada pela tradição. “Confundem-se, portanto, a tradição que remanesce e que produz efeitos sobre o presente com as atividades aí exercidas, e, entre elas, a própria investigação histórica.”⁴²⁵

⁴¹⁹ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 371.

⁴²⁰ Conforme Silva Filho, “o que há de comum entre o historicismo e a Ilustração é o fato de ambos terem a razão, o *logos*, como parâmetro para avaliar a correção de um juízo, a premissa do progressivo “desencantamento do mundo”. A tradição só tem valor, no seio do historicismo, enquanto objeto de conhecimento, sem que, porém, exerça nenhuma influência na atividade cognitiva. Emerge, pois, “uma tendência a repor o antigo porque é antigo”. A tradição, diante da razão, só pode ser entendida como histórica, e o conhecimento da história reclama a mesma dignidade científica, através das ciências do espírito, que o conhecimento da natureza, invocando para si a tarefa de desvendar objetivamente a verdade quanto aos fatos do passado.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 51.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 52.

⁴²² Conforme Gadamer, “a tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas.” *Op. cit.*, p. 373.

⁴²³ *Ibid.*, p. 373-374.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 374.

⁴²⁵ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 52.

Nas ciências do espírito⁴²⁶ a investigação histórica não se verifica somente como investigação; também assume a função de mediar a tradição.⁴²⁷ Por isso, a investigação histórica alicerça-se no movimento histórico, que se desenvolve e acontece na própria vida de cada pessoa. Por consequência, não se pode afirmar que esta investigação seja orientada por um “objeto em si”, isto é, um objeto certo que possa ser apreendido e determinado, pois não existe uma compreensão plena da história.⁴²⁸

Tomando por base as figuras do preconceito, da autoridade e da tradição, Gadamer realiza a análise do exemplo do clássico⁴²⁹, com o intuito de mostrar a mediação histórica que estabelece entre o presente e o passado. Observa, inicialmente, que o conceito de clássico⁴³⁰ pode ser entendido sob o aspecto histórico e normativo. Quanto ao primeiro, o clássico representa uma referência histórica pertencente a um determinado período definido no tempo, ao passo que o sentido normativo põe em evidência o significado e a influência daquele referencial histórico ao longo do tempo e, em especial, no presente. Em suma, Gadamer sustenta que o clássico⁴³¹ se constitui numa “categoria histórica” na medida em que carrega em si “valores e conceitos que são conservados e renovados constantemente.”⁴³² A intermediação entre passado e presente, mantendo e alterando

⁴²⁶ Ao abordar a tradição, Gadamer estabelece qual é a diferença entre as ciências do espírito e as da natureza. A distinção “não se encontra no procedimento metódico, onde ainda resiste a coincidência na busca de resultados objetivos. Mas sim em que, enquanto nas ciências da natureza, faz sentido, ainda que como um *telos* ideal, projetar-se a busca, contínua e progressiva, de um conhecimento completo da natureza, nas ciências do espírito, tal busca não experimenta o menor sentido, dado que a motivação investigadora que se volta para a tradição é fornecida pelo presente. A indagação e os interesses que a motivam é que configuram o tema e o objeto da investigação.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 52.

⁴²⁷ Explica Silva Filho que, “ao mesmo tempo em as investigações históricas são confirmadas pelos interesses do presente, as perspectivas atuais são conformadas pelo que veio do passado. O movimento histórico em que se insere a atividade investigativa é de duas mãos.” *Ibid.*, p. 53.

⁴²⁸ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 377-378.

⁴²⁹ Refere-se como exemplo dessa figura de Gadamer o modelo clássico de contrato criado no Estado Liberal de Direito. Inclusive, esse modelo clássico de contrato, que representa um modo de ser histórico, será abordado no ponto 3.1 deste trabalho, servindo de fio condutor para estabelecer a noção de repersonalização nos contratos contemporâneos.

⁴³⁰ Conforme Gadamer, “o que nos leva a chamar algo de “clássico” é, antes, uma consciência do ser permanente, uma consciência do significado imorredouro, que é independente de toda circunstância temporal, uma espécie de presente intemporal contemporâneo de todo e qualquer presente.” *Ibid.*, p. 381.

⁴³¹ Complementa Gadamer que “o clássico é o que se conserva, *porque* se significa e interpreta a si mesmo; isto é, aquilo que é tão eloqüente que não constitui uma proposição sobre algo desaparecido, um mero testemunho de algo a ser interpretado, antes, ele diz algo a cada presente como se dissesse somente a ele. O que se qualifica como “clássico” não é algo que requeira a superação da distância histórica; pois ele mesmo realiza essa superação em constante mediação. Nesse sentido, o que é clássico é sem dúvida, “intemporal”, mas essa intemporalidade é um modo de ser histórico.” *Ibid.*, p. 384.

⁴³² SILVA FILHO, *op.cit.*, p. 53.

conceitos, permite que se vislumbrem os preconceitos legítimos que correspondem à verdadeira compreensão.⁴³³

Diante dessa realidade, constata-se que o intérprete precisa diferenciar quais são os preconceitos verdadeiros que possibilitam a compreensão e quais dificultam e criam mal-entendidos. Para ajudar a compor tal impasse, Gadamer invoca a figura da distância temporal e seus efeitos, argumentando que a distância temporal⁴³⁴ entre o intérprete e o texto ou a situação, a serem interpretados, representa um fator que auxilia na compreensão. Com isso, quanto maior a distância temporal,⁴³⁵ melhor será a compreensão, pois acontecerá à luz da tradição, que se consolidou desde a sua origem até o momento em que ocorreu a interpretação.⁴³⁶ Ressalta que a proximidade do tempo, ou seja, o interregno menor de tempo entre a criação dos objetos e sua interpretação, gera insegurança⁴³⁷ e o intérprete passa a ter mais dificuldade de perceber seus preconceitos, visto que não existe a autoridade decorrente da tradição.

O compreender, na ótica gaddameriana, significa um “compreender melhor” e “não se deve a uma conscientização posterior capaz de equiparar o intérprete com o autor original [...], mas, ao contrário, descreve uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença que é dada pela distância histórica.”⁴³⁸ Portanto, a compreensão não se consubstancia em saber a intenção do autor ao redigir seu escrito, mas no sentido que ele possui no momento histórico que vive o intérprete.

⁴³³ Adverte Gadamer que “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. É isso que deve ser aplicado à teoria hermenêutica, que está excessivamente dominada pela idéia dos procedimentos de um método.” *Verdade e método I*, p. 385.

⁴³⁴ Salienta-se que “a distância temporal em sua produtividade hermenêutica só pôde ser pensada a partir da mudança de rumo ontológico que Heidegger deu à compreensão como um “existencial” e a partir da interpretação temporal que aplicou ao modo de ser da pre-sença.” *Ibid.*, p. 393.

⁴³⁵ Assevera Gadamer que “na verdade trata-se de reconhecer a distância do tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.” *Ibid.*, p. 393.

⁴³⁶ Explica Silva Filho que “uma consciência hermenêutica deve também ser histórica, para que se tenha noção dos próprios preconceitos e, assim, a tradição se destaque.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 54.

⁴³⁷ Comenta Silva Filho que a distância temporal “revela um flanco desguarnecido no pensamento de GADAMER, que foi objeto de inúmeras investidas. Poderíamos nos perguntar: o que nos interessa uma teoria hermenêutica que não nos auxilie a entender o contemporâneo, o nosso tempo atual?” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 54.

⁴³⁸ GADAMER, op. cit., p. 392.

Para Gadamer, “basta dizer que, *quando se logra comprender*, compreende-se de um modo *diferente*. Dessa maneira, “um texto não é compreendido como mera expressão de vida, mas é levado a sério na sua pretensão de verdade.”⁴³⁹

A distância temporal é uma categoria que permite à hermenêutica realizar a tarefa crítica de separar verdadeiros e falsos preconceitos, possibilitando a compreensão e afastando o mal-entendido. Com isso, percebe-se que a “consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica”, com o intuito de colocar a tradição em destaque e suspender preconceitos,⁴⁴⁰ pois “a compreensão começa onde algo nos interpela.”⁴⁴¹

Disso decorre que a historicidade faz parte do próprio pensar e não representa um objeto que possa ser delimitado ou apreendido de forma objetiva. Ressalta Gadamer que “o verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro, uma relação formada tanto pela realidade da história quanto pela realidade do compreender histórico.”⁴⁴² Então, a hermenêutica deve entender a realidade histórica como compreensão, exigência denominada de história efetual, ou seja, “aquela dimensão da história ignorada pelo historicismo: a que diz respeito ao próprio processo de compreensão, e que o insere dentro da história.”⁴⁴³

Para Gadamer, a consciência da história efetual é fundamental à compreensão e detém a posição de princípio; ela é “mais ser do que consciência” e constitui a “substância” histórica do homem. Porém, ao mesmo tempo em que a consciência histórica é criada pela história, também deve ser “reconquistada, desse ser efetuada”. Assim, da consciência do ser efetuada surge a necessidade de estabelecer a situação hermenêutica. Para tanto, é preciso deixar clara a historicidade e reconhecer os limites que o homem possui para chegar à compreensão.⁴⁴⁴ A compreensão, por sua vez, não se apresenta de modo objetivo,

⁴³⁹ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 392-393.

⁴⁴⁰ Conforme Silva Filho, suspender os preconceitos significa iluminá-los, ver o que está lá e abrir espaço para o novo. Refere que “o procedimento que consiste na suspensão dos próprios preconceitos possui a mesma estrutura da pergunta. No momento em que nos deparamos com algo que nos interpela, o mal-entendido suscita o nosso questionamento. E aqui se verifica que suspender as pressuposições próprias não significa deixá-las de lado, mas possibilitar que, a partir delas, a alteridade do texto apareça. Pensar que é possível uma interpretação neutra, sem lugar para a pergunta, como escreve GADAMER, significa admitir ‘que nós podemos fazer caso omissis de nós mesmos’”. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 55.

⁴⁴¹ GADAMER, op. cit., p. 395.

⁴⁴² GADAMER, op. cit., p. 396.

⁴⁴³ SILVA FILHO, op. cit., p. 55.

⁴⁴⁴ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica.*, p. 191-192.

nem há possibilidade de apoderar-se dela como um todo, em face da própria historicidade do homem, visto que “ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se.”⁴⁴⁵

Tal assertiva denota que o homem não se apresenta perante uma situação, mas está inserido nela, cabendo-lhe promover sua elucidação diante do horizonte em que se encontra, de tal sorte que o horizonte “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto⁴⁴⁶.”⁴⁴⁷

Verifica-se que o horizonte não representa uma categoria fechada e estática, mas, sim, uma realidade móvel e dinâmica, que se desloca no ritmo de quem se move. Inclusive “o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição”, encontra-se em permanente movimento.⁴⁴⁸

Para a realização da compreensão histórica é necessário que o horizonte histórico se mostre e que o intérprete se desloque⁴⁴⁹ ao que fala a tradição, em face de possuir um horizonte. Assim, indaga Gadamer: “existirão aqui realmente dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende deslocar?”⁴⁵⁰ Responde o filósofo alemão que, embora pareçam existir dois horizontes, ou seja, o do intérprete e o histórico, na realidade existe um só, que se apresenta com mobilidade. Explica que, quando o intérprete busca fazer a compreensão histórica, sua consciência histórica desloca-se para um “grande horizonte”, que se forma e se move a partir da autoconsciência. Conclui que esse horizonte único envolve o conteúdo da consciência histórica, o passado do intérprete e dos outros, juntamente com o presente.⁴⁵¹

Ressalta-se que a noção de horizonte revela uma “visão superior e ampla” que o intérprete deve ter. Portanto, para compreender ele deve se preparar para enxergar longe, ou seja, “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair

⁴⁴⁵ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 399.

⁴⁴⁶ Silva Filho explica que o “ponto” sobre o qual se fundamenta o horizonte “situa-se a partir da compreensão do intérprete, é o lugar da pergunta, que permitirá o questionamento adequado.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 56.

⁴⁴⁷ GADAMER, op. cit., p. 399.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 402.

⁴⁴⁹ Gadamer traz a lume que deslocar significa transportar o intérprete para a situação de outra pessoa, com intuito de compreendê-la e tornar-se consciente da alteridade e individualidade de outrem. “Significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro.” Ibid., p. 403.

⁴⁵⁰ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 401.

⁴⁵¹ Ibid., p. 402.

dele mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos.”⁴⁵²

Com relação à situação hermenêutica, vê-se que acontece pelos preconceitos que formam o horizonte do intérprete no presente. Porém, o horizonte do presente não é algo estático que possa se destacar⁴⁵³ da alteridade do passado; ao contrário, é um processo dinâmico⁴⁵⁴, que a cada momento põe à prova os preconceitos.

Desse modo, o texto traz consigo um horizonte que o intérprete não pode descrever objetivamente; assim, estarão presentes o horizonte do leitor (presente) e o do texto (passado). Como o horizonte do presente não existe por si só e o do passado está vivo e pulsante, ainda hoje, Gadamer explica que “compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.”⁴⁵⁵ Portanto, a fusão ocorre na tradição, eis que “velho e novo sempre crescem juntos.”⁴⁵⁶

Conforme mencionado, não existem dois horizontes distintos que possam ser capturados de forma objetiva, mas um único horizonte que se apóia na tradição. Assim, a consciência histórica permite que se encontre a tradição, gerando uma “relação de tensão entre o presente e o passado.” Cabe à hermenêutica mostrar e desenvolver de modo consciente essa tensão, pois a consciência histórica, ao mesmo tempo em que destaca o seu horizonte do presente daquele do passado, também se apresenta como uma “superposição sobre a tradição”. Simultaneamente, ela separa e, após, junta o que destacou, com o intuito de conciliar tudo num único horizonte conquistado. Com isso, a compreensão acontece efetivamente pela fusão de horizontes, visto que a construção do horizonte histórico representa apenas uma parte dela. A tarefa de realizar essa fusão cabe à consciência histórico-efetual, trazendo à tona a categoria da aplicação.⁴⁵⁷

⁴⁵² GADAMER, *Verdade e método I*, p. 403.

⁴⁵³ Gadamer refere que “Destacar é sempre uma relação recíproca. O que deve ser destacado deve se destacar de algo que, por sua vez, deverá destacar-se ele próprio daquele primeiro.”Ibid., p. 404.

⁴⁵⁴ Nas palavras de Silva Filho, verifica-se “que o verdadeiro processo de compreensão tem lugar a partir da autoconsciência em relação aos preconceitos do intérprete. Tal constatação, contudo, pode dar lugar ao entendimento de que o presente espelha opiniões e concepções fixas, em relação às quais o passado destaca-se com facilidade. O que importa assinalar, porém, é que o horizonte do presente está sempre em formação, pois em toda a situação de compreensão temos de pôr à prova os nossos preconceitos, pois, quando o fazemos, sempre algo se nos oculta.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 57.

⁴⁵⁵ GADAMER, op. cit., p. 404.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 405.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 405.

Sustenta Gadamer que a aplicação faz parte integrante da compreensão, inexistindo separação de tempo entre elas, pois formam um momento único. Diante desse pensamento, o autor rechaça a idéia de que o problema hermenêutico seja dividido em três fases: primeiro, o intérprete compreende; após, interpreta e, por último, aplica. Assim, a compreensão e a aplicação acontecem ao mesmo tempo.⁴⁵⁸ Em especial, menciona que na hermenêutica⁴⁵⁹ jurídica e na teológica existe uma tensão entre o texto e o sentido que alcançará sua aplicação, eis que ambas não devem ser entendidas historicamente, mas, sim, a primeira, pela concretização da validade jurídica, e a segunda, por exercer efeito redentor. Perante essa realidade, para compreender o texto de modo adequado, deve-se “compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.”⁴⁶⁰

Por sua vez, a aplicação pode ser conceituada pela ética de Aristóteles⁴⁶¹, em face de o problema hermenêutico estar sedimentado no fato de que a tradição deve ser vista de modo diverso cada vez que for compreendida, retratando uma relação entre o geral e o particular. Para Gadamer, “compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular.”⁴⁶² Nessa senda, o texto a ser interpretado representa o geral, e a situação em que se encontra o intérprete constitui o particular.

⁴⁵⁸ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 406-407.

⁴⁵⁹ Esclarece Gadamer que “a história da hermenêutica nos ensina que junto com a hermenêutica filológica existiram também uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica, e que somente as três juntas perfazem o conceito pleno de hermenêutica. Uma das conseqüências do desenvolvimento da consciência histórica nos séculos XVIII e XIX foi a desvinculação da hermenêutica filológica e da historiografia de seu vínculo com as outras disciplinas hermenêuticas, estabelecendo-se autonomamente como teoria metodológica da investigação das ciências do espírito. A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica apoiava-se no reconhecimento da aplicação como momento integrante da compreensão.” *Ibid.*, p. 407.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 408.

⁴⁶¹ Para Aristóteles a ética é “uma disciplina autônoma em relação à Metafísica, ou seja, opõe o *ethos* à *physis*. A verdade ética se estabelece muito mais como um saber ético do que algo inscrito desde sempre na natureza das coisas. Logo, um saber filosófico acerca deste campo requer a dinâmica entre o geral e o particular, pois se desenvolve na relação entre o conteúdo ético produzido em uma situação concreta e as expectativas éticas gerais que condicionam este momento. [...] Na distinção que faz entre o saber ético (*phronésis*) e o técnico (*techné*), ARISTÓTELES assinala o caráter distintivo daquele no fato de que, enquanto este é um saber sobre a coisa, aquele é um saber sobre o homem, o que demarca igualmente a distância em relação ao conhecimento teórico, pois o homem não dispõe de si mesmo. Uma consciência ética geral não lhe garantirá uma perfeição ética, como um saber técnico apurado lhe garantiria a perfeição do objeto final a ser produzido [...]. O saber ético é um saber-se. [...] A compreensão do saber ético geral só se complementa na aplicação à situação concreta que reclama o comportamento ético. É por isso que a *phronésis* não pode ser uma *techné*. SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 58-60.

⁴⁶² GADAMER, *op. cit.*, p. 411.

Gadamer conclui que, relacionando a hermenêutica ao conceito de *phronésis*, em especial com a “virtude do saber moral”, o ensinamento de Aristóteles⁴⁶³ mostrar-se-á “como uma espécie de modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica.” Ressalta, que a aplicação faz parte da compreensão, ou seja, quem compreende desde já aplica. Portanto, ao vislumbrar a tradição, o intérprete não busca apenas compreender o universal (o texto), mas tem de entender a si mesmo, de ter ciência da situação em que se encontra.⁴⁶⁴

Com relação à hermenêutica jurídica, Gadamer assevera que a superioridade da lei está relacionada e origina-se do Estado de Direito, tendo por finalidade trazer a segurança jurídica. Porém, a aplicação da lei não pode acontecer de forma subsuntiva, como se houvesse uma solução pré-dada para cada momento, impedindo qualquer questionamento; ao contrário, há necessidade de ponderação do juiz ao aplicá-la ao caso concreto.⁴⁶⁵ Com isso, “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*.”⁴⁶⁶ A aplicação é “a verdadeira compreensão do próprio universal” que o texto apresenta ao intérprete, “não o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto.”⁴⁶⁷ Disso se conclui que a hermenêutica jurídica⁴⁶⁸ é aplicação, que, por sua vez, acontece à luz da consciência histórico-efetual.

Nessa linha, observa-se a experiência, que é uma categoria inerente à historicidade da consciência do homem, e que a experiência jurídica se relaciona com a tradição. Destaca-se que a tradição, por seu turno, é linguagem e “fala por si mesma, como um tu”.⁴⁶⁹ Portanto, a experiência precisa de uma abertura que se concretiza quando a pessoa está consciente do momento da aplicação, isto é, da própria consciência histórica efetual.

⁴⁶³ Sob a luz da lição aristotélica, *phronésis* representa “a deliberação concreta à qual se procede nas situações particulares”, e não a ética material, que por sua vez, se constitui num “conjunto de valores, normas ou princípios que já se tenham como certos ou específicos.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 61.

⁴⁶⁴ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 426.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 433.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 432.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 446-447.

⁴⁶⁸ Assinala Silva Filho que “em qualquer ramo da hermenêutica, seja a histórica, a teológica, a filológica ou a jurídica, estamos diante da necessidade de aplicação e da presença da consciência histórica efetual. É claro que em cada segmento o interesse é diverso (o filólogo busca a perfeição do texto em si, sua verdade estética; o jurista, a partir da lei, a justiça no caso concreto; o teólogo a revelação; e o historiador o conjunto da tradição, que envolve textos e fatos), mas em todos eles se faz inafastável a mediação com o presente. SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 63-64.

⁴⁶⁹ GADAMER, *op. cit.*, p. 467.

Tal abertura ocorre pelo diálogo, que é composto pela estrutura da pergunta e da resposta.⁴⁷⁰

Na lógica da pergunta e da resposta vislumbra-se que a pergunta⁴⁷¹ deve ser elaborada a partir do horizonte do intérprete, que com base em seus pré-conceitos deve deixar “a tradição falar por si mesma”, oportunidade em que a indagação se abre e se limita. Todavia, o intérprete deve também buscar a pergunta na resposta do texto (no horizonte da pergunta) reconstruindo a indagação que serviu de fundamento para aquele texto. Esse reconstruir⁴⁷² será sempre novo, pois acontecerá com base no horizonte do intérprete, que é histórico.⁴⁷³ Expõe Gadamer que “a latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual.”⁴⁷⁴

Portanto, a intermediação entre intérprete e texto, ou seja, o diálogo entre ambos, acontece pela linguagem. É na linguagem que se encontra a tradição, bem como é o local em que os horizontes do texto se apresentam e se abrem ao intérprete para que ocorra a fusão de horizontes e, com ela, a compreensão. Assim, assinala Gadamer que a fusão de horizontes que se efetiva na compreensão “*é o genuíno desempenho e produção de linguagem*”.⁴⁷⁵

Diante dessas premissas, Gadamer, propõe-se analisar a universalidade da linguagem na hermenêutica a partir da constatação de Heidegger de que “a linguagem é a casa do ser”, sustentando, por seu turno, que “ser que pode ser compreendido é

⁴⁷⁰ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 67.

⁴⁷¹ Para Gadamer, “a colocação de uma pergunta pressupõe abertura, mas também delimitação. Implica uma fixação expressa dos pressupostos vigentes, a partir dos quais se mostra o que está em questão, aquilo que permanece em aberto. Por isso, também a colocação de uma pergunta pode ser correta ou falsa na medida em que consegue ou não levar o assunto para o âmbito do verdadeiramente aberto. Dizemos que a colocação de uma pergunta é falsa quando não alcança o aberto, quando se afasta desse pela manutenção de falsos pressupostos. Enquanto pergunta, ostenta abertura e decisibilidade. Quando não se distingue ou se distingue mal o que se pergunta frente aos pressupostos que realmente se mantêm de pé, então não se alcança realmente o aberto e, por conseguinte, não se pode decidir nada.” GADAMER, *Verdade e método I*, p. 475.

⁴⁷² Verifica-se que “a verdadeira compreensão implica a reconquista de conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber. Acima, chamamos a isso de fusão de horizontes. [...] A reconstrução da pergunta que permite compreender o sentido de um texto como uma resposta passa ao nosso próprio perguntar. Isso porque o texto precisa ser compreendido como resposta a uma pergunta real.” *Ibid.*, p. 488.

⁴⁷³ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁷⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 492.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 492.

linguagem”.⁴⁷⁶ Dessa maneira, a linguagem passa a ser vista como “*medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação.”⁴⁷⁷

Ao tratar a categoria da linguagem, Gadamer acentua que não é um simples meio de comunicação, mas, sim, a base em que se apóia a consciência humana para entender as coisas e seus significados. A linguagem traz a representação do mundo.⁴⁷⁸ “Daí dizer-se que a linguagem mais fala do que nós falamos a ela.”⁴⁷⁹

Para que haja uma compreensão autêntica há necessidade de que o homem tenha consciência de seus condicionamentos e mantenha um diálogo verdadeiro com o texto. Neste caso, deve ter consciência de que o texto fala a partir de si quando trazido ao horizonte do intérprete, sob pena de “sufocá-lo” com seus preconceitos e, conseqüentemente, de gerar um mal-entendido. Nessa ótica, percebe-se o fenômeno da “unidade entre compreensão e interpretação”, demonstrando que a linguagem não pode ser considerada como instrumento ou mera coisa fazendo a ligação entre o sujeito e o objeto.

480

A lingüisticidade provoca um “acontecer”, fazendo com que a coisa se mostre e apareça no mundo, constituindo sua própria essência. Desse modo, Gadamer defende a universalidade da hermenêutica fundamentando-a na linguagem, pela qual a relação do homem com o mundo é dada. As coisas manifestam-se no mundo como fenômenos, cuja mediação é proporcionada pela linguagem, eis que “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”.⁴⁸¹ Assim, a linguagem “é um acontecimento, uma experiência, um vir à fala do que nos cerca, da tradição que determina nossa historicidade e que retorna em nossa consciência hermenêutica.”⁴⁸²

⁴⁷⁶ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 68.

⁴⁷⁷ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 503.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, “a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa o *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo.” *Ibid.*, p. 571.

⁴⁷⁹ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁸¹ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 612.

⁴⁸² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 73.

A hermenêutica passa a ser modo-de-ser-no-mundo, faticidade, historicidade e aplicação. Por sua vez, apresenta-se sempre com caráter produtivo, eis que produz sentido em face do processo de fusão de horizontes.⁴⁸³ A hermenêutica não é mais método, mas, sim, filosofia; desaparecem, então, as fases de interpretação da hermenêutica clássica (conhecer, interpretar e aplicar), restando apenas a aplicação.

Gadamer não reconhece a dicotomia sujeito-objeto e defende que eles se fundem a partir de sua historicidade e que o “desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história linguisticamente apreendida”.⁴⁸⁴ Portanto, defende que essa acepção da linguagem antimetafísica é alicerçada no círculo hermenêutico e na diferença ontológica.

Com relação ao círculo hermenêutico⁴⁸⁵, vislumbra-se que é ontológico, ou seja, filosofia hermenêutica, pois o objeto não é a interpretação do texto como na hermenêutica clássica, mas a investigação das coisas. A sua forma é espiral⁴⁸⁶, logo, “quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico.”⁴⁸⁷

Por sua vez, a diferença ontológica serve de base do ser e do ente⁴⁸⁸. “Acontece no ‘aberto entre’ o que é o *Dasein* compreendido ‘no sentido do âmbito extático do

⁴⁸³ Silva Filho explica que a expressão fusão não significa “defender a existência de horizontes distintos que se fundem, mas sim porque a tarefa hermenêutica, sintetizada em escapar de uma assimilação ingênua, precisa tornar visível a relação de tensão que se estabelece entre o texto e o presente, necessita explicitar o estranhamento, propiciar a interpelação.” *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 57.

⁴⁸⁴ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 206.

⁴⁸⁵ Conforme Stein, “a idéia do círculo da compreensão introduz elementos radicalmente novos – que se devem, em parte, a uma releitura da tradição da escola histórica particularmente-; em lugar da consciência põe-se uma hermenêutica do ser-aí; em lugar da transparência põe-se a inelutabilidade do ser histórico, do dado; em lugar da teoria pura da tradição, introduz-se a descoberta da idéia da compreensão do ser-no-mundo, já sempre jogado no mundo e historicamente determinado; em lugar do ideal do pensamento puro da teoria tradicional, a idéia de uma práxis que antecipa toda divisão entre teoria e práxis e faz do conhecimento um modo derivado da constituição ontológica do ser-aí; enfim, o nó górdio da teoria tradicional do conhecimento é cortado com a eliminação da idéia de uma justificação ontológica possível.” STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ‘ser e tempo’*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988. p. 28.

⁴⁸⁶ Heidegger refere que “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de forma adequada. [...] O círculo da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta.” *Ser e tempo*, p. 210.

⁴⁸⁷ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 210.

⁴⁸⁸ Menciona Streck que “o ente não existe como ente, isto é, o ente não existe (no sentido de sua existência) sem estar junto ao ser (o ente é no seu ser, e o ser é sempre ser-em, ser-junto).” *Ibid.*, p. 246

desvelamento e do velamento do ser’, onde toda a relação com os entes passa por esse incontornável, sendo ele inacessível ‘com os meios das ciências’.”⁴⁸⁹

Finalmente, verifica-se que a hermenêutica filosófica, fruto do pensamento de Heidegger e Gadamer, aparece como oposição ao pensamento dogmático e representa uma importante contribuição para a aplicação do direito, eis que o aplicador só interpreta porque compreendeu, sendo a compreensão a condição de possibilidade de toda a interpretação. Da mesma forma, constitui-se num importante viés para ver a pessoa humana de modo concreto, a partir de sua condição histórica e da vivência da sua finitude.

2.3 O fenômeno da repersonalização do direito civil à luz da hermenêutica filosófica

No movimento pós-Segunda Guerra a hermenêutica provocou uma ruptura com o positivismo pelo advento do constitucionalismo, que proporcionou a teoria das normas, fazendo surgir a idéia de princípios superando regras, momento em que a Constituição deixou de ser apenas a Carta política e passou a ser implementadora das realizações.

Como já mencionado, tal realidade decorreu do surgimento do Estado Democrático de Direito, que, fundamentado na democracia e nos direitos fundamentais, caracterizou-se por ser intervencionista e com direito transformador. Assim, o sistema jurídico modificado pelo constitucionalismo, sob a égide do Estado Democrático de Direito, passou de um modelo de regras para um modelo de princípios, do positivismo para o pós-positivismo e da subsunção para a ponderação. A Constituição⁴⁹⁰ consolidou-se como um espaço capaz de garantir as relações democráticas entre Estado e sociedade.⁴⁹¹

As disposições constitucionais permearam todo o direito, inclusive o privado, constitucionalizando o sistema jurídico, de tal modo que a Carta Magna passou a ser reconhecida “como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo dos

⁴⁸⁹ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 246.

⁴⁹⁰ Explica Streck que “a constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir *essa constituição* do contrato social.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p.244.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p.244.

valores intersubjetivos, funcionalizando-os aos seus valores.”⁴⁹² À luz da Constituição Federal, o direito civil deu prevalência aos interesses da pessoa sobre os patrimoniais, elevando o ser humano ao centro do ordenamento e dedicando-lhe proteção de forma prioritária,⁴⁹³ gerando o fenômeno da repersonalização.

A repersonalização do direito civil revela a “raiz antropocêntrica”, a “ligação visceral” deste ramo do direito com a pessoa humana e seus direitos, mostrando a existência de um sistema axiológico e ético “a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.”⁴⁹⁴

Essa repersonalização fixou novas diretrizes ao direito civil, fazendo com que seus institutos, como família, propriedade e contratos, fossem compreendidos à luz dos valores constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana. Os efeitos da Constituição Federal irradiaram-se na codificação e apresentam-se pela socialidade, ou seja, pelo fato de o direito possuir uma inequívoca função social, e pela eticidade, que se revela na tutela da confiança nas relações privadas.

Portanto, é necessária a releitura do direito civil, sob o foco de sua repersonalização, para se observar e entender a pessoa como núcleo do ordenamento jurídico. Com isso, mostra-se imprescindível a construção de um discurso crítico que veja a pessoa humana em sua faticidade e historicidade, como ser-no-mundo. Tal resultado pode ser obtido mediante o viés hermenêutico filosófico.

Do mesmo modo, importante para a repersonalização do direito civil, que o conteúdo das cláusulas gerais e princípios, que sustentam as diretrizes da eticidade e da socialidade, seja preenchido à luz de uma matriz existencial fenomenológica que defina a pessoa humana e sua dignidade de modo concreto, pela vivência, sem apegar-se em conceito abstratos, prontos ou padronizados.

Assim, passa-se à análise da aplicação da hermenêutica filosófica no direito e, especialmente, perante o fenômeno da repersonalização do direito civil.

⁴⁹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, n.17, 1999. p.87.

⁴⁹³ *Ibid.*, p.89.

2.3.1 Hermenêutica filosófica e direito

Diante dos fundamentos⁴⁹⁵ do Estado Democrático de Direito e dos objetivos da República⁴⁹⁶, previstos na Constituição Federal, a hermenêutica filosófica representa uma nova possibilidade de leitura do direito. Por ela o aplicador pode se afastar do senso comum teórico que domina o pensamento jurídico, velando a realidade social e impedindo a concreção de um direito transformador, que sirva de instrumento para a realização da justiça social e para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Tal pensamento teve origem nos estudos de Heidegger, que inovou a concepção da pessoa humana, por meio da fenomenologia, a qual traz a vivência da finitude do homem, bem como, trata da compreensão que se revela como um modo de ser no mundo, ou seja, “um modo de existência, um elemento constitutivo do *Dasein* (ser-aí).” Assim, o homem não se apropria das coisas para compreendê-las numa relação sujeito-objeto, mas compreende-as por serem fenômenos que, independentemente do agir humano, mostram-se como são.⁴⁹⁷

Porém, coube a Gadamer a denominação hermenêutica filosófica, momento em que, segundo os ensinamentos de Heidegger, sustentou que a hermenêutica estuda “o fenômeno da compreensão em si mesmo”, acrescentando que possui a atribuição de mostrar como acontece essa tarefa humana de compreender.⁴⁹⁸

A hermenêutica filosófica afasta-se da idéia de que hermenêutica seja método, mas, sim, revela-se como filosofia, por sua vez sedimentada na ontologia da linguagem. Refere Palmer⁴⁹⁹ que “o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de

⁴⁹⁴ CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 90-91.

⁴⁹⁵ Os fundamentos do Estado Democrático de Direito encontram-se expressos no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁴⁹⁶ Os objetivos da República Federativa do Brasil encontram-se expressos no artigo 3º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁴⁹⁷ PEREIRA, *Hermenêutica filosófica e constitucional*, p. 17.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹⁹ Explica Palmer que “a compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico – do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica “filosófica” de Gadamer.” PALMER, *Hermenêutica*, p. 168.

Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico.⁵⁰⁰

O fio condutor da hermenêutica filosófica no direito pode ser analisado sob dois ângulos: o primeiro como meio de interpretação dos textos normativos e o segundo para estabelecer a idéia de pessoa humana, com fundamento no existencial fenomenológico.⁵⁰¹

Com base nessa virada hermenêutica trazida por Heidegger e Gadamer, passa-se a analisar a projeção da hermenêutica filosófica sobre o direito como meio de interpretação dos textos normativos, em especial tratando dos efeitos trazidos na aplicação do direito pelas categorias da pré-compreensão, da *applicatio* e da diferença ontológica.⁵⁰²

Inicialmente, pela analítica existencial de Heidegger o ser-aí é ser-no-mundo, portanto, tem uma pré-compreensão de si, dos outros, das coisas, enfim, de toda a realidade social que o cerca. O ser-aí compreende desde já e mostra-se como ser na pré-compreensão, pois compreender “é um modo de ser.”⁵⁰³ “Por outras palavras, poderia dizer-se que o mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre [...] certo ‘património de ideias’ e, se se prefere, certos ‘prejuizos’, que nos guiam na descoberta das coisas.”⁵⁰⁴

Desse modo, a pré-compreensão nasce e faz parte da “própria estrutura de conhecimento do homem”, demonstrando que toda a interpretação pressupõe uma compreensão, inclusive a do direito. Percebe-se que a interpretação do direito deve acontecer de modo circular, por meio de um “processo de esclarecimento recíproco”, não simplesmente de forma linear, como pretende a hermenêutica tradicional, por meio da subsunção.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ PALMER, *Hermenêutica.*, p. 168.

⁵⁰¹ O primeiro aspecto da hermenêutica filosófica, ou seja, referente à interpretação de textos normativos, será analisado nesse ponto do estudo. Já a noção de pessoa sob o enfoque existencial fenomenológico será tratada no ponto 2.3.2.

⁵⁰² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 87.

⁵⁰³ STEIN, *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 32.

⁵⁰⁴ VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.p. 34.

⁵⁰⁵ SILVA FILHO, op. cit., p. 89. Explica o autor que “o processo de reconhecimento e aplicação das normas jurídicas se dá de modo circular e não linear como supunha a clássica teoria da subsunção. Assim, o Direito não é, em verdade, descoberto a partir de uma dedução ou demonstração de caráter matemático que, partindo da premissa maior da norma jurídica a relaciona com o fato enquanto premissa menor. Ocorre, ao invés, que antes de se ter o delineamento destas premissas, tem-se um processo de esclarecimento recíproco.”

Nessa linha, verifica-se que a estrutura da compreensão é espiral, eis que o intérprete, baseado em suas pré-compreensões, produz sentido ao ler o texto jurídico, que, por sua vez, não será mais o mesmo quando for lê-lo e interpretá-lo novamente, em outro caso concreto. Com isso, o aplicador não deve encaixar o texto em seus preconceitos e a cada nova leitura deve deixar que ele lhe fale algo⁵⁰⁶, que se apresente em sua alteridade para, então, compreendê-lo.⁵⁰⁷

Portanto, o intérprete do direito deve entrar e manter-se na dinâmica circular, pois a compreensão do direito também é um modo de ser, porém é relevante que sua entrada aconteça de modo adequado para não existirem mal-entendidos.⁵⁰⁸ Explica Silva Filho que “entrar no círculo de modo correto significa realizar o esforço de conhecer nossos pressupostos e aceitar o risco de que, no embate com as normas e os casos a se resolver, tais (pré)-conceitos sejam alterados.”⁵⁰⁹

Esse pré-entendimento⁵¹⁰ antecipa o todo frente à norma jurídica e ao caso concreto a ser decidido, pois ambos não se dissociam e fazem parte do “mundo da vida”⁵¹¹ ao qual pertence o intérprete. Destaca-se, outrossim, que a pré-compreensão não objetiva ter um conhecimento pleno da realidade, eis que a norma jurídica não existe de “modo completo,

⁵⁰⁶ Conforme a lição de Gadamer, o texto fala com o leitor. Porém, “se não conseguimos entender um texto, isso resulta do fato de ele não nos dizer nada, ou não ter nada a nos dizer. Por isso, não é de estranhar, ou de contestar, que a compreensão sempre aconteça de maneira diversa de época para época e de indivíduo para indivíduo.” GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 193.

⁵⁰⁷ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 358.

⁵⁰⁸ Heidegger refere que o importante não é sair do círculo, mas sim entrar de maneira adequada. Explica, neste sentido, que o “círculo da compreensão não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da *pre-sença*. [...] Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’.” HEIDEGGER, *Ser e tempo I*, p. 210.

⁵⁰⁹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 99.

⁵¹⁰ Menezes Cordeiro denomina a pré-compreensão de pré-entendimento. Refere que “a idéia de pré-entendimento põe a nu a realidade hermenêutica. Perante um texto, o sujeito cognoscente apreende-o por conhecer, de antemão, a matéria nele tratada e a linguagem que a carrega. O sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado no seu espírito. É o círculo, ou, melhor, espiral hermenêutica, uma vez que o sujeito terá de efectuar tantas idas e regressos, quantos os necessários para integrar pré-entendimento e entendimento.” MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 37

⁵¹¹ Menciona Silva Filho que “o Direito, portanto, não encontra no mundo dos fatos uma ‘massa amorfa’ de eventos à espera de configuração por suas normas e pelos seus aplicadores. Os fatos já se estruturam a partir de uma expectativa de direito dos destinatários. Isto significa que o “mundo da vida” é o mesmo palco onde acontecem os fatos ou casos e as normas jurídicas.”⁵¹¹ SILVA FILHO, *op. cit.*, p. 96.

fechado e autônomo”, mas, ao contrário, comunica-se com o futuro, interagindo com os demais casos a serem resolvidos.⁵¹²

A pré-compreensão do aplicador do direito faz nascer a “tradição jurídica” que envolve a norma jurídica, os interesses jurídicos que pretende tutelar e o contexto social em que está inserida. Em suma, espalha-se por toda a sociedade a par da tradição em geral, pois a norma e o caso concreto pendente de solução encontram-se dentro do mundo da vida, sendo aceitos num determinado grupo social. Observa-se que a mencionada tradição jurídica, além de ser “pulverizada por todos os setores sociais”, também se manifesta através da criação jurisprudencial e doutrinária do direito.⁵¹³

É clarividente, assim, que a compreensão, inclusive do direito, decorre do fato de o homem estar no mundo, salientando que essa compreensão sempre se antecipa a qualquer explicação, pois “o ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão”. Portanto, o acesso do homem ao mundo ocorre pela linguagem.⁵¹⁴

Por essa nova visão da hermenêutica, a compreensão se dá pela linguagem⁵¹⁵ e se mostra como instrumento para a interpretação da ciência do direito, pois o direito é linguagem. Ressalta Stein que “o direito não trabalha com objetos, não opera com normas objetificadas, não se confronta com pessoas coaguladas em coisas, nem maneja a linguagem como instrumental rígido de retórica.” Portanto, o direito mostra-se pela “palavra plena, produz sentido e dialoga na sua aplicação.”⁵¹⁶

Com relação à *applicatio*, constata-se que o intérprete do direito possui pré-compreensão desde sempre, em face de se constituir um ser-no-mundo.⁵¹⁷ Dessa maneira, o

⁵¹² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito*: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual, p. 99. Destaca o autor que a antecipação do todo pela pré-compreensão revela “uma concepção radicalmente nova do Direito, que busca superar a tradicional oposição entre ser e dever-ser, entre questão de fato e questão de direito. Ora, a pressuposição do todo, deste modo, deve levar em conta não apenas o texto da norma, mas igualmente o âmbito da vida social ao qual esta norma se refere. Logo, interpretar a norma não significa, pura e simplesmente, interpretar o seu texto de modo isolado e autônomo para depois de extraído um sentido objetivo aplicá-lo aos fatos.” *Ibid.*, p. 90.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 99.

⁵¹⁴ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 195.

⁵¹⁵ Aduz Grondin que “ a compreensão, que é sempre configurada ela mesma pela linguagem e acontece por meio da linguagem, deve ser capaz de realizar conjuntamente todo o conteúdo da linguagem, para poder chegar até o ser, que ela ajuda a expressar.” GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 200.

⁵¹⁶ STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p.9.

⁵¹⁷ Refere Stein que “para Heidegger, o compreender só é possível na medida em que o homem é um ser-no-mundo. Esta é a definição que utilizará desde o começo. Enquanto ser-no-mundo o homem é aquele que se

conhecimento não acontece pelo encontro de um sujeito e de um objeto, ou seja, “não é um ir do sujeito para um ‘objeto’ simplesmente-presença ou vice-versa, a interiorização de um objeto [...] por parte de um sujeito originariamente vazio.” Mas, em contrapartida, o conhecimento representa “a articulação de uma compreensão originária em que as coisas estão já descobertas. Esta articulação chama-se *interpretação*.”⁵¹⁸

Disso se depreende que o compreender e o interpretar o direito não podem ser separados ou dissociados, pois se encontram num mesmo círculo. O intérprete não pode tirar ou buscar o sentido do texto, eis que o sentido não se encontra anexado ao texto aguardando para ser retirado. Ao contrário, o aplicador do direito, pela sua pré-compreensão, produz sentido e interpreta, revelando que somente interpretou porque compreendeu. Refere Streck “*não compreendemos porque interpretamos. Na verdade, interpretamos porque compreendemos!*”⁵¹⁹

Na mesma linha, apresenta-se de grande relevância para o direito o fato de a interpretação encontrar-se ligada à aplicação, ou seja, de serem indissociáveis. Pela lição de Gadamer a interpretação acontece no círculo hermenêutico⁵²⁰, de modo espiral, por meio de um “processo relacional entre a consciência histórica do intérprete – formada pelo conjunto difuso e atemático de preconceitos trazidos pela tradição – e pela abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo.”⁵²¹

Com base nessa relação e a par da existência dos dois horizontes, Gadamer sustenta que a interpretação resulta da fusão desses horizontes⁵²², momento em que acontece a interação entre o que o intérprete já conhece e o que ele pretende conhecer, bem como

ocupa da análise dos objetos dentro do mundo, fazendo ciência, e alguém que se ocupa em interrogar sobre o mundo.” STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 60.

⁵¹⁸ VATTIMO, *Introdução à Heidegger*, p. 35-36.

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 268-269.

⁵²⁰ Menciona Menezes Cordeiro que “no Direito, o círculo hermenêutico ‘está na relação das colocações de problemas com as respostas, no entendimento de normas, portanto, no facto de que, sem pré-julgamento sobre a necessidade de ordenação e a possibilidade de solução, a linguagem da norma não poder, de todo em todo, dizer o que é perguntado: a solução ajustada’.” *Da boa-fé no direito civil*, p. 37.

⁵²¹ PEREIRA, *Hermenêutica filosófica e constitucional*, p. 34-35.

⁵²² Gadamer explica a fusão de horizontes referindo: “Após superar o elemento estranho de um texto, ajudando assim o leitor a compreendê-lo, a retirada do intérprete não significa desaparecimento em sentido negativo. Significa antes sua entrada na comunicação, resolvendo assim a tensão entre o horizonte do texto e o horizonte do leitor. É que chamo de *fusão de horizontes*. Os horizontes separados como pontos de vista diferentes fundem-se num. Por isso a compreensão de um texto tende a integrar o leitor no que diz o texto. É

entre o horizonte do passado e o do presente. Dessa fusão advém a importante consequência, em especial para o direito, de que a compreensão, a interpretação e a aplicação não formam categorias distintas, mas se condensam num só momento.⁵²³

Desse modo, a interpretação representa a aplicação do direito, eis que o intérprete sempre estará diante de um caso concreto que terá de ser resolvido, e essa situação nunca será idêntica a outra; portanto, não existem soluções prontas a serem aplicadas. Não há que se reproduzir sentidos por meio de conceitos e preceitos jurisprudenciais prontos e autônomos⁵²⁴, mas, sim, de produzir sentidos para cada questão que estiver em tela. Diante dessa concepção, “interpretar passou a significar *applicatio*”⁵²⁵. Assim, diversamente da noção trazida pela hermenêutica clássica, “a compreensão e a aplicação não acontecem em ‘etapas’, simplesmente coincidem!”⁵²⁶

Pela categoria da *applicatio*, a norma e o caso concreto não se separam, não existem de modo independente, isolado e em dimensões separadas, pois ambos fazem parte e estão inseridos no mundo da vida. Nessa relação, “a norma é vista como um elemento a ser definido na dinâmica do círculo instaurado entre pré-compreensão, problema concreto e o mundo da vida que envolve ambos.”⁵²⁷ Logo, na *applicatio* “tudo joga: o caso e a norma,

justamente aí que o texto desaparece.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. p. 405.

⁵²³ PEREIRA, *Hermenêutica filosófica e constitucional*, p. 36-37.

⁵²⁴ Ao defender uma “Nova Crítica do Direito”, Streck critica a aplicação do direito pela hermenêutica clássica, de cunho metafísico, que atua por meio da subsunção. Para tanto apresenta o exemplo “que diz respeito ao problema (metafísico) das súmulas vinculantes, trazendo a lume o caso da Súmula 405 do STF: ‘Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo (hoje apelação dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.’ Aparentemente poder-se-ia dizer que, afinal, o verbete sumular trata de uma obviedade, pelo fato de que, denegado o principal (o mérito do mandado de segurança), seria ilógico que o secundário (a liminar) permanecesse gerando efeitos. Veja-se, entretanto, como uma aplicação tabula rasa da referida Súmula pode acarretar problemas. Neste caso específico – e tantos outros exemplos poderiam ser aqui explicitados estariam excluídos todos os casos particulares em que a liminar deveria ser mantida, como, por exemplo, na hipótese de uma liminar concedida a um aluno para frequentar curso universitário, onde a revogação da liminar ainda em sede de primeiro grau, sem esgotar as instâncias recursais, pode vir a provocar prejuízo irreparável. Hermeneuticamente, o que pode ser correto na sua ‘generalidade’ pode não ser verdadeiro na sua singularidade, uma vez que a verdade é sempre desvelamento de uma situação concreta, aquele caso, nas suas especificidades. Não se pode esquecer, ademais, que um princípio pode não ser aplicado em determinados casos, sem que, com isso, perca a sua validade. Afinal, repita-se, interpretar é (sempre) um ato de *applicatio*.” STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*, p. 264.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 263.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 250.

⁵²⁷ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 104.

o pré-entendimento de ambos, a vontade constituinte, o círculo e a solução”, pois “interpretar é decidir esse caso”.⁵²⁸

Percebe-se que a norma não tem um sentido prévio, autônomo, dotado de exatidão dogmática, tampouco se constitui em algo pronto e acabado, que se apresenta por um texto sem qualquer contato com a realidade social. Logo, pela *applicatio*⁵²⁹ o texto da norma deve ser constantemente atualizado conforme as características e especificidades de cada caso a ser decidido, valorizando-se a situação fática e a pré-compreensão que envolvem aquele texto.⁵³⁰

Conclui-se que a *applicatio* hermenêutica do direito não se coaduna com a subsunção e com os “dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma”, eis que a interpretação não acontece em partes. Como demonstrado, a compreensão já é aplicação.⁵³¹

Outra categoria heideggeriana de grande relevância para a hermenêutica jurídica é a diferença ontológica. Como já explanado, Heidegger parte da idéia do ser-aí para promover a investigação do sentido do ser⁵³² e “tornar transparente um ente em seu ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar.”⁵³³

O ser apresenta-se como “algo determinado”, inconfundível e único, sempre se mostrando por intermédio de um ente. Ressalta-se que o ser não pode ser comparado com outros entes; ele só se compara ao “nada”. O ente, por sua vez, refere-se às coisas que o

⁵²⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 38.

⁵²⁹ Explica Silva Filho que quando o operador do direito se depara com o texto da norma, ele já traz a pergunta que o motivou em direção a ele. Esta pergunta é formada de modo complexo, abrangendo os conhecimentos dogmáticos que possui previamente, o problema concreto ou fictício que busca resolver e os conhecimentos que possui no âmbito da norma. No embate destes elementos, o texto da norma será sempre acrescido de uma nova compreensão, abrindo espaço para que algo mais seja dito, propiciando reformulação, reafirmação ou acréscimo.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 101.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 106.

⁵³¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 216.

⁵³² Explica Streck “o conceito de ser é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir dos conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores. Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, *daquele ente que nós mesmos sempre somos.*” *Ibid.*, p. 191.

⁵³³ *Ibid.*, p. 191.

homem consegue perceber com seus sentidos e captar por meio de sua razão.⁵³⁴ Dito isso, vislumbra-se que “o ser não pode ser concebido como ente, logo, o ser não é um ente.”⁵³⁵

Assim, Heidegger sustenta que o “ser é sempre ser de um ente”⁵³⁶, deixando transparecer que entre eles existe uma diferença que é ontológica. Essa diferença que revela o ser dos entes contrapõe-se à metafísica que se alicerça em dualismos que procuram entificar o ser.⁵³⁷ “Por isso, e a toda evidência, é preciso ter claro que a diferença ontológica é o suporte do ser e do ente. No ente é pensado e dito o ser. O ente não existe como ente, ou seja, o ente não existe – no sentido de sua existência - sem estar junto ao ser.”⁵³⁸

No direito, com base na hermenêutica filosófica⁵³⁹, vê-se que pela diferença ontológica a norma sempre se mostrará como “resultado da interpretação de um texto”, ou seja, “o sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo.” Logo, a norma “é o sentido do ser do ente (texto).” Dentro do círculo hermenêutico e à luz da tradição, da faticidade e da historicidade, acontece a fusão de horizontes que permite a “normação”⁵⁴⁰, isto é, que surja a norma.

Ressalta Streck⁵⁴¹ que dizer que a norma nasce do texto não significa que se encontra ali pronta para ser retirada e aplicada, nos moldes da hermenêutica clássica, que

⁵³⁴ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 115.

⁵³⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 191.

⁵³⁶ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 68.

⁵³⁷ Refere Streck que “não entificar o ser, identificando-o com o ente ou um ente significa, para Heidegger, superar a metafísica.” STRECK, *op. cit.*, p. 201.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 201-202.

⁵³⁹ Observa Streck que “uma hermenêutica jurídica de cariz ontológico-existencial implica uma postura de comprometimento do intérprete. As verdades jurídicas não dependem, nesse novo paradigma, de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do intérprete.” *Ibid.*, p. 219.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 219.

⁵⁴¹ Streck refere “que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou 'independência') entre ambos (texto e norma)*. Com efeito – e permito-me insistir neste ponto -, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Na verdade, o texto não subsiste *como* texto; *não há texto isolado da norma!* O texto já aparece na ‘sua’ norma, produto da atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, *não existe um processo de discricionariedade do intérprete*, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. Por isto – repito – não há ‘separação’ entre texto e norma; há, sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!* No plano da hermenêutica jurídica – e daquilo que aqui denomino de Nova Crítica do Direito -, é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) *não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’*. Ela é, sim, *a construção hermenêutica do sentido do texto*.

primeiro compreende para, depois, interpretar e, por fim, aplicar. “Ao contrário disto, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. *É ela que faz a diferença.*”⁵⁴²

Contudo, essa noção de diferença ontológica não é considerada pela maioria dos aplicadores do direito, que, com base na hermenêutica clássica, continuam interpretando a norma jurídica com base numa relação sujeito-objeto que busca separar seu conteúdo, por meio da subsunção, realizando um raciocínio linear e dedutivo, o qual vem a entificar o ser do direito. Com isso, entendem que o texto da norma é a própria norma e que ela representa uma solução certa, pronta, que já existe desde sempre⁵⁴³, ocultando, pois, o ser do direito.

Esse velamento do ser conduz a que o aplicador do direito se apegue a conceitos elaborados e reproduza sentidos que coisificam o direito, como algo hermético e distante da realidade social. Como conseqüências dessa ocultação do ser podem-se citar, exemplificativamente, o não-atendimento dos direitos sociais, a morosidade da justiça, a pouca valorização dos princípios constitucionais, o não-reconhecimento dos efeitos da Constituição sobre o direito⁵⁴⁴, o apego ao dogma da autonomia da vontade nas obrigações contratuais e outras.

Destarte, a matriz hermenêutica filosófica, respeitando a diferença ontológica entre ser e ente, busca desvelar o ser do direito, produzindo sentido na interpretação de cada caso concreto, em especial no direito civil, que ainda sofre grande influência do senso comum teórico, oriundo do pensamento liberal-individualista, que impede a efetivação de sua repersonalização.

Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 310-311.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 219-220.

⁵⁴³ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 125-126.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 129.

2.3.2 Reflexos da hermenêutica filosófica na repersonalização do direito civil

Diante da projeção da hermenêutica filosófica na aplicação do direito civil, verifica-se a possibilidade da interpretação de textos normativos por esse viés hermenêutico.⁵⁴⁵ Nessa linha, o intérprete deve estar disposto a desfazer crenças em “conceitos e precedentes jurisprudenciais estandarizados”⁵⁴⁶, como se a norma descrevesse todas as relações jurídicas, bem como tivesse um sentido autônomo e uma resposta predefinida à espera do caso concreto.

Por outro lado, tal matriz hermenêutica, também pode trazer a noção de pessoa humana e de sua dignidade. Desse modo, apresenta-se como uma valiosa oportunidade de leitura do fenômeno da repersonalização do direito civil e preenchimento do conteúdo dos princípios dela decorrentes, como a função social e a boa-fé objetiva, tendo por centro a pessoa humana.

Observa-se que a repersonalização do direito civil⁵⁴⁷ mostra-se como conseqüência de um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta sobre uma norma constitucional, que promove a defesa dos direitos humanos e de um regime democrático, permitindo a participação e a pluralidade. Esse Estado tem como alvo o interesse da comunidade e a valorização da pessoa, como membro respeitado e incluído no meio social.

Assim, a repersonalização do direito civil eleva a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, demonstrando que não existe maior valor do que o homem e sua dignidade.⁵⁴⁸ Porém, tal primazia não retrata uma figura abstrata e genérica, mas, sim, uma pessoa humana, inserida num meio social e histórico, com sua faticidade, historicidade, consciência histórica efetual e peculiaridades que a distinguem de todas as demais.

⁵⁴⁵ A interpretação dos textos normativos foi tratada no ponto 2.3.1, demonstrando-se a aplicabilidade da hermenêutica filosófica no direito.

⁵⁴⁶ STRECK, *Hermenêutica (jurídica)*: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*, p. 262.

⁵⁴⁷ Vide ponto 1.3 deste trabalho, que examina do fenômeno da repersonalização do direito civil e de seus reflexos no ordenamento jurídico.

⁵⁴⁸ Ao observar o fenômeno da repersonalização do direito civil percebe-se que “a patrimonialização das relações civis, [...], é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*, p.64.

Na visão fenomenológica de Heidegger⁵⁴⁹, a pessoa humana é considerada como “uma constituição ontológica da pre-sença e é um existencial”. Guia-se pela compreensão que possui e que “vem amparada por um mundo que lhe antecede”, ou seja, não é só bioquímica ou um conjunto genético, mas, sim, fruto de uma autocompreensão, que surge em face de viver num horizonte histórico-cultural do qual emerge, e ultrapassa sua constituição genética, a partir do “contato com os outros.”⁵⁵⁰

Nessa senda, repersonalizar⁵⁵¹ significa trazer a pessoa ao centro, observando que este ente não é um indivíduo sozinho, isolado, pertencente ao gênero humano, definido de modo abstrato pela lei civil como um sujeito de direitos e obrigações, visto por uma ótica individual (que seus negócios jurídicos particulares não dizem respeito à comunidade) e liberalista (que a liberdade lhe dá a garantia plena da igualdade). É, sim, um ente real e histórico, que, inserido num determinado meio social, possui uma historicidade.⁵⁵²

Da mesma forma, a pessoa constitui-se num ente⁵⁵³, que, por sua vez, tem a capacidade de compreender o seu próprio ser. O desvelamento deste ser se dá pela compreensão, que acontece no mundo, ou seja, parte do próprio “homem em sua

⁵⁴⁹ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 92.

⁵⁵⁰ SILVA FILHO, *Pessoa Humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais*, p. 119.

⁵⁵¹ Apresenta-se como exemplo da repersonalização um julgado em que a vítima acionou diretamente a seguradora do causador do dano para buscar a indenização pelos prejuízos sofridos. Sob a concepção clássica do contrato vê-se que entre a vítima e a seguradora não existe nenhum vínculo jurídico. Porém, à luz da solidariedade social, da eticidade e, sobretudo, da proteção da dignidade à pessoa humana, mostra-se necessário que o dano seja reparado. Clarividente a repersonalização do direito civil, que busca a real utilidade do contrato de seguro e ao mesmo tempo a proteção da pessoa da vítima, com a conseqüente reparação. “ACIDENTE DE TRÂNSITO. REPARAÇÃO DE DANOS (LUCROS CESSANTES) DIRECIONADA DIRETAMENTE CONTRA A SEGURADORA DO RESPONSABILIZADO PELO ACIDENTE. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ. RESTANDO EVIDENCIADO QUE O VEÍCULO PERMANECEU 37 DIAS NA OFICINA, BEM COMO QUE O MESMO ERA UTILIZADO PARA FRETE, RESTA EVIDENCIADA A EXISTÊNCIA DE LUCROS CESSANTES INDENIZÁVEIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001026855, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 12/12/2006).”

⁵⁵² Menciona Lôbo que “o desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.” *Constitucionalização do direito civil*, p. 64.

⁵⁵³ “Os entes referem-se a tudo o que tenha um ser, a tudo o que possa ser designado como existente. O homem é um ente cujo modo de ser revela-se à medida que compreende seu ser e a partir desta compreensão situa tudo o que o cerca e a ele mesmo. Como já se descreveu, esta compreensão é um existenciário, isto é, pertence à estrutura ontológica do homem e antecede o sujeito cognoscente e o enunciado (só se conhece e se sabe retrospectivamente). Os entes, portanto, apresentam-se como mundo. Os entes são enquanto mundo. É preciso, pois, ao ser-aí, adquirir a habilidade de, inserido em sua situação finita e a partir de sua compreensão do ser, permitir que o ser dos entes possa manifestar-se, e assim, perceber-se o ente no sentido mais autêntico. É preciso que se esteja aberto para o acontecimento (*Ereignis*) do ser. É neste sentido que se

faticidade⁵⁵⁴, como um ser real e concreto, no dia-a-dia de sua existência. Tal fato não pode ser revelado na teoria, pois só se desvela na vivência cotidiana, a cada instante de sua vida. Logo, o homem, é sendo.

Heidegger critica o conhecimento que se coloca à frente das pessoas para explicar as coisas. Nesse sentido, defende a idéia existencial da pessoa humana ligada a sua concretude, que está situada como ser-no-mundo, que está lançada no mundo, que é finita, que possui inúmeras possibilidades no decorrer de sua vida, mas a maior delas é a de não ter mais possibilidade, ou seja, deparar-se com a morte. Com isso surge a angústia⁵⁵⁵ de deixar as coisas inacabadas e incompletas.

Essa faticidade ou disposição de ânimo e essa angústia são sentidas e vividas a cada momento da existência, isso é fenomenológico. Assim, uma teoria não consegue dizer ou descrever tal situação, que só pode ser vivida. Portanto, existe no homem uma dimensão que não pode ser dita, tem que ser vivida.

E justamente essa consideração de faticidade é que deve ser levada em conta para respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana, a qual deve ser vista como um ser-no-mundo, como um ente real e concreto, nas relações disciplinadas pelo direito civil. Com a repersonalização esmoreceu a idéia da pessoa humana enquadrada abstratamente na categoria de sujeito de direito, aparecendo simplesmente como pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica.⁵⁵⁶

quis apontar quando foi assinalada a prevalência do objeto sobre o método.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 112.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 113.

⁵⁵⁵ Percebe-se no pensamento de Heidegger que “exorta a procurar, no espaço solitário de cada qual, pelas possibilidades mais próximas, o que só ocorre na vivência da *angústia* de se estar face a face com a existência, em busca do ser, mas sem nunca esgotá-lo, o que implica a admissão da diferença ontológica como dimensão inafastável e do círculo hermenêutico como procedimento próprio do pensamento.” Ibid., p. 152.

⁵⁵⁶ Veja-se a decisão que, fundamentada na dignidade da pessoa humana analisa a faticidade da parte contratante. Tal julgado revela a repersonalização do direito contratual, mostrando a importância de colocar a pessoa humana como valor maior do ordenamento jurídico. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS VENCIDOS E VINCENDOS. INADIMPLEMENTO. PESSOA HUMILDE, DOENTE E QUE NECESSITA DO USO DE ENERGIA PARA MANTER-SE VIVA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. O fornecimento de energia elétrica é dever da União (CF, art. 21, XII, `b`), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). Tratando-se, a energia elétrica, de bem essencial, o princípio é o da continuidade sendo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). A delegação é opção do Poder Concedente, mas a prestação é dever constitucional. Em face do princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, o serviço, se for o caso, deve ser prestado aos pobres, humildes e doentes independentemente de

À luz de uma leitura civil-constitucional, não se pode compreender a pessoa como alguém que “não precede ao conceito jurídico de si próprio”, isto é, que somente seja considerada “pessoa quem o Direito define como tal.”⁵⁵⁷ Para concretizar a dignidade humana não se concebe tal pensamento, pois a pessoa deixa de ser vista na sua condição de ser humano e mostra-se como um sujeito de direito que tem uma prestação a receber ou a prestar, respectivamente. Esse perfil abstrato e genérico da pessoa não se preocupa com as condições econômicas, sociais, históricas dos contratantes; planejando tudo, portanto não efetiva a repersonalização do direito civil.⁵⁵⁸

Ainda com respeito à dignidade, constata-se que a pessoa humana vive cercada de outros de seus semelhantes. Assim, o *ser-aí* na condição de ser-no-mundo também se apresenta como um ser-com, eis que as pessoas encontram-se rodeadas por seus semelhantes e vivem num mundo que é compartilhado com os demais. Com relação aos outros entes, o ser-aí “age com cuidado”; em relação “aos outros, o ser-aí não cuida, ele procura por.” Tal noção traz à tona a lição de Kant⁵⁵⁹ referente à dignidade da pessoa humana, visto que o homem deve ter sua autonomia respeitada, eis que não pode ser transformado em meio. “Tal desiderato se alcança no *procurar por* próprio.”⁵⁶⁰

pagamento. Caso dos autos que apresenta peculiaridade consistente na necessidade da manutenção do fornecimento, pois o autor precisa ligar o aparelho BOLON à energia elétrica, sob pena de morte iminente. Os pobres, humildes, doentes e desempregados não podem ser obrigados a viver sem energia elétrica porque não têm condições de pagar pelo fornecimento, o qual é dever constitucional do Poder Público. Serviço público essencial que se constitui como monopólio do Estado e não pode ser prestado somente àqueles que têm condições de pagar, com exclusão dos pobres e marginalizados. O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como meio coercitivo para o pagamento de débitos. Precedentes. O Poder Público ou seus delegados não estão acima da lei e nem são juízes de seus próprios atos. AGRAVO DESPROVIDO, DE PLANO, COM BASE NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70018098004, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 20/12/2006).” - Grifo nosso.

⁵⁵⁷ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 84-85.

⁵⁵⁸ Traz-se, ainda, como exemplo da repersonalização um julgado que demonstra o respeito pela dignidade humana do contratante-correntista, que numa situação de hipossuficiência e vulnerabilidade precisou ser protegido numa relação contratual. Tal proteção se apresentou pelo princípio da boa-fé objetiva. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REVISIONAL DE CONTRATO. EMENDA DA INICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Para possibilitar a melhor compreensão do ajuste, inverte-se o ônus da prova e determina-se que a instituição financeira acoste o contrato firmado entre as partes. Isso decorre do dever de informação, advindo da **boa fé objetiva**, maximizado nas relações de consumo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DA RELATORA. (Agravo de Instrumento Nº 70018109009, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 20/12/2006).” – Grifo nosso

⁵⁵⁹ Conforme a lição de Kant, a pessoa humana não possui preço como as demais coisas, possuindo dignidade que deve ser respeitada, não admitindo qualquer equivalência. KANT, op. cit., p. 65. Vide ponto 1.2.1.

⁵⁶⁰ Com o termo *procurar por* “o filósofo quer designar tecnicamente a diferença da relação do ser-aí com os outros em referência à relação com os demais entes, e situar aquela esfera na dimensão do ser, retirando-a do nível ôntico, onde não se percebe que os diversos modos de nossa relação com o outro estão fundadas no existencial *procurar por*. Este pode expressar-se de dois modos positivos diferentes e extremos: tirando do

Com relação a sua operacionalidade, a repersonalização tem seu fundamento na Constituição⁵⁶¹, que na condição de Carta Magna perpassa seus efeitos sobre todo o ordenamento, inclusive no direito civil, por meio de um sistema principiológico normativo que enaltece a dignidade da pessoa humana e os demais valores fundamentais da República.

Assim, a repersonalização apresenta-se pelos princípios⁵⁶², que são normas que se revelam de forma expressa ou implícita e representam a abertura do sistema jurídico, possibilitando a sua comunicação interna, bem como com o meio social.

Para Dworkin, os princípios são *standards*, exigências que possuem uma “dimensão de peso ou importância”⁵⁶³, isto é, normas jurídicas de caráter axiológico que, mesmo conflitando entre si, coexistem, visto que permitem a ponderação de seu peso, sua importância no caso concreto⁵⁶⁴.

outro a preocupação e o cuidado assumindo-o por ele o que proporciona uma relação de dominação e paternalismo (modo impróprio) -, ou então, proporcionando ao outro condições para que ele assuma o cuidado de si e possa ver-se na liberdade para a sua possibilidade mais própria (modo próprio). Neste último modo é que se tem a verdadeira percepção da existência do outro, não a ocultando a partir de algo que se cuide.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 146.

⁵⁶¹ Assevera Streck que a Constituição retrata a “ordem jurídica do contrato social”, apresenta-se como “um espaço garantidor das relações democráticas entre Estado e Sociedade”, consistindo na “materialização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 244-245.

⁵⁶² Martins-Costa explica que existe extrema polissemia que ataca o termo princípios, ou seja, são atribuídos vários sentidos à palavra, como se passa a expor: - para Genaro Carrió, princípio jurídico pode representar o núcleo básico ou característica central de algo; regra, guia ou orientação; origem ou causa geradora; finalidade, objetivo ou meta; idéia de premissa, axioma ou verdade evidente; verdade ética inquestionável; a conotação de traços de uma determinada ordem jurídica; expressão da *ratio legis* e por fim generalizações ilustrativas obtidas a partir das regras do sistema; -em outro sentido, princípio significa a pauta à qual é atribuído um conteúdo intrínseco e justo; - pode indicar determinadas diretrizes dirigidas ao legislador, com caráter exortatório ou programático; -pode referir máximas que advém da tradição jurídica; -para Larenz, os princípios representam pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível. - para Dworkin a norma jurídica é o gênero, do qual são espécies os princípios e as regras. A diferença entre princípios e regras se dá nas diversas dimensões que obedecem e vão operar. Os princípios têm peso e valor, podem ser aplicados em parte, totalmente, ou não serem aplicados, sem que isso implique sua invalidade. Eles são aplicados em graus variados, ou não aplicados, conforme as condições fáticas do momento. Os princípios podem vir expressos ou implícitos. Os expressos são aqueles explicitamente consignados no texto constitucional ou da lei. Enquanto os implícitos, são aqueles que embora não presentes no texto legislativo, existem em face da racionalidade do sistema, sendo construídos e formulados pelo intérprete; -para Luzzatti são normas que vêm consideradas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência como fundamento de um conjunto de outras normas já existentes ou que venham a existir. É o caráter fundante que eles possuem. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 316-321.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42

⁵⁶⁴ Por outro lado, as regras representam comandos de “tudo ou nada” e no caso de conflito uma delas deixará de ser válida. Ibid., p. 43.

Segundo Alexy, os princípios operam como mandados de otimização de conduta⁵⁶⁵ de acordo com condições fáticas e jurídicas⁵⁶⁶, ou seja, constituem determinações de que se faça algo ou não da melhor maneira possível⁵⁶⁷. Assim, existindo colisão entre princípios, a solução será encontrada levando-se em consideração o caso concreto e por meio da ponderação.⁵⁶⁸

Verifica-se que as normas de direitos fundamentais situam-se entre os princípios⁵⁶⁹, mais precisamente, naqueles inculpidos na Constituição Federal. No direito privado ressaltam-se os princípios da função social e da boa-fé objetiva, este último derivado do valor maior da dignidade da pessoa humana. Desse contexto principiológico exsurtem as diretrizes da eticidade e da socialidade, que vêm compor o conteúdo constitucional do direito civil e, por sua vez, retratam a valorização da pessoa e de sua dignidade acima de qualquer interesse patrimonial.

Nessa senda, grande parte dos aplicadores ainda interpreta os dispositivos constitucionais com fulcro no modelo liberal-individualista-normativo do direito, valorizando o sujeito de direito abstrato⁵⁷⁰, fruto de uma criação jurídica, que não vive no mundo da vida. Outrossim, com base numa relação sujeito-objeto, não vislumbram a função social do direito nem a importância da eticidade por meio da tutela da confiança nas relações jurídicas. Essa atitude leva a uma interpretação inautêntica do direito, que se consubstancia na inefetividade dos dispositivos constitucionais, em especial dos

⁵⁶⁵ Enfatiza-se que tanto os princípios, assim como as cláusulas gerais devem ser vistos como normas eficazes e aplicáveis diretamente, e não apenas como mandados de otimização.

⁵⁶⁶ Refere Alexy que “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sin también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.86

⁵⁶⁷ Por sua vez, as regras são normas que “sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.” Ibid., p. 87.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 90. Ressalva-se que pela hermenêutica filosófica não há espaço para que se argumente sobre ponderação. Em seu lugar, busca-se a aplicação dos princípios com base no círculo hermenêutico e na pré-compreensão jurídica, que tem que ser explicitada e confrontada a partir dos elementos do sistema jurídico. Com isso percebe-se que não acontece uma ponderação de princípios, mas sim a sua aplicação voltada para o caso concreto que está sendo analisado.

⁵⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 44.

⁵⁷⁰ Explica Wolkmer que “o conceito de *sujeito de direito* individual materializa uma abstração formalista e ideológica de um ‘ente moral’, livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afetadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho.” WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 30.

princípios.⁵⁷¹ Com relação ao direito civil, evidencia-se como exemplo dessa crise a não-auto-aplicabilidade da função social da propriedade⁵⁷², o que retrata a existência, de um lado, de latifúndios improdutivos e, de outro, da miséria e da fome de grande parcela da população.

Entretanto, mesmo diante da principiologia constitucional que fundamenta o Estado Democrático de Direito, a doutrina e a jurisprudência dominantes mantêm-se apegadas a um modelo hermenêutico de cunho reprodutivo, que entifica o ser do direito “a partir de ementários que escondem a singularidade dos casos.”⁵⁷³ A dogmática propicia que o direito seja visto como uma “realidade prévia fixa” determinada por fontes, quando deve “ser buscado enquanto *desocultação* ou *revelação de sentido*.”⁵⁷⁴

Assim, os conceitos prévios e fixos trazidos pela doutrina e pelos precedentes jurisprudenciais representam campo fértil para a manutenção de uma cultura jurídica “manualesca”, presa a um “imaginário analítico-dedutivo”, por meio da subsunção.⁵⁷⁵ Tal forma de interpretação no direito civil promove a entificação do ser do direito, eis que com base no senso comum teórico somente reproduz sentido, mantendo-se apegado ao patrimonialismo e à autonomia da vontade, que provocam o velamento do direito.

⁵⁷¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 278.

⁵⁷² Para demonstrar a não-efetivação dos princípios constitucionais, menciona Streck que “como exemplo aplicativo, é possível dizer que o ente “função social do Direito” somente emergirá a partir do desvelamento do seu ser. Assim, a partir do ferramental proporcionado pela nova hermenêutica, pode-se dizer que, da obscuridade ou da vagueza (plurissignificatividades) do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF), imanente que é da função social do Direito (e do Estado), devem exsurgir (da clareira do ser) *os conflitos fundiários, a (histórica) má-distribuição de terras, o latifúndio improdutivo, enfim, o sofrimento de quem ficou excluído do acesso à terra*. Como já dito, isto tudo ocorre a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete. *Na interpretação jurídica sem relação social*; a norma deve ser (sempre) interrogada e trazida para um espaço-temporal, para mostrar as suas potencialidades; somente então será compreendida em “seu” sentido, isto porque o jurista-intérprete não pode pensar na (s) lei(s) e nem captar o seu sentido a não ser mergulhando *no rio de sua história deslizando até o presente de sua aplicação* (Gadamer- F.Largo). Entretanto, no exemplo em pauta (aplicação da norma da função social da propriedade), se o intérprete não tiver tal pré-compreensão (pré-juízos), ele tratará a norma (e os fatos) de uma maneira *objetificante*, permeado (e premido) por um horizonte (teto hermenêutico) de sentido consubstanciado pelo sentido comum teórico, no interior do qual ainda vige a “ideologia” do *sujeito proprietário de mercadorias, da propriedade vista sob a ótica legal-normativista*, e onde prevalece a velha idéia de liberdade-de-usar-e-fruir a propriedade independentemente de sua função social-comunitária. Neste caso, o jurista-intérprete (re) produzirá um sentido inautêntico, dogmatizado, *cuja consequência é a própria inefetividade do dispositivo constitucional que determina a função social da propriedade!*” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 282-283.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 320.

⁵⁷⁴ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 128.

⁵⁷⁵ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*, p. 262.

A repersonalização do direito civil promovida pela principiologia da Constituição Federal pode ser compreendida à luz da hermenêutica filosófica, momento em que o operador jurídico deve interpretar os princípios constitucionais mediante a pré-compreensão que possui como ser-no-mundo, como participante da história e inserido numa tradição.

O aplicador deverá observar que a parte do processo não é um ser abstrato e sozinho, mas, sim, alguém que vive cercado por outros e que se encontra em permanente interação numa comunidade. Diante disso, deve superar a relação sujeito-objeto por meio da linguagem, pois os princípios, como as demais normas jurídicas, não são objetos e somente podem ser compreendidos como linguagem que o homem tem e nela se encontra.⁵⁷⁶ Logo, “intérprete e Direito/ texto/ norma/ fato não estão separados. Desde sempre, intérprete e Direito *já estão juntos no mundo* através da linguagem.”⁵⁷⁷

Constata-se que a repersonalização também aparece no direito civil por meio da adoção de cláusulas gerais⁵⁷⁸ para a fixação do conteúdo civil-constitucional e a conseqüente valorização e defesa da pessoa humana. Nesse sentido, o diploma civil brasileiro, em consonância com a Constituição Federal⁵⁷⁹, possui no seu sistema a presença de várias cláusulas gerais⁵⁸⁰, que, sob a luz dos princípios constitucionais, têm a tarefa de unificar o direito civil, promovendo a integração do sistema jurídico.⁵⁸¹

Assim, as cláusulas gerais devem ser interpretadas e, conseqüentemente, “aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional”⁵⁸², tendo em vista uma compreensão hermenêutica mais profunda.⁵⁸³ Ressalta-se que essa possibilidade pode ser concretizada pela hermenêutica filosófica.

⁵⁷⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 264.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 263.

⁵⁷⁸ Vide item 1.3.2, quando se aborda a diretriz da sistematicidade do Código Civil brasileiro. Vide, também, a ressalva constante na nota n. 575.

⁵⁷⁹ O intérprete tem o dever de promover “a conexão axiológica ente o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública.” TEPEDINO, *Temas de direito civil*, Tomo II, p. 7.

⁵⁸⁰ Para Perlingieri, “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.” PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 27.

⁵⁸¹ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, Tomo II, p. 8-9.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 8.

⁵⁸³ Observa-se que na falta de um conceito de interpretação menos instrumental e mais ontológico, as cláusulas gerais viram reféns do irracionalismo e da falta de fundamentação.

Por esse meio hermenêutico, o aplicador deve ser interpelado e dialogar com o texto legal para que ocorra a fusão de horizontes e aí possa compreendê-lo frente ao caso concreto e de um modo sempre novo. Ressalta-se que compreender é aplicar.⁵⁸⁴ Se não acontecer a interpelação, o conteúdo das cláusulas abertas será interpretado de forma “estandardizada-objetificante (inautêntica)”, resultado de uma operação de subsunção fundamentada em “pré-juízos doutrinários e jurisprudenciais” reproduzidos em face do senso comum teórico⁵⁸⁵ e, ainda, alicerçados na concepção liberal-individualista.

Desse modo, pela hermenêutica filosófica não há lugar para o “saber reprodutivo”⁵⁸⁶ do direito emoldurado em conceitos prontos e objetificados, que se constituem em solução padrão para todos os casos de um determinado gênero, como se as relações jurídicas fossem estáticas ou pudessem ser padronizadas.⁵⁸⁷ Ao contrário, a interpretação do direito, especialmente da fixação do conteúdo das cláusulas gerais, é “uma tarefa criativa”⁵⁸⁸, que se desenvolve pela pré-compreensão do intérprete⁵⁸⁹ e de acordo com as peculiaridades do caso a ser solucionado.

Portanto, cabe ao intérprete desapegar-se de crenças universais e compreender que não existem conceitos gerais que contêm os casos particulares que acontecem no mundo da vida, ou, “dito de outro modo: isso implica entender que no conceito de uma determinada ‘coisa’ não estão contidas, reificadamente, todas as ‘espécies’ daquela ‘coisa’.”⁵⁹⁰

⁵⁸⁴ GADAMER, *Verdade e método I*, p. 408.

⁵⁸⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 285.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 265.

⁵⁸⁷ Refere Gadamer que “a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.” *Verdade e método I*, p. 433.

⁵⁸⁸ STRECK, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁸⁹ Explica Streck, com base na lição de Gadamer, que “o intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a *concreta situação histórica no qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos*. O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é o que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma idéia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação `coisa por parte dos projetos em cada caso revisados com o que a unidade de sentido fica claramente fixada. Dada esta presença do pré-juízo em toda compreensão, trata-se de não se limitar a executar as antecipações da pré-compreensão, sendo, pelo contrário, consciente das mesmas e explicando-as, respondendo assim ao primeiro comando de toda a interpretação: proteger-se contra o arbítrio das idéias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar “para as coisas mesmas”. *A tarefa assim colocada da fundamentação da pré-compreensão, é sobretudo, uma tarefa da teoria constitucional que, por sua vez, não é discricional se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto, aduz o mestre alemão.*” *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 268-269.

⁵⁹⁰ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn*, p. 263.

Assim, a hermenêutica filosófica apresenta-se como um modelo que possibilita o surgimento da característica ontológica do direito de buscar a “paz social por intermédio da justiça.”⁵⁹¹. Essa matriz hermenêutica pode realizar a releitura do fenômeno da repersonalização do direito civil para concretizar a primazia da pessoa humana, recolocando-a e mantendo-a no centro do ordenamento jurídico, eis que o respeito a sua dignidade constitui um dos fundamentos no Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretado com base na pré-compreensão, na fusão de horizontes e na diferença ontológica, mas, sobretudo, percebendo a condição histórica e finita do homem.

⁵⁹¹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 141.

3 PROJEÇÃO DA REPERSONALIZAÇÃO PARA O CONTEXTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

O Estado Democrático de Direito tem por escopo a tutela do ser humano, o respeito à sua dignidade⁵⁹² e a construção de uma sociedade fundamentada em valores de justiça, liberdade e solidariedade.⁵⁹³ Tal circunstância elevou a Constituição ao centro do ordenamento jurídico e provocou a constitucionalização do direito, levando a que os seus valores e princípios passassem a refletir seus efeitos sobre todo o sistema jurídico, permeando cada área que o forma. Com isso, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Carta Maior passou a ter prioridade, devendo os demais ramos do direito colaborar para a sua concretização.

No direito civil o fenômeno da constitucionalização provocou a repersonalização deste ramo da ordem jurídica, promovendo a transição da idéia de indivíduo para a de pessoa humana. Com base nessa concepção, rompeu-se o paradigma da lei civil de regular relações de um sujeito de direito abstrato, visto de forma isolada e individual, momento em que os interesses patrimoniais apresentavam-se no núcleo do sistema jurídico. Passou-se, então, a entender os interesses da pessoa humana, vista como um ente que convive inserido num contexto social, como membro de uma comunidade e que deve ter sua dignidade protegida e respeitada acima de qualquer interesse econômico.

Para entender essa nova realidade de transição⁵⁹⁴ do direito civil tradicional para o contemporâneo, também denominado de “civil-constitucional”, deve-se dar relevo à concepção de pessoa, que é colocada no centro do sistema jurídico, como fundamento da República. Nessa senda, a pessoa constitui-se num ser único, num ente real, que existe de modo concreto no meio social e precisa ter suas necessidades fundamentais atendidas e as suas diferenças respeitadas. É importante perceber que essa “pessoa não é”, mas “se faz” a

⁵⁹² Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal .

⁵⁹³ Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal

⁵⁹⁴ Refere Fachin que “tem relevo, nessa perspectiva, conferir passagens e compreensões do mundo como tal recriado para a ordem jurídica. É que do sujeito medieval remetido somente a uma essência teocêntrica, apta a conferir-lhe universalidade, instaura a moderna razão da igualdade formal entre todos os seres humanos a partir dos conceitos. O conceito de sujeito passa a ocupar esse lugar universal, deixando para o singular o concreto do indivíduo. Liberdade e igualdade formal, mesmo iluminadas por tal racionalidade, fundam, na associação humana e no exercício das autonomias individuais, um novo medievo, projetando-se, para o Direito, bases do positivismo jurídico.” Assim, revela o autor que a crise do direito civil contemporâneo tem por fundamento “a razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal”. *Teoria crítica do direito civil*, p. 78-79.

cada momento, ou seja, sua existência deve ser “incessantemente conquistada”⁵⁹⁵ no convívio que mantém com os demais, como ser-no-mundo.

Partindo dessa idéia de pessoa humana, pretende-se tratar dos efeitos da repersonalização especificamente no direito contratual, que se apresenta como uma parte relevante do direito civil. Tal ramo do direito tem por finalidade disciplinar as operações econômicas e promover a circulação de riquezas. Observa-se que o instituto do contrato no Estado Democrático de Direito detém importante função de auxiliar na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de promover a proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, os reflexos da repersonalização projetam-se nos contratos pela proteção da confiança por meio do princípio da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes os deveres de lealdade e correção. Giza-se que tais noções decorrentes da boa-fé objetiva promovem uma eticização das relações contratuais, tendo por fim a proteção das legítimas expectativas das partes e como fundamento à tutela da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é necessário que se parta do desenvolvimento histórico do instituto contratual, em especial do modelo clássico, chegando até a realidade atual. Salienta-se que a construção de “pontes” de ligação “recolhendo traços pretéritos, pretendem decodificar o presente e vislumbrar o porvir” representa a própria fundamentação do direito civil.⁵⁹⁶ Em especial para este estudo, tais pontes auxiliam a elucidar a atual noção de pessoa humana e de sua dignidade no direito contratual do Estado Democrático de Direito.

3.1 Noção clássica de contrato

O contrato representa um dos pilares do direito civil e, juntamente com a propriedade e a família, forma o tripé representativo desse ramo do direito, revelando as grandes áreas que o legislador preocupou-se em regulamentar quando da codificação da lei civil, ainda no século XIX. Tal contexto demonstra o intuito inequívoco da legislação,

⁵⁹⁵ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva*: nas relações contratuais, p. 136.

⁵⁹⁶ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 78.

nascida no Estado Liberal, de proteger, manter e aumentar o patrimônio do sujeito de direito, visto que seus bens se apresentam como principal conteúdo das relações privadas, logo, a defesa deles mostra-se como o núcleo do ordenamento jurídico.

Inicialmente, cumpre trazer a lume que a noção do instituto do contrato constitui-se num “conceito jurídico”⁵⁹⁷, isto é, numa criação da ciência jurídica que submete relações de cunho econômico ao complexo de normas jurídicas criadas para regulamentar tal fim. Com isso, a ordem jurídica, em especial o direito contratual, tem a tarefa de formalizar as operações econômicas que acontecem num determinado meio social. Nessa ótica, percebe-se a acepção científico-jurídica da figura contratual.⁵⁹⁸

Por outro lado, as obrigações contratuais retratam uma realidade econômica e social na qual as partes contratantes se encontram inseridas, momento em que se submetem às normas jurídicas de um tipo contratual e obrigam-se ao cumprimento das prestações assumidas. O contrato sempre está vinculado a uma “operação econômica”⁵⁹⁹, cujo objeto deve ser suscetível de apreciação econômica, propiciando, assim, a circulação de riquezas e de bens. Defende Roppo que “*onde não há operação econômica, não pode haver também contrato.*”⁶⁰⁰

Constata-se, de tal sorte, que a extensão do contrato não pertence apenas ao mundo do direito, revestindo-se, ao mesmo tempo, de um conceito jurídico e de um conceito econômico. Portanto, a relação contratual apresenta-se como um instrumento pelo qual se materializa uma operação econômica, isto é, “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas.”⁶⁰¹

⁵⁹⁷ Explica Roppo que “se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída [...] como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, consenquentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir.” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 9.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 7-8.

⁵⁹⁹ Sintetiza Roppo que “existe operação econômica – e portanto possível de matéria de contrato – onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira [...]).” *Ibid.*, p. 13.

⁶⁰⁰ ROPPO, *O contrato*, p. 11.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 11.

O conceito de contrato, bem como dos demais institutos jurídicos, varia conforme a realidade social, econômica e política de uma sociedade, demonstrando que tais fenômenos constituem fontes materiais do direito, sendo, portanto, responsáveis pela criação e conteúdo das normas jurídicas num determinado período histórico.

Nesse sentido, percebe-se que “as idéias, conceitos e demais realizações humanas estão apoiadas no horizonte que cada época descortina, ou seja, o homem e suas obras são frutos da história a eles inerentes.”⁶⁰² Assim, para chegar à definição do modelo clássico de contrato construída no século XIX, é necessário fazer uma breve incursão histórica pela evolução do conceito de contrato.

3.1.1 Breves notas da trajetória histórica do conceito de contrato

Vislumbra-se, inicialmente, que no direito romano clássico existiam as figuras do *pactum* e do *contractum*. O primeiro produzia obrigações naturais oriundas de convenções não contratuais, que se apresentavam em maior número e não possuíam proteção através das ações. O segundo dava a origem às obrigações civis, derivadas de uma *causa civilis*, a qual não foi definida na legislação romana⁶⁰³; assim, para alguns se relacionava com a essência do contrato e, para outros, com a forma.⁶⁰⁴

Nesse contexto, cabe ressaltar a importância da forma nos contratos, visto que sem a realização de atos solenes ocorria a nulidade da convenção. A figura da *stipulatio*⁶⁰⁵ apresenta-se como exemplo de como eram entendidos os contratos no direito romano, ou seja, revela que o consensualismo não guardava relevância, visto que a forma possuía

⁶⁰² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 158.

⁶⁰³ Observa Bessone que “certamente por faltar o conceito em questão, faltava também o do contrato, do qual a *causa civilis* constituía elemento essencial. Não dispuseram os romanos, por conseguinte, de uma noção genérica e abstrata do contrato, como esquema capaz de abraçar todas as variedades porventura ocorrentes. [...] Compreende-se que, sendo assim, as convenções não contratuais, chamadas *pacta*, fossem freqüentes e numerosas.” BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4.4d. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 7-8.

⁶⁰⁵ A *stipulatio* “tratava-se de um contrato formal, no sentido de que era exigida, sob pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e o devedor. Tais palavras eram simples. Por exemplo, *Spondesne?* (Prometes?), *Spondeo!* (Prometo!).” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 731.

grande destaque; portanto, era indispensável a efetivação das formalidades para a validade do pacto.⁶⁰⁶

Num segundo momento, no direito romano de Justiniano, desapareceu a diferença entre as figuras do *pactum* e do *contractum*, podendo-se destacar o surgimento da noção de contrato com o intuito de produzir obrigações, por meio dos substantivos *contractu* e *distractu*.⁶⁰⁷ Nesse sentido, complementa Roppo que os romanos, nesta fase, alcançaram um entendimento jurídico mais avançado, chegando a esboçar “um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações económicas”⁶⁰⁸, portanto, dotado de certa relevância e autonomia.

Seguindo a evolução, constata-se que no direito franco imperavam o simbolismo e o formalismo e que os dois contratos mais conhecidos eram a *fides facta*⁶⁰⁹ e a *res prestita*⁶¹⁰, ao passo que no direito germânico⁶¹¹ quase não existia diferença entre as obrigações delituais e as contratuais. Ressalta-se que os contratos desenvolveram-se de forma insignificante em face da solidariedade familiar, das poucas relações comerciais entre as clãs e pelo fato de a sociedade não possuir moeda. Assim, o contrato de permuta pode ser trazido como exemplo dessa realidade.⁶¹²

No período feudal, a forma e os símbolos ainda representavam elementos de importância na consecução dos contratos, os quais geralmente eram celebrados por meio da entrega de um bem, portanto de cunho real, ou, alternativamente, pela realização de gestos e dicção de palavras, retratando, aqui, os contratos de cunho formal. Com o passar do tempo as convenções reais foram transformadas em formais, aparecendo como

⁶⁰⁶ Salienta Roppo a grande importância da forma no direito romano, eis que o contrato apresentava-se como “um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza; mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da ‘forma’ entendida, não tanto como instrumento legal, mas ‘como cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso’ (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído.” *O contrato*, p. 16.

⁶⁰⁷ BESSONE, op. cit., p. 8.

⁶⁰⁸ ROPPO, op. cit., p. 17.

⁶⁰⁹ Significa a fê dada, momento que uma parte que dá fê se compromete perante outra parte a quem a fê é dada. Deveriam pronunciar certas palavras e realizar certos gestos para o contrato ter valor. GILISSEN, op. cit., p. 733.

⁶¹⁰ Representa a coisa emprestada, sendo “um contrato real: uma coisa foi entregue por uma pessoa a outra, obrigando-se esta última a restituí-la.” *Ibid.*, p. 733

⁶¹¹ Refere Gilissen que, “na verdade, não sabemos quase nada do direito germânico das obrigações. Tal como a maior parte dos povos arcaicos, os Germanos conheceram muito poucas obrigações de origem contratual; os contratos deviam ser forçosamente raros [...]” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 732.

⁶¹² *Ibid.*, p. 732-733.

principais símbolos desses pactos o “*dinheiro de Deus*”⁶¹³, “*o vinho do mercado*”⁶¹⁴ e “*a palmada*”⁶¹⁵. Ressalta-se, do mesmo modo, a figura do juramento, com a repetição de certas palavras e gestos, que também serviam de simbologia para celebrar os contratos.⁶¹⁶

No direito inglês medieval o contrato também não representava um modelo jurídico capaz de ser fonte autônoma de obrigações. Desse modo, o direito não protegia a promessa contida no instrumento contratual, mas, sim, o fato de o contratante ter a possibilidade de sofrer um dano ou um agravo proveniente do descumprimento total ou parcial do pacto, idêntico “se tivesse sido accidental ou deliberadamente ferido no corpo, ou se tivesse sido destruída ou danificada a sua propriedade.”⁶¹⁷

O direito canônico, por sua vez, apresenta-se como um marco para o desenvolvimento do conceito de contrato nos moldes da concepção tradicional.⁶¹⁸ Nesta fase, o direito desapegou-se do rigoroso culto à forma e aos atos solenes nos contratos, provenientes do direito romano, passando, então, a dar evidência à promessa contida no pacto, isto é, cumprir a palavra dada.⁶¹⁹ O núcleo do contrato residia na promessa nele encerrada de cumprir o prometido; por isso, a palavra livremente empenhada representava a origem da obrigação a ser satisfeita. A partir dessa acepção, o instituto contratual fixou-se “como um instrumento abstrato e como uma categoria jurídica.”⁶²⁰

Nos séculos XIII e XIV o respeito pela palavra dada sedimentou-se nos costumes da Europa ocidental, podendo ser exemplificado com os seguintes dizeres: “todos os acordos devem ser cumpridos” ou “todo o prometido é devido”.⁶²¹

⁶¹³ Representa a entrega de uma parte a outra de uma quantidade de moeda de pouco valor para que tenha destino piedoso. GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 734.

⁶¹⁴ “As duas partes entram numa taberna e bebem juntamente vinho ou outra bebida, muitas vezes na presença de testemunhas que participam nas libações.” *Ibid.*, p. 734.

⁶¹⁵ “As duas partes apertam a mão, ou então o comprador dá uma palmada na face do vendedor: [...] A palmada significa a entrega da coisa.” *Ibid.*, p. 734.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 734-735

⁶¹⁷ ROPPO, *O contrato*, p. 17.

⁶¹⁸ Observa-se que “o princípio moderno do consensualismo dos contratos é o resultado de uma longa evolução histórica. O direito romano não o tinha admitido; muito menos o direito germânico. Foi no decurso da Baixa Idade Média que o respeito pela palavra dada se impôs, sobretudo por influência do direito canônico. O consensualismo triunfou rapidamente e tornou-se na base da moderna teoria dos contratos.” GILISSEN, *op. cit.*, p. 731.

⁶¹⁹ Destaca-se que a Igreja sempre concedeu respeito à palavra dada, entendendo que as promessas (tanto a que foi feita por simples enunciação como aquela feita por juramento) deveriam ser cumpridas, sob pena de constituir pecado. *Ibid.*, p. 735.

⁶²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 56.

⁶²¹ GILISSEN, *op. cit.*, p. 736.

Nesse sentido, o movimento do humanismo⁶²² teve participação e colaboração, pois defendia o homem com base em sua individualidade, na sua liberdade e na sua vontade. Porém, não conseguiu romper, definitivamente, com as amarras do direito romano, ainda existindo a separação entre as simples promessas (pactos) e as convenções (contratos – *stipulatio*).⁶²³

Com isso, a vontade individual até o final da Idade Média foi suplantada pelos interesses familiares, religiosos e econômicos, não existindo “senão nos limites da fé, da moral e do bem comum”. Portanto, a autonomia de vontade do ser humano somente apareceu no século XVI com a escola do direito natural.⁶²⁴

A escola do direito natural⁶²⁵ afigura-se como uma linha de pensamento propulsora da idéia clássica de contrato⁶²⁶, servindo de “base teórico-filosófica” dessa concepção, dando ênfase à autonomia da vontade do homem e sua conseqüente liberdade de contratar.⁶²⁷

⁶²² O humanismo pode ser entendido como uma projeção do fenômeno do renascimento nas ciências humanas. Logo, o humanismo se constitui num “fenômeno cultural complexo. Com raízes fundadas na Idade Média. [...] floresceu, a partir de Itália, desde o séc. XIV, expandindo-se a França e a outros países. A visão humanista pressupõe um Universo com o homem por foco e a Antigüidade, sem mediações, por modelo. Demarca-se, desta forma, de visões místicas mais marcadamente religiosas.” MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 189-190.

⁶²³ GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 737.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 737.

⁶²⁵ “Pode-se designar por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (jusnaturalismo), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa.” Também, cumpre mencionar que o jusracionalismo por sua vez “não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo. [...] Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada, teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como neste outro facto de que ela levou além disso a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teologia moral.” WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 279-280.

⁶²⁶ “Nesse preciso momento histórico – meados do século XIV – o voluntarismo que se encontra na gênese do conceito de contrato por nós recebido inicia a sua trajetória, que será secular e dominará todo o raciocínio do direito ocidental. Isto porque a premissa onde se funda o moderno direito dos contratos provém da releitura precedida pelos nominalistas ao direito natural aristotélico a qual, em brevíssimos e temerários traços, pode ser sintetizada nos seguintes termos: se o indivíduo, no Estado da Natureza, é livre, nada o pode obrigar, salvo o seu consentimento. Por conseqüência, a origem única das normas jurídicas – por definição obrigatórias – é o *acordo de vontades*.” MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, v. 3, São Paulo, RT, 1992. p. 129.

⁶²⁷ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 56.

Ressalta-se o pensamento de Grócio, ícone do jusnaturalismo⁶²⁸, que, com fundamento na “força vinculativa da promessa”, passou a discutir a “declaração de vontade” e a “perfeição negocial” nos contratos. Defendia que a eficácia da declaração da parte contratante decorria de sua vontade, que era soberana, eis que tinha responsabilidade sobre seus próprios atos. Logo, tal vontade era exteriorizada por palavras⁶²⁹. Assim, Grócio pela teoria da declaração, conseguiu “unificar o princípio da vontade e o princípio da confiança”.⁶³⁰

Salienta-se que Grócio entendia que a declaração somente vinculava a parte se fosse aceita pela outra; portanto, deu origem à “teoria da conclusão contratual através da oferta e da aceitação.” Com relação à justiça contratual, defendia a equivalência das prestações, com base na ética social, bem como a existência de deveres mútuos de respeito e esclarecimento quando da celebração dos contratos.⁶³¹

Grócio sustentou que a força vinculativa da palavra nos contratos tem como fundamento o direito natural, ou seja, fundamenta-se no princípio da *pacta sunt servanda*, com base no qual os pactos devem ser cumpridos e a palavra deve ser respeitada.⁶³² E o jurista holandês foi mais além ao defender que este princípio não deve ser apenas aplicado nos contratos entre as pessoas, mas também serve para caracterizar os compromissos oriundos do direito internacional público, momento em que os Estados devem cumprir os tratados celebrados.⁶³³

⁶²⁸ “É à Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade deve a sua autoridade, o seu primado. Esta Escola, no séc. XVII, constitui um factor importante de laicização do direito, da sua concepção racional e, ao mesmo tempo, universal. Para os jusnaturalistas, o direito rege a sociedade civil; já não é, portanto, forçosamente cristão, como criam os canonistas dos sécs. XIII e XIV. Já no início do séc. XVII, o teólogo espanhol Suarez (1548-1617) insistia sobre o livre-arbítrio e considerava que a regra *pacta sunt servanda* era o princípio de base de todo o direito natural. Mas foi sobretudo o jurista holandês Grócio que desenvolveu a nova teoria: a vontade é soberana; [...]” Também, destacou-se o pensamento do jurista alemão Pufendorf que defendia “a idéia de que o homem é a origem da autoridade e do direito. Indivíduo autônomo, o homem é o senhor supremo das suas opiniões e dos seus actos, não podendo ser comandado por nenhuma autoridade superior. A influência de Descartes é grande; ao ‘penso, logo existo’, os juristas substituirão ‘quero, logo tenho direitos’; ‘quero, logo obrigo-me’. É deste modo que Pufendorf insistirá: ‘Cada um deve respeitar inviolavelmente a sua palavra, ou seja, aquilo a que se comprometeu por qualquer promessa ou convenção’.” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 737-738.

⁶²⁹ Refere Wieacker que Grócio também reconhece que o silêncio pode representar a vontade das partes, como por exemplo na renúncia de direitos, ou até mesmo na prescrição aquisitiva- usucapião. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 332.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 330-331.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 334.

⁶³² *Ibid.*, p. 332.

⁶³³ GILISSEN, *op. cit.*, p. 738.

A par da força vinculativa da promessa, destaca-se a valorização da manifestação de vontade do homem, decorrente de sua condição de ser livre. Essa acepção teve grande relevância para a fixação das normas de direito contratual, em especial para a construção do conceito tradicional deste instituto. Assim, passou-se a compreender que a vontade, desde que “manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.”⁶³⁴

Da mesma maneira, cumpre mencionar a importância do pensamento de Kant, que entendia o ser humano como um ente dotado de razão e, conseqüentemente, de vontade⁶³⁵, constituindo-se, portanto, num ser livre, isto é, senhor de seu agir. Pregava que “a todo ser racional que tem vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a idéia de liberdade, sob a qual ele age.”⁶³⁶ Nesse enfoque, percebe-se que “a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função de valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.”⁶³⁷

Ressalta Marques⁶³⁸ que, além das “teorias ético-jurídicas”, também aquelas de cunho político e econômico auxiliaram para a elaboração do conceito de contrato. Na ordem política a autora evidencia a “teoria do contrato social”⁶³⁹, esposada por Rousseau. O filósofo francês defendeu que pela vontade livre os homens se juntam, formam um corpo social e renunciam parte de sua liberdade individual para constituir o Estado; porém, esta renúncia representa a força da vontade que possuem. Portanto, o acordo das pessoas em se

⁶³⁴ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 56.

⁶³⁵ Menciona Kant que “ ‘a vontade é, em todas as ações, uma lei de si mesma’ caracteriza tão-somente o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não aquela que possa ser objeto de si mesma como lei universal. Essa fórmula é precisamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e a mesma coisa.” KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 79-80.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁶³⁷ COMPARATTO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 26.

⁶³⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 57.

⁶³⁹ Assevera Rousseau no capítulo “do pacto social” de sua obra que: “Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve em si mesmo? Esta dificuldade introduzida em meu assunto pode assim enunciar-se: ‘Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes’. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.” ROUSSEAU, *Do contrato social*, p. 31.

unirem livremente demonstra a relevância da vontade individual⁶⁴⁰ e, por sua vez, sustenta a autoridade do Estado.

Na ordem econômica assume relevo a idéia de liberdade como núcleo nos negócios. Destarte, toda a circulação de riquezas deveria acontecer de forma livre e por intermédio da figura contratual, que, por sua vez, sempre se apresentava como um instrumento justo e equitativo. Essas qualidades de justiça e equivalência do contrato derivariam da liberdade contratual atribuída às partes.⁶⁴¹ Com isso, o liberalismo foi considerado “a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções [...] estava-se convencido de que todo o compromisso livremente assumido era justo.”⁶⁴²

Diante dessa realidade, o instituto do contrato deixou de ser um simples instrumento de permuta de bens e passou a representar a troca de valores, demonstrando suas finalidades de promover a circulação de bens, bem como de determinar o valor desses bens no mercado.⁶⁴³

As mencionadas concepções ético-jurídicas trazidas pelo jusnaturalismo, bem como as teorias políticas e econômicas dominantes no final do século XVIII acabaram por desembocar na Revolução Francesa, que serviu de marco para o desenvolvimento da concepção clássica de contrato. Assim, o pensamento filosófico de que a pessoa humana é dotada de razão, da qual decorrem a autonomia de sua vontade e a sua liberdade, passou ao mundo jurídico caracterizado pelo individualismo e pelo liberalismo, que constituíram a base da noção tradicional de contrato, trazida nas codificações que se seguiram.

3.1.2 O contrato fundamentado no dogma da autonomia da vontade

⁶⁴⁰ Esclarece Gilissen que “a sociedade é considerada como um conjunto de homens livres e autônomos, que não se ligam entre eles senão pela vontade. O ‘contracto social’ de J.J. Rousseau repousa sobre a autonomia absoluta da vontade dos indivíduos: ‘Cada indivíduo obriga-se como quer, quanto quer, mas apenas enquanto quer’. Está aqui toda a autonomia individual originária que a Revolução Francesa retomará e consagrará nas leis do seu período intermediário.” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 738.

⁶⁴¹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 59.

⁶⁴² GILISSEN, op. cit., p. 738-739.

⁶⁴³ MARQUES, op. cit., p. 60.

O direito, como ciência social, é construído, mantido e alterado conforme as condições políticas, econômicas, sociais e ideológicas que vigoram no meio social a que se destina a reger. Assim, historicamente, analisando a evolução do instituto dos contratos, percebe-se que essa figura jurídica sofreu profundas modificações em sua estrutura e funções, decorrentes da realidade socioeconômica e política proporcionada pelos diversos tipos de Estado de Direito que se sucederam ao longo do tempo.

Com base nessas afirmações, pretende-se, numa seqüência que parte do Estado Liberal, mencionar o conteúdo do contrato, primeiramente trazendo seu modelo clássico, ou seja, aquele sedimentado no máximo da autonomia da vontade. Como refere Lobo, “o direito contratual que se toma como paradigma, tanto para a formação como para a prática dos operadores do direito, é o que se desenhou durante a hegemonia do Estado Liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autonomia da vontade.”⁶⁴⁴

Como já mencionado no capítulo primeiro deste estudo, o Estado Liberal teve sua sustentação no declínio do poder real e na ascensão política e econômica da burguesia.⁶⁴⁵, representando uma forma de Estado de Direito absenteísta, no qual o ente estatal deveria intervir o menos possível. Portanto, foi nessa situação de “limitação do poder estatal ao mínimo necessário que o liberalismo veio a se desenvolver no plano jurídico.” Apresentou-se em duas fases distintas; primeiramente, na luta pela “*conquista da liberdade*” e, na segunda, pela “*exploração da liberdade*”.⁶⁴⁶

A etapa da conquista da liberdade foi marcada pela Revolução Francesa no final do século XVIII, a qual, à luz do pensamento filosófico da época e dos objetivos da burguesia,

⁶⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. In TEPEDINO, Gustavo. *Revista Trimestral de direito civil*, v. 16. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.104.

⁶⁴⁵ Conforme Roppo a organização econômica e social guardam estreita ligação, sendo que a última também influi na evolução do contrato. “Desta matéria existe, na história do pensamento jurídico institucional, uma aplicação exemplar, operada por uma doutrina muito famosa: a de Henry Summer Maine, estudioso inglês do século passado, segundo o qual todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do ‘*status*’ ao *contrato*. Com esta fórmula – conhecida simplesmente como ‘lei de Maine’ – quer-se exprimir a idéia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens [...] eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.” *O contrato*, p.26.

⁶⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do contrato no Estado social – crise e transformações*. Maceió: EDUFAL, 1983. p.31-32. A divisão no movimento liberal e no Estado Liberal em etapas é de autoria de Burdeau.

buscava a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre as pessoas⁶⁴⁷, em contraposição à opressão e à desigualdade promovidas pelo absolutismo.

Nesse momento, juristas, filósofos e economistas uniram-se em favor de uma ideologia liberal, pregando a liberdade na ordem econômica e social. Defendiam que cabia à sociedade “deixar ao indivíduo o máximo de liberdade econômica possível”, uma vez que a relação entre a produção e a demanda aconteceria de forma automática. Sustentavam que, existindo liberdade, haveria produção e consumo de forma estável, ocorrendo o equilíbrio no mercado. Da mesma forma, o Estado deveria limitar sua função a “garantir ao indivíduo a liberdade necessária para deixá-lo desenvolver sua personalidade.”⁶⁴⁸

Esse pensamento de liberdade para os indivíduos e retração do poder estatal deu origem ao liberalismo, que se constitui numa doutrina econômica, mas que também tem fundamento na moral e na política.⁶⁴⁹ Esse movimento pode ser resumido pela expressão: *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*.⁶⁵⁰

No campo jurídico o liberalismo influenciou a construção da teoria do direito, em especial do direito contratual, sedimentando-a no individualismo, na liberdade econômica, na igualdade, na liberdade política e na autonomia da vontade⁶⁵¹, como se passa a expor.

Pela doutrina do individualismo⁶⁵², cada indivíduo, por si mesmo, deveria lutar para defender seu próprio interesse; assim, seria mais útil à sociedade. Portanto, na relação

⁶⁴⁷ Refere Pepe que “ a fé na razão passou a oferecer os novos rumos da humanidade ocidental. Liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se constituir como pano de fundo de um cenário revolucionário para marcar definitivamente o fim do ‘estado de natureza’ e o surgimento do ‘Estado de Direito’.” PEPE, *Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade*, p. 10.

⁶⁴⁸ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.25.

⁶⁴⁹ Observa-se que o liberalismo “tinha também fundamentos morais, de fonte religiosa, assentes na idéia cristã de que o homem permanece o valor supremo, dotado de “direitos naturais”, oponíveis contra a ordem estatal, assim, como tinha fundamentos políticos, que ficam claros se nos lembrarmos que nascera da oposição à organização política, hoje geralmente apelidada de *ancien regime*, cujas características eram essencialmente opressivas.” NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 64. Traduzindo, “deixar fazer, deixar passar, que o mundo vai por si mesmo”.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁵² Refere Becker que “o postulado otimista do individualismo econômico, que, na prática, quase se confunde com o liberalismo, é, essencialmente, o que propõe Adam Smith: cada um dos indivíduos que compõem a sociedade, se abandonado à própria sorte, trabalha o mais utilmente possível, na busca de seu interesse próprio, para servir ao interesse comum.” Continua a autora explicando que “em que pesem os liames estreitos que unem o individualismo à doutrina liberal, estas noções não devem ser confundidas. Schatz insurge-se contra a confusão freqüentemente feita entre as duas noções, argumentando que o liberalismo vê na liberdade um fim em si, enquanto o individualismo nela vê apenas um meio de realização de um fim superior – o aperfeiçoamento do indivíduo – e, por conseguinte, admite mais facilmente temperamentos à liberdade (apud Marcel Waline, ob. cit., p. 11).” BECKER, op. cit., p. 24.

homem-sociedade, o Estado era “um mal necessário” e deveria limitar sua ação ao mínimo possível, ou seja, somente para defender direitos civis e políticos.⁶⁵³

Já a liberdade econômica fundamentava-se na idéia do *laissez faire, laissez passer*. Acreditava-se que o mercado deveria agir com liberdade, eis que a lei da oferta e da procura atenderia ao interesse de toda a sociedade e qualquer intervenção na liberdade de produção, circulação e venda de bens representava um obstáculo ao desenvolvimento econômico que se desenhava na época.⁶⁵⁴

Do mesmo modo, a teoria contratual sustentou-se na idéia de igualdade e de liberdade política, com o que todas as pessoas eram tidas como iguais perante a lei, portanto, detentoras dos mesmos direitos e obrigações. Contudo, o significado dessa igualdade e da respectiva liberdade política dos indivíduos era puramente teórico e formal, não existindo preocupação com a sua concretização na vida de fato.⁶⁵⁵

Por último, para completar a estrutura sobre a qual se fundou a teoria jurídica do contrato, refere-se o voluntarismo jurídico⁶⁵⁶, representado pelo princípio da autonomia da vontade. Nessa linha, o homem era visto como um ser racional, dotado de vontade, por conseqüência, poderia obrigar-se. Essa vontade representava o fundamento da existência do Estado⁶⁵⁷, bem como a fonte geradora de obrigações, como se vislumbra nos contratos.⁶⁵⁸

⁶⁵³ NORONHA, op. cit., p. 64.

⁶⁵⁴ BECKER, *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 23.

⁶⁵⁵ NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 64.

⁶⁵⁶ “A origem do voluntarismo remonta aos primórdios da filosofia moderna, à escolástica franciscana. Entre os séculos XIV e XV, o franciscano Guillaume d’Occam já proclamava a proeminência da vontade, sua aptidão para dirigir a vida humana (superior à da razão por ser conduzida pelo amor), e representava os indivíduos isolados no estado de natureza, associando-se em seguida e criando as instituições jurídicas livremente, por sua própria vontade,. Daí por diante, considerar-se-ia que, se o indivíduo é livre no estado de natureza, nada o poderia vincular senão seu consentimento específico para tanto.” BECKER, op. cit., p. 16-17.

⁶⁵⁷ Observa a autora que o contrato passou a representar “ não só a fonte das obrigações entre os indivíduos, ele é a base de toda a autoridade. Mesmo o Estado retira sua autoridade de um contrato; logo, a própria lei estatal encontra aí sua base. O contrato não obriga porque assim estabeleceu o direito, é o direito que vale porque deriva de um contrato. O contrato, tornando-se um *a priori* do direito, revela possuir uma base outra, uma legitimidade essencial e autônoma em relação à normas: a vontade dos cidadãos. A teoria do contrato social conduz, portanto, à idéia de importância da vontade do homem.” MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 58.

⁶⁵⁸ NORONHA, op. cit., p. 64.

Assim, no início do século XIX⁶⁵⁹, à luz do liberalismo econômico e do voluntarismo jurídico, surgiu a concepção clássica do contrato, fundada na autonomia da vontade⁶⁶⁰. Tal modelo de contrato foi positivado pelo Código de Napoleão⁶⁶¹, em 1804, como um ato decorrente de um acordo de vontades entre indivíduos, considerados sujeitos de direitos pela codificação. Nesse sentido dispunha o artigo 1.134 do referido diploma legal⁶⁶² que “as convenções legalmente formadas são como lei [...] para aqueles que as fizeram.”⁶⁶³

Nessa época, a sociedade⁶⁶⁴ vivia momentos de estabilidade política, social e econômica, embora existissem grandes diferenças entre as classes sociais. Nesse contexto, o contrato passou a ser o mais importante negócio jurídico realizado pelas pessoas.

⁶⁵⁹ “O início do séc. XIX assistiu à valorização do indivíduo como forma ideológica de combate ao absolutismo real. Os filósofos iluministas foram buscar sua fonte de inspiração na filosofia estoica, que enaltecia no indivíduo a razão, e da existência da razão em todos deduzia o dogma da igualdade. Em nome desses novos princípios passou-se a destruir tudo aquilo que o Antigo Regime havia construído: a realeza, as classes sociais, as corporações de ofício. A Lei Le Chapelier, sob o signo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e do pensamento da primeira Constituição Francesa, estabeleceu o respeito absoluto ao princípio da liberdade de indústria e comércio, assegurada a todas as pessoas e a cada indivíduo em particular”. FONSECA, João Bosco Leopoldino, Cláusulas Abusivas, *Revista do Direito do Consumidor*, n. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1995. p. 52.

⁶⁶⁰ A expressão princípio da autonomia da vontade surgiu após o Código Civil francês e sob a influência de Kant. Desse modo, “a doutrina clássica francesa considerava Kant o teórico por excelência do individualismo e do liberalismo jurídicos, acreditando nele encontrar sua expressão mais perfeita.” BECKER, *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 19. Verifica-se que “Kant substituiu a ética marcada por considerações substanciais pelo imperativo categórico, e com esta nova feição foi que a idéia de autonomia moral da personalidade penetrou na teoria jurídica e influenciou as Codificações. E, afirmando que ‘quando alguém decide algo a respeito de outro, é possível que lhe cause alguma injustiça, mas toda injustiça é impossível quando decide por si mesmo’, culminou por transformar a vontade, que já era considerada a fonte única de todas as obrigações jurídicas, ao mesmo tempo, na *única fonte de justiça*.” *Ibid.*, p. 28.

⁶⁶¹ Roppo, ao tratar do contrato nas codificações, explica que “o *code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constitui, de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e econômicas dá nos seus artigos forma e força de lei.” Assim, o contrato no Código de Napoleão foi esculpido para satisfazer aos interesses da burguesia. Os artigos que diziam respeito aos contratos encontravam-se num livro que tratava dos “diversos modos de aquisição da propriedade”; portanto, havia nítida relação entre o instituto da propriedade e do contrato. Justifica-se esta opção do legislador francês porque era necessária “a transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente”, e para que essa transferência de propriedade acontecesse era necessário “um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar, baseada no consenso dos* contraentes – poderia ser o slogan que o resume.” *O contrato*, p. 41-45.

⁶⁶² Menciona Becker que mesmo que o artigo 1.134 do Código de Napoleão “diga apenas que as convenções *legalmente formadas* têm força de lei entre as partes, a sua interpretação a partir da segunda metade do século XIX colocou o acento sobre a autonomia da vontade, orientando-o em direção a uma concepção verdadeiramente voluntaristas do contrato, centrada no aspecto subjetivo do vínculo [...]” *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁶³ NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 64.

⁶⁶⁴ Refere-se que “esta sociedade, racionalmente, posta traz consigo a marca do homem individualista que encontra na mesma a garantia de atendimento de suas necessidades, através da universalização dos seus Direitos conforme o Direito natural moderno que pressupõe a igualdade social. [...] Mas estas sociedades procuram manter sua hegemonia através de suas estruturas jurídicas e políticas, estabelecendo formas de

Ecoavam os dizeres de liberdade e igualdade, trazidos pela Revolução Francesa, e partia-se do pressuposto de que os contratantes eram livres para dispor sobre as cláusulas contratuais e se encontravam no mesmo plano de igualdade para negociar, embora pudessem ser economicamente diferentes.

O contrato estruturou-se sobre um vínculo subjetivo, qual seja, a vontade dos contratantes.⁶⁶⁵ Percebe-se que o Código Civil francês adotou uma concepção voluntarista de contrato, eis que o fundamento da obrigatoriedade dos pactos residia na “manifestação de duas vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade ou autodeterminação individual.”⁶⁶⁶ Assim, surgiu a teoria subjetiva, explicando a obrigatoriedade dos contratos e defendendo que “a força da vontade provém de si mesma, isto é, o contrato obriga pelo simples fato de ser ‘contrato’, vale dizer, *consentimento*.”⁶⁶⁷

Esse contexto pode ser retratado pelo brocardo *qui dit contractuel, dit juste*, eis que o consenso entre as vontades possuía “força de uma verdade indiscutível”, revelando o caráter subjetivista do contrato.⁶⁶⁸ Diante dessa realidade imperou magnânimo e absoluto o princípio da autonomia da vontade.

Pelo princípio da autonomia da vontade⁶⁶⁹ os sujeitos de direito tinham, embora com limites, a faculdade “para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim a vida em sociedade. Para realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.”⁶⁷⁰

dominação conflituosas que geram inúmeras tensões [...]” Pepe, *Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade*, p.10.

⁶⁶⁵ O contrato é “símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura sócio-econômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um ‘instrumento de auto-regulamentação dos interesses dos particulares’, que não deixa de ocultar a desigualdade real. A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando as relações sócio-econômicas. Esse pacto montado conforme a declaração de vontades das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade específica dos proprietários burgueses.” WOLKMER, *História do direito no Brasil*, p. 29.

⁶⁶⁶ MARTINS-COSTA, Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro, op. cit., p. 128.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 132.

⁶⁶⁸ Ibid., p. 128.

⁶⁶⁹ Menciona Kant que o princípio da autonomia da vontade é um princípio moral, ou seja, “princípio supremo da moralidade”. Para Kant a autonomia da vontade “é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal.” *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 70.

⁶⁷⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 17.

Como consequência do princípio da autonomia da vontade originou-se o princípio da força obrigatória, tendo como fundamento a expressão *pacta sunt servanda*.⁶⁷¹ Assim, os contratos deveriam ser cumpridos, pois decorriam da vontade dos contratantes.⁶⁷² Em síntese, “a essência do contrato, portanto seria o consentimento e, em princípio, reinaria a liberdade contratual.”⁶⁷³

E, por sua vez, como corolário do liberalismo econômico e da igualdade formal, surgiu o princípio da liberdade contratual⁶⁷⁴, pelo qual os contratos eram livremente pactuados e celebrados entre as partes, possibilitando a circulação e acesso aos bens.⁶⁷⁵ Assim, os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da liberdade contratual caracterizaram o modelo clássico do contrato.

Cumprido ressaltar que no século XIX, com base nos postulados racionalistas, desenvolveu-se a escola do positivismo científico, que compreendia o direito como um grande sistema fechado, “organizado e independente”, formado de “preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente” e preso a “realidades lógicas”. Tal estrutura buscava a elaboração de “conceitos” abstratos⁶⁷⁶ que pudessem envolver todos os casos jurídicos, de tal modo que não restasse nenhuma lacuna. Nesse contexto, por meio da operação lógica da subsunção, o juiz apresentava-se como mero aplicador do conteúdo legal ao caso concreto.⁶⁷⁷

⁶⁷¹ Ressalta-se que “o princípio *pacta sunt servanda* foi levado às suas consequências máximas, nada obstante poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, 1997. p. 346.

⁶⁷² BECKER, *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 19.

⁶⁷³ BECKER, *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 23.

⁶⁷⁴ Explica Roppo que “a liberdade de contratar significa a abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de ‘estado’, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado – da abstracta possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade.” ROPPO, *O contrato*, p. 36-37.

⁶⁷⁵ BECKER, op. cit., p. 24.

⁶⁷⁶ Refere Gomes com base na lição de Windscheid que o positivismo científico não levava em conta “considerações éticas, políticas ou econômicas”. GOMES, ORLANDO. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 3.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 3.

Nessa linha de pensamento destacou-se, na Alemanha, a Escola da Pandectística⁶⁷⁸ responsável pela sistematização do direito privado por meio do BGB e pela criação da categoria do negócio jurídico. Observa-se que o Código Civil alemão somente entrou em vigor no início do século XX, mais precisamente, em 1900⁶⁷⁹, considerando o instituto do contrato⁶⁸⁰ como uma espécie da qual o negócio jurídico era o gênero.⁶⁸¹

A figura do negócio jurídico⁶⁸² cunhada na codificação alemã caracterizava-se pelo “elevado grau de generalidade e abstração”, visto que os sujeitos de direitos eram considerados iguais perante a lei e, portanto, capazes de manifestar sua vontade, com o intuito de produzir efeitos jurídicos. Desse modo, a legislação desconsiderava a condição social e econômica dos sujeitos reais que contratavam, bem como a realidade que cercava a operação econômica realizada, tudo em prol de obter “*o máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos jurídicos*”.⁶⁸³

⁶⁷⁸ A Pandectística teve seu método caracterizado “pelo abuso de abstrações lógicas. Consiste ele, segundo Géný, no emprego de concepções puras, desenvolvidas mediante lógica inteiramente abstrata, consideradas como instrumentos necessários de fecundação dos textos legais ou de elaboração das idéias jurídicas independentes. Procediam seus seguidores a construções realizadas mediante abstrações lógicas que prescindiam dos fatos, ou os desnaturavam em proveito das idéias puras. O abuso revelava-se, segundo Géný, em considerar dotadas de realidade objetiva permanente concepções ideais de índole provisória e meramente subjetiva, de sorte que, para eles, todo o sistema jurídico positivo residia, *a priori*, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida, mutáveis e várias. As noções jurídicas apresentavam-se, em suma, sob a forma de entidades metafísicas classificadas em categorias, providas de formas dotadas de efeitos necessários, ligados uns aos outros por uma espécie de harmonia lógica.” GOMES, *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 3-4.

⁶⁷⁹ Menciona Roppo que as diferenças de ordem cultural, bem como na evolução da história política, justificam que o Código Civil alemão somente entrou em vigor quase um século após o francês. Complementa que “este mesmo atraso e a conseqüente diferença de contexto histórico e de condições sócio-econômicas, juntamente com uma tradição científica diferente, fizeram com que a disciplina do contrato” no BGB fosse organizada de modo diferente do Código de Napoleão. Roppo, *O contrato*, p. 47.

⁶⁸⁰ O Código Civil alemão de 1900 possuía normas que dispunham sobre o contrato, sobre cada espécie de contrato, bem como normas gerais que disciplinavam o negócio jurídico. Todas eram aplicadas aos contratos. *Ibid.*, p. 48.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 47. Esclarece Roppo que a diferença principal entre o modelo francês e o alemão é que “neste último, a categoria do contrato passa a ser concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o *negócio jurídico*.” *Ibid.*, p. 47.

⁶⁸² Explica Lorenzetti que “o conceito de negócio jurídico é expressão da autonomia privada. Identifica-se com o exercício da autonomia, e não com o contrato; por isto há negócio jurídico nas declarações unilaterais, no Direito Família (reconhecimento de filho); no Direito Sucessório (testamento). Por isso pode ser unilateral (assenhoramento, promessas unilaterais, o voto), bilaterais (o contato de câmbio) e plurilaterais (sociedade, consórcio). O negócio jurídico é um gênero, dos quais uma espécie é o contrato. Esta abstração tem levado a aplicar as regras da espécie (contrato) a outras espécies que estão dentro do gênero, como os atos unilaterais. O conceito de negócio é uma abstração vinculada ao sujeito, onde se dissolvem as distinções sociais com a pretensão de lograr a máxima igualdade. Seu objeto era desenhar uma esfera de autonomia diante do Estado.” LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 541.

⁶⁸³ ROPPO, *op. cit.*, p. 50-51.

Para o direito alemão, a celebração do contrato exigia a presença de, no mínimo, duas pessoas que declaravam sua vontade, ao passo que para configurar o negócio jurídico bastava a manifestação de vontade de um sujeito de direito. Dessa maneira, o negócio jurídico caracteriza-se pela expressão da vontade de um sujeito de direito com o intuito de produzir efeito jurídico, envolvendo operações de cunho econômico e também aquelas sem conotação econômica. Apresentava-se como uma categoria muito mais ampla e abstrata do que a do contrato, que, por sua vez, sempre continha atos de circulação e aquisição de riquezas.⁶⁸⁴

A par da escola francesa da teoria voluntarista desenvolveu-se a teoria da declaração originada no direito alemão. A primeira denominada na Alemanha de *Willenstheorie*, possuía o mesmo fundamento do direito francês, ou seja, a autonomia da vontade, e defendia que a “vontade interna” dos contratantes constituía a fonte criadora dos direitos e obrigações nos contratos. Já a segunda⁶⁸⁵ (*Erklärungstheorie*) sustentava que não bastava a manifestação de vontade das partes, devendo haver a declaração de ambos; logo, a “declaração” da vontade tinha prevalência sobre a vontade interna, isto é, o que valia era a vontade declarada, não a vontade interna. Disso observa-se que a teoria da declaração “bilateralizou o dogma da vontade, fazendo transparecer as intenções de ambas as partes”, bem como foi responsável pelo início da caminhada de objetivação⁶⁸⁶ do negócio jurídico.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ ROPPO, *O contrato*, p. 48-51.

⁶⁸⁵ Explica Becker que “a idéia de que o poder da vontade seria verdadeiramente autônomo foi refutada, ainda no século XIX, na Alemanha, por Schlossmann, sob o argumento de que, se realmente existisse *autonomia da vontade*, ela permitiria ao declarante suprimir a vontade expressada anteriormente. Se é a vontade interna dos contratantes que dá origem aos efeitos jurídicos do ato, não passando a declaração de simples *meio* pelo qual aquela vem ao conhecimento de terceiros, cada um pode modificar sua vontade até o momento de sua realização, o que torna a teoria clássica, além de falsa [...], perigosa para o crédito público, na medida em que permite, em nome de uma vontade secreta, a anulação de um contrato que a contraparte acreditava válido.” BECKER, *Teoria geral da lesão nos contratos*, p. 44-45.

⁶⁸⁶ Assevera Martins-Costa a importância da obra de Büllow ao tratar da objetivação do negócio jurídico. Entendia o jurista alemão que “o negócio jurídico é ato voluntário, mas se a vontade que aí subjaz é apenas ‘causa’ ou gênese do negócio, para que o ato seja criado basta que a declaração tenha sido querida, mesmo que não corresponda à vontade ‘interna’, pois o que importa é o modo como a vontade se exterioriza socialmente.” Tal pensamento contribuiu para a evolução da tutela da vontade individual para a tutela da confiança, servindo de porta de entrada para o princípio da boa-fé objetiva. Da mesma forma, abriu espaço para que Emilio Betti (na Itália) formulasse, no século XX, “a Teoria Preceptiva, cujo centro reside na concepção do contrato como *auto-regulamentação dos interesses privados*, ato social, dirigido para o futuro, e não ‘ato de vontade’, pois essa já se exauriu quando formado o vínculo, pertencendo, pois ao passado.” MARTINS-COSTA, *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*, p. 133.

⁶⁸⁷ BECKER, *Op. cit.*, p. 43-46. Sintetiza Becker que a evolução das teorias a respeito do negócio jurídico podem ser identificadas em dois momentos distintos: o primeiro “atinentes a disputa entre a subjetividade da vontade e a objetividade da declaração;” e o segundo, centrado “na relação do negócio com a lei e o Estado.” *Ibid.*, p. 43.

Com relação à noção de pessoa humana no modelo tradicional do contrato, observa-se que o instituto contratual simplesmente dava juridicidade a um negócio jurídico efetivado por sujeitos de direito que, na condição de contratantes e contratados, sob a permissão e proteção da lei, celebravam o pacto. Logo, tal abstração e a generalidade geravam uma “reificação ou desumanização”⁶⁸⁸ do direito, de modo que a pessoa não passava de um sujeito de direito, titular de direitos e obrigações, mostrando-se irrelevante sua condição concreta de ser humano. Define Fachin que, nesse período, “só é pessoa quem o Direito define como tal. [...] o sujeito não ‘é’ em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta [...], e é mais um ‘individual patrimonial’.”⁶⁸⁹

Portanto, constata-se que no modelo clássico de contrato a vontade das partes era a fonte criadora de direitos e obrigações, à qual nada poderia se sobrepor. Pelo princípio da autonomia da vontade, os contratantes tinham plena liberdade para contratar, escolhendo o tipo do contrato e determinando o seu conteúdo. Imperava o individualismo, sendo flagrante nos contratos a existência de disposições potestativas, realizadas ao arbítrio de uma das partes, que causassem lesão, desequilibrando a comutatividade da relação e, em especial, de cláusulas leoninas, que impunham a um dos envolvidos ônus tão excessivo, que correspondia à total frustração do objeto do contrato, afrontando o princípio do equilíbrio que deveria existir entre os contratantes.

Vigorava de forma absoluta o princípio da *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato fazia lei entre as partes, existindo a obrigação de cumprir, coercitivamente, o pactuado. Os contratantes somente poderiam se isentar do adimplemento das cláusulas contratuais em face de caso fortuito ou força maior e, também, diante da existência de algum vício de consentimento que fosse capaz de anular o contrato.

3.2 Realidade contratual contemporânea

O modelo clássico de contrato desenvolvido e aplicado no Estado Liberal de Direito, no auge do voluntarismo jurídico, caracterizava-se por ser um ato jurídico em que

⁶⁸⁸ CARVALHO explica que quando “as pessoas se reduzem em mero elemento da relação jurídica civil, concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico.” *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 60.

o acordo de vontades gerava um efeito vinculante, que, por sua vez, tinha o condão de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos e obrigações entre as partes contratantes.

Nesse contexto, a ciência do direito deu “forma conceitual ao individualismo econômico” pela figura do contrato.⁶⁹⁰ Logo, o direito contratual tinha a limitada função de permitir que as pessoas estruturassem suas relações jurídicas por meio do contrato, bem como deveria tutelar os efeitos dele decorrentes. Sob o manto da liberdade e da igualdade formal, as partes, na condição de sujeitos de direito, possuíam a faculdade de contratar protegida pela lei.⁶⁹¹

Assim, no dizer de Savigny, o contrato era “a união de dois ou mais indivíduos para declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes.” Desse conceito exsurtem elementos que compõem os contratos ainda nos dias de hoje, quais sejam: “(1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito”. Em síntese, o contrato fundamentava-se na autonomia da vontade e, conseqüentemente, no seu reflexo, que era a liberdade contratual.⁶⁹²

Tal concepção, baseada no liberalismo e no voluntarismo, positivada no Código de Napoleão⁶⁹³, exerceu grande influência sobre as codificações que se seguiram, como o Código Civil brasileiro de 1916. Porém, com o passar do tempo a realidade social decorrente deste pensamento acabou provocando um declínio do dogma da autonomia da vontade, inicialmente com a intervenção do Estado na fixação do conteúdo das cláusulas contratuais, proporcionando a relativização da liberdade contratual.

Em seguida, pela presença de um Estado intervencionista, entende-se o contrato como um negócio jurídico caracterizado por uma função social, no bojo do qual devem prevalecer o equilíbrio econômico, a tutela da confiança e o respeito à pessoa humana, tudo com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da

⁶⁸⁹ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 85.

⁶⁹⁰ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 60.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 53-54.

⁶⁹³ Menciona Wolkmer que, “certamente o individualismo jurídico, que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Os excessos do

solidariedade social. Esses momentos, conseqüentemente, alteraram o modo de o direito disciplinar o contrato, como se passa a expor.

3.2.1 A relativização da liberdade contratual

Como já mencionado, o Estado, à luz do individualismo e do liberalismo econômico, construiu uma teoria jurídica assentada sobre o dogma da autonomia da vontade. Com base na igualdade e na liberdade, edificou a figura do sujeito de direito, concebendo-o de forma abstrata⁶⁹⁴ e assegurando-lhe direitos e obrigações na lei civil. Esse sujeito tinha a faculdade de celebrar contratos com outros sujeitos, eis que teoricamente iguais e livres. Instalou-se, assim, o reino da liberdade contratual.

Entretanto, essa liberdade contratual, sustentada pelo absentismo do Estado e pela igualdade dos sujeitos de direito prevista em lei, passou a ser fonte de injustiça social.⁶⁹⁵ De fato, percebeu-se que não bastava somente o direito proclamar a igualdade de modo formal e abstrato; era necessário concretizá-la no mundo da vida.

A política do *laissez faire, laissez passer*, apoiada na liberdade contratual garantida por lei, tornou-se palco de abusos, visto que os fracos eram explorados pelos fortes em convenções “injustas ou socialmente graves ou perigosas” e tinham a obrigação de cumpri-las em virtude da força obrigatória dos pactos.⁶⁹⁶

liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das novas necessidades materiais da vida social burguesa.” WOLKMER, *História do direito no Brasil*, p. 29.

⁶⁹⁴ Menciona Aguiar que “a abstração leva à diminuição da sensibilidade com o outro, o que facilita as grandes opressões, os massacres, o abandono, e o encontro de justificativas para essas medidas.” *Alteridade e rede no direito*, p. 24.

⁶⁹⁵ Refere Silva Filho que “o grande erro cometido pela dogmatização da autonomia da vontade é tê-la como um fim em si mesma, esquecendo-se do papel que exerce no contexto socioeconômico em que está inserida. Assim como a dinâmica econômica livre do sistema capitalista não leva, necessariamente, a uma satisfação das necessidades de todos os membros da sociedade, a liberdade e o respeito da vontade individual não trazem em si a garantia de justiça. É óbvio que a autonomia da vontade possui uma importância moral na sociedade ocidental, a par de sua função econômica. Mas a partir do momento em que se busca atingir o interesse da coletividade, é preciso que se deixem as coisas claras. Isto é, que se reconheça o real papel que o contrato e a propriedade assumem diante deste objetivo e direcioná-los para esta finalidade.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p.181.

⁶⁹⁶ GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 739.

Como exemplos dessa situação de dominação têm-se as seguintes relações contratuais⁶⁹⁷: entre vendedores e compradores⁶⁹⁸, em que os primeiros, sob a égide da lei da oferta e da procura, ditavam as regras de mercado, cabendo aos segundos sujeitar-se às condições expostas, bem como pagar altíssimos preços por bens indispensáveis à sobrevivência; entre patrões e empregados⁶⁹⁹, com estes sendo oprimidos e forçados a aceitar “contrato imposto”, sem qualquer respeito a sua dignidade, com condições e jornadas de trabalho desumanas; entre senhoris e inquilinos, com os últimos vendo-se obrigados a acatar cláusulas abusivas que feriam a comutatividade do pacto, como também a dignidade de possuir uma moradia.

As situações de opressão e dominação econômica exemplificadas foram objeto de conflitos sociais⁷⁰⁰ e luta contra a intocável autonomia da vontade, visto que se desprezava a condição de ser humano do sujeito de direito, esquecendo-se que, mais do que uma criação da lei, uma pessoa que precisa ter sua dignidade respeitada e protegida. Da mesma forma, essas injustiças foram motivo de manifestação por parte de doutrinadores socialistas, que as denunciaram.⁷⁰¹

Esses fatos demonstraram que o princípio da liberdade contratual escondia a realidade e, com fulcro na igualdade formal, somente alimentava os interesses burgueses⁷⁰²,

⁶⁹⁷ Ibid., p. 739.

⁶⁹⁸ Exemplificando as injustiças sociais oriundas da liberdade contratual, “pense-se no produtor de bens ou serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que ele lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar da determinação do conteúdo do contrato: “pegar ou largar”.” ROPPO, *O contrato*, p. 38.

⁶⁹⁹ Retratando a situação de dominação entre patrão e operário, Roppo ilustra que “o empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres – num plano formal – de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente [...] que o segundo, se não quiser renunciar o trabalho e, conseqüentemente, à sua própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências ‘limitativas da liberdade contratual’) todas as condições, até as mais iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro: por hipótese, um horário de trabalho demasiado gravoso, condições ambientais nocivas para a saúde, um salário demasiado baixo, o seu parcial pagamento [...]” ROPPO, *O contrato*, p. 38.

⁷⁰⁰ Ressalta-se que “conflitos sociais surgiram um pouco por todo o lado: 1848 (França, Alemanha, Áustria e Itália), 1862-1864 (primeira Internacional), 1871 (Comuna) 1886 (Bélgica), etc. Estas datas constituem outros tantos marcos da luta contra a teoria da autonomia da vontade.” GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 739.

⁷⁰¹ Os abusos cometidos à luz da liberdade contratual foram denunciados por pensadores socialistas, que lutavam contra a opressão dos fracos, como Comte, Saint-Simon e Marx. Ibid., p. 739.

⁷⁰² A doutrina ideológica do capitalismo pregava “que a liberdade de contratar assegura também a ‘justiça’ de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder [...] gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.” Porém convém salientar que a ideologia capitalista que envolveu a liberdade contratual caracterizava-se por possuir elementos de dissimulação e deturpação da

tanto nas relações de grupo como naquelas dos indivíduos isolados.⁷⁰³ A diferença das condições econômicas e sociais entre os contratantes refletia “uma disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*”.⁷⁰⁴

Coube ao Estado, na condição de interventor⁷⁰⁵, reduzir a autonomia das partes e determinar os tipos contratuais que sofreriam a “incidência de normas cogentes”. Essa intervenção buscava concretizar a igualdade substancial⁷⁰⁶ entre os contratantes; assim, por meio da mão estatal, a parte hipossuficiente da relação foi protegida pelo escudo das normas que limitavam a liberdade de fixar o conteúdo das cláusulas contratuais.⁷⁰⁷ Esse momento histórico pode ser retratado pela famosa afirmação de Lacordaire de que “entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.⁷⁰⁸

realidade, “mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da ‘máscara’ da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do *laissez-faire* contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem.” ROPPO, *op.cit.*, p. 37.

⁷⁰³ Conforme Gilissen a dominação dos mais fortes provocada pelo dogma da autonomia da vontade “não se constata apenas no direito social e nas relações de grupo: mesmo o indivíduo isolado vê a sua liberdade cada vez mais limitada. Assim, no domínio dos seguros, o indivíduo que deseje contratar vê impor-se-lhe o chamado contrato de adesão, o qual lhe será quase impossível discutir: as companhias de seguros estabeleceram convenções-tipo em relação às quais o segurado apenas tem que pegar ou largar. E mesmo esta liberdade de não se segurar desapareceu, em parte: citemos, por exemplo, o seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automóveis e o seguro de doença-invalidade (na Bélgica).” *Introdução histórica ao direito*, p. 739.

⁷⁰⁴ ROPPO, *O contrato*, p. 38.

⁷⁰⁵ O Estado Social, ou *Welfare State* assimilou “novas idéias de conformação e novos interesses, notadamente de parte das classes operárias densificadas por ocasião da Revolução Industrial e da expansão dos núcleos urbanos, que, diante das graves desigualdades verificadas na realidade social, passam a exigir novas atuações de parte do Estado, fazendo com que se inaugure uma pretensão material de igualdade, em substituição à mera igualdade formal, típica do liberalismo. Trata-se, portanto, de uma tentativa de se conferir ao Estado de Direito uma conotação de conteúdo mais econômico e social, sem, contudo, se renunciar à sua forma, que somente deveria assimilar novas realidades e ser operacionalizada, agora, no sentido de uma democracia social.” HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Estado de Direito. In: *Dicionário de filosofia do direito*. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar/ Unisinos, 2006. p.291.

⁷⁰⁶ Explica Bodin de Moraes que “a igualdade apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 86.

⁷⁰⁷ Lôbo ao tratar dos tipos contratuais que sofreram a incidência de normas cogentes para limitar a liberdade das partes, traz como exemplos os contratos de trabalho, inquilinato, seguros, condomínio de edifícios, direitos autorais e promessa de compra e venda. LÔBO, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 11.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

Esmorecendo a concepção absoluta de igualdade formal entre as partes, mostrou-se que tal assertiva era utópica. Na realidade, o liberalismo favorecia apenas os mais fortes economicamente, levando a que estivessem em posição superior para contratar, gerando cláusulas abusivas nos contratos. O pobre, ou seja, o excluído do acesso aos bens e ao conhecimento, jamais seria materialmente igual ao rico, ao incluído.⁷⁰⁹ Portanto, fazia-se necessária uma intervenção maior do Estado para restringir a autonomia da vontade, com o fito de proteger os fracos e promover a igualdade substancial. Tudo isso promoveu a alteração da concepção clássica do contrato.

Assim, com o aparecimento do capitalismo de grupo⁷¹⁰ e após a Primeira Guerra Mundial⁷¹¹, a realidade social foi alterada, ocorrendo a decadência do voluntarismo e aumentando a necessidade de novas regras para promover a estabilidade social. Nesse período surgiu o “dirigismo contratual”, que é “uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do direito público no direito privado pela interferência estatal na liberdade de contratar.”⁷¹²

O Estado ampliou o estabelecimento de regras que limitavam a autonomia da vontade em certos contratos, como forma de reprimir abusos, por meio de cláusulas contratuais que causassem onerosidade excessiva, desequilíbrio, ou deixassem ao arbítrio de uma só das partes a manifestação de vontade e elaboração. A sanção legal às cláusulas leoninas e às condições meramente potestativas representou os primeiros passos para combater as cláusulas contratuais abusivas.

⁷⁰⁹ Assevera Silva Filho “ que a igualdade formal dos sujeitos de direito acabava ocultando e favorecendo uma indesejável desigualdade entre os membros da sociedade, o que se revelou cristalino em relação à dinâmica econômica, pois somente aqueles que detinham riquezas, especialmente a propriedade de terras, poderiam livremente usufruir de toda a autonomia reservada pelo direito privado aos indivíduos da sociedade[...]”SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 174.

⁷¹⁰ Afirma Fonseca que “os economistas colocam entre os anos 1850 e 1880 o surgimento de um novo tipo de capitalismo (o capitalismo de grupo, ou oligopolístico, ou simplesmente “o novo estado industrial”) ou do verdadeiro capitalismo (a sociedade anterior sendo reconhecida como pré-industrial) (Droit économique, 1982, p.141)”. *Cláusulas abusivas*, p. 53.

⁷¹¹ Segundo Ferreira da Silva, “é só com o advento de crises sociais de maior impacto e com significativas mudanças no desenvolvimento econômico da sociedade moderna que começa a ruir a estrutura dogmática até aqui exposta e na qual se exaltava a vontade individual. Estas modificações farão com que o conceito nuclear de autonomia da vontade comece a esmorecer, ainda que continue um dos princípios basilares do ordenamento jurídico”. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 28.

⁷¹² NÉRY JÚNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto., p. 347.

Mediante essa forma intervencionista, o Estado Social⁷¹³ promoveu a socialização do direito privado traçando regras de ingerência sobre interesses privados. Tal fato trouxe como consequência o fenômeno da publicização do direito privado⁷¹⁴, ou seja, promoveu a “limitação da autonomia da vontade, em especial da liberdade dos particulares em regular relações jurídicas coordenativas e em dispor de sua propriedade, tendo em vista o interesse da coletividade.”⁷¹⁵

Após, com o crescimento da sociedade de consumo⁷¹⁶, houve a necessidade de facilitar as vendas e simplificar as negociações entre as partes, fato que fez nascer o *contrato de consumo* e a *figura do consumidor*. Ressalta-se também o surgimento das *condições gerais dos negócios*⁷¹⁷, isto é, de instrumentos de contratação em massa, via formulários padronizados, com cláusulas preestabelecidas por um contratante, inexistindo discussão de cada detalhe do contrato, tudo com o fito de agilizar o tráfico econômico. O consumidor vê-se, então, obrigado a aceitar o conteúdo do contrato sem a possibilidade de diálogo, e mais, em alguns casos, tem de contratar sem sequer poder escolher o outro contratante.

⁷¹³Explica HENNIG LEAL que “o que se transforma, portanto, na passagem para o Estado Social, é o conteúdo de que se reveste o Estado, pois a forma do Estado de Direito não é abandonada, nem mesmo substituída. Para dar conta dessas novas demandas, porém, passa-se a exigir do Estado uma atuação mais positiva e ativa no sentido de garantia dos direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos, tais como educação, saúde e trabalho, dentre outros. Assim, a postura neutra e ausente do Estado no modelo liberal é substituída por um caráter interventivo, que não encontra mais na figura da lei exclusivamente limites para sua atuação, mas também imposições de atuação e de realização. Neste processo, opera-se, igualmente, uma reaproximação entre as esferas pública e privada, num processo que se poderia denominar, concomitante e reciprocamente, como sendo de *estatização da sociedade e de socialização do Estado*. Isso porque volta a ser atribuída ao espaço público e à Administração [...] uma função relevante com relação à sociedade e ao indivíduo; público e privado não se opõem, mas se interligam entre si. Todas essas transformações, entretanto, se dão sob a égide da lei, que apenas passa a receber uma conotação política mais destacada.” *Estado de Direito*, p. 291.

⁷¹⁴ Menciona Silva Filho que atualmente o sentido da expressão publicização do direito privado deu lugar à noção de constitucionalização do direito privado. SILVA FILHO, *Transformações jurídicas nas relações privadas*, p.192.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p.192.

⁷¹⁶ Refere Marques, com base na lição de Bauman, que atualmente, após “a passagem da revolução industrial e sua ética de trabalho (fordismo) ao momento pós-industrial (pós fordismo e sua terceirização)” a figura do trabalhador teria sido substituída pelo de consumidor. Para este “os projetos de vida seriam construídos com base nas eleições de consumo e não mais ao redor do trabalho, das capacidades profissionais e da disponibilidade de empregos. Assim, se antes ser ‘pobre’ era não ter trabalho ou não conseguir o salário almejado, agora ser ‘pobre’ é estar alijado do consumo que deseja ou é estar excluído do consumo.” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 197.

⁷¹⁷ No dizer de Fradera, as condições gerais dos negócios representam uma técnica, “uma *contenção da liberdade de contratar*, muito utilizada nos dias atuais, traduzida na regulamentação do contrato por disposições minuciosas, limitando-se as partes a transcrevê-las sob a forma de cláusulas. O contrato é então regulamentado em seu conjunto, sem passar pela fase das negociações preliminares, que visam discutir o conteúdo do contrato”. FRADERA, Vera Jacob de. *Tratamento das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor*, trabalho apresentado no Congresso Internacional de Daños, realizado em Buenos Aires, em 28.04.00.

As condições gerais dos contratos⁷¹⁸ são resultado da transição de uma economia fundamentada na concorrência para um sistema de monopólio ou oligopólio, seja particular ou público, como também pela “massificação das relações sociais”. Assim, as causas que justificam o nascimento desta figura são: o aumento da população mundial; o crescimento da urbanização; o avanço de grandes estruturas empresariais, com a conseqüente concentração de capital; o consumo massificado; a publicidade que instiga o consumo; a modernização das empresas para racionalizar e reduzir riscos; o uso da tecnologia informatizada; a diferença entre o grande fornecedor e o consumidor, que gera uma flagrante hipossuficiência; a impossibilidade da negociação individual de cada contrato e também o progresso da consciência jurídica de proteger o consumidor. A conseqüência dessas condições gerais expressa-se pela “uniformização” das cláusulas contratuais.⁷¹⁹

Diante da multiplicação das condições gerais dos negócios, ou também denominados contratos de adesão, verificou-se a crescente presença de cláusulas desfavoráveis a uma das partes, com disposições que atentavam contra a boa-fé, previam perda de prestações pagas, feriam a equidade da relação e outras, acarretando que o consumidor sempre estivesse em desvantagem. Essa implementação das relações contratuais mostrou, na prática, que um contratante precisava ser protegido contra abusos do outro com superior condição econômica.

Diante dessa realidade, primeiramente, o Judiciário promoveu o controle das cláusulas contratuais e, após, as legislações ocidentais, em especial por meio das Cartas Constitucionais⁷²⁰ que marcaram a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, trataram de estabelecer limites ao fenômeno da massificação, buscando proteger o contratante vulnerável e hipossuficiente, em especial contra as cláusulas abusivas.

Nesse sentido, cumpre frisar que o Estado Democrático de Direito promoveu a constitucionalização do direito civil, momento em que a Constituição Federal irradiou seus efeitos sobre o ordenamento civil. Tal fato provocou mudança de paradigma na esfera

⁷¹⁸ Refere Lôbo que “as primeiras manifestações das condições gerais se deram no âmbito dos contratos de transporte ferroviário e de seguros. A partir daí assumiram proporções tais que chegaram a corresponder a mais de 99% de todos os contratos atualmente concluídos nos Estados Unidos.” *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 13-14.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 12-13.

⁷²⁰ No Brasil, a Constituição Federal estabeleceu a defesa do consumidor no artigo 170, inciso V. Após foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que criou um microsistema para regular as relações de consumo.

contratual, em face de a dignidade da pessoa humana ser alçada ao valor maior do sistema, resultando na repersonalização do contrato. Houve a objetivação da relação contratual com base na confiança e o conceito de contrato passou a ser estruturado sobre a autonomia da vontade relativizada, à qual foram adicionadas as noções de eticidade, equilíbrio econômico e função social.

3.2.2 A eticização e a socialização do instituto contratual

Atualmente, o contrato deixou de ser considerado como a expressão máxima da autonomia da vontade e da força obrigatória e passou a representar uma possibilidade de mobilizar riquezas, centrada no espírito de justiça, do bem social e da tutela da confiança.

O motivo dessa mudança reside no fundamento do Estado Democrático de Direito estruturado na Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Tal valor mostra que o direito contratual não pode estar alheio ao projeto social previsto na ordem jurídica e, por isso, na ótica civil-constitucional, passaram a existir novos contornos à noção de contrato, que pode ser entendido como “um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”.⁷²¹

Essa constitucionalização do direito contratual trouxe um novo viés ao princípio da autonomia da vontade, que foi mitigado pela função social do contrato, equilíbrio econômico e pelo princípio da boa-fé objetiva. Essas transformações revelam a repersonalização do contrato, isto é, que “a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial”.⁷²² Tal fenômeno demonstra a tendência de socialização da teoria contratual⁷²³, bem como de sua eticização, por meio da tutela da confiança, devendo ser interpretado

⁷²¹ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 107.

⁷²² PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 33. Refere o autor que com o fenômeno da despatrimonialização “não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência [...] concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.”Ibid., p. 33.

⁷²³ Marques refere que a “nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 101.

com base numa nova matriz hermenêutica, distante do senso comum teórico e de fórmulas subsuntivo-dedutivas.

A sociedade atual busca, por meio do vínculo obrigacional, um processo de cooperação entre as partes⁷²⁴, que, além de satisfazer aos deveres principais, ainda seja fonte criadora de obrigações anexas, decorrentes do princípio da boa-fé. No dizer de Couto e Silva⁷²⁵,

sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um composto de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de “orgânico”, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um destes direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que mesmo adimplindo o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente.

Assim, os dogmas jurídicos sobre os quais se estruturou o contrato por longos anos no sistema liberal, quais sejam, a autonomia da vontade, a força obrigatória (*pacta sunt servanda*), a liberdade de contratação e a igualdade entre as partes, foram se relativizando e abrindo espaço para um ordenamento jurídico que se encaixe à nova realidade fática. O direito tem o dever de se adaptar às necessidades sociais, de modo que a relação obrigacional seja vista como um processo e a autonomia da vontade seja vinculada à utilidade, à justiça contratual⁷²⁶ e à tutela da confiança.

É importante destacar que a sociedade de consumo e a relevância das relações contratuais do mundo contemporâneo conduziram a que o contrato se tornasse o centro da

⁷²⁴ No direito contratual contemporâneo “se privilegia el espíritu de colaboración entre las partes; una suerte de *affectio contractus* o voluntad de cooperar para lograr el éxito de una obra común, que implica el cuidado del mantenimiento del vínculo contractual y de su ejecución de buena fe. A partir de ahora podrán sancionarse aquellos comportamientos que sean desleales y la voluntad abusiva de ocultarse tras la letra para sustraerse a la obligación de renegociar el contrato que se ha convertido em insoportable para el deudor.” OST, François. *Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico*. In: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 610.

⁷²⁵ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 9.

⁷²⁶ A justiça contratual delimita o que é justo e prova que o contrato não é apenas um acordo de vontades. Demonstra que o pacto não serve para provocar desigualdade e desequilíbrio entre as partes. A justiça contratual está fundada na idéia de igualdade e equilíbrio entre os contratantes.

vida dos negócios.⁷²⁷ A versão clássica⁷²⁸ das relações obrigacionais foi se transformando e dando um novo enfoque ao contrato, centrando sua idéia na finalidade de adimplemento da obrigação. Nesse sentido, com respeito à dignidade da pessoa humana, o contrato tem de ser entendido do ângulo da totalidade, como fonte geradora de direitos e deveres recíprocos aos envolvidos na relação obrigacional⁷²⁹.

Em síntese, o contrato deixou de ser apenas a expressão máxima da vontade⁷³⁰ e hoje representa um meio de solidariedade, visto que a autonomia da vontade é apenas um de seus elementos. Com isso, o poder de contratar do sujeito de direito foi atingido pela funcionalização do direito⁷³¹, momento em que a relação contratual deve manter o equilíbrio econômico⁷³², como também configurar uma relação ética, que promova a tutela

⁷²⁷ Retrata Lôbo a importância do contrato na vida da pessoa, mencionado que ele “jurisdiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água.” LÔBO, *Transformações gerais do contrato*, p. 103.

⁷²⁸ Adverte Fachin que o “viés tradicional tem importância, posto que transmite ordem de conceitos destinada a solver, de antemão, os problemas fundamentais, e, desse modo, propõe a criar corações e mentes aptos a compreender o Direito Civil. Porém, essa via pode ser falaciosa. De um lado, porque aprisiona a realidade aos conceitos; de outro porque reduz o Direito Civil às questões de esgrima positivista, de habilidade no decifrar axiomas e na escolha do que está, previamente, eleito.” FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 82.

⁷²⁹ “A obrigação vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, bem assim, como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”. COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 10.

⁷³⁰ “A moderna noção de autonomia da vontade implica que se a veja como um poder-função. Ou seja, deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários, que se impõem à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual.” FERREIRA DA SILVA, *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, p. 31.

⁷³¹ Atualmente, admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo *mito jusnaturalista* que a recobria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* da realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.” MARTINS-COSTA, *O direito privado como um “sistema em construção”*, p. 145.

⁷³² Explica Noronha que “todo contrato pressupõe um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à economia do negócio, que sem elas ficaria descaracterizado. Quando a relação inicial de equivalência objetiva entre prestação e contraprestação venha a desaparecer, em consequência da alteração daquelas circunstâncias indispensáveis à economia do negócio, é absolutamente justificado, tanto à luz do princípio da justiça contratual como da boa-fé (ambos atuando aqui no mesmo sentido), que se proceda à sua revisão, com reequilíbrio das prestações ou, quando tal não for possível, com resolução do próprio contrato.” *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, p. 238.

da confiança⁷³³ dos contratantes. Assim, com base no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, surgem as qualidades da socialização e da eticização da teoria contratual.

Para compreender essa nova realidade que envolve as diretrizes da eticização e da socialização dos contratos, mister se faz a análise dos princípios embaixadores da relação contratual na atualidade. Para tanto, ressaltam-se os princípios da autonomia privada, da função social, do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva, os quais se passa a expor.

Inicia-se pelo princípio da autonomia privada⁷³⁴ salientando que seu conteúdo varia conforme o contexto histórico em que está inserido. Observa-se que no Estado Liberal de

⁷³³ A eticidade revela-se pela proteção da confiança entre os contratantes, que por sua vez encontra fundamento na boa-fé objetiva. Assim, “a boa-fé objetiva atua como eixo comum de diversas teorias que vêm difundindo seja na formulação de critérios de interpretação-integração do contrato, seja para impor a criação de deveres no contexto da relação contratual, ou para limitar o exercício de direitos. Em comum, as diversas ramificações da boa-fé têm um sentido e um fim éticos, segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato.” NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 130.

⁷³⁴ A doutrina não chegou a um consenso sobre a noção das expressões autonomia da vontade e autonomia privada. Referem os autores neste sentido: SILVA diferencia explicando que, “a autonomia da *vontade* relaciona-se ao agir livre do sujeito, ligando-se à vontade interna, psíquica. É a manifestação de vontade livre. Já a autonomia *privada* é o poder de criar normas para si.” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo código civil*. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 103; MARTINS-COSTA sustenta que “a expressão ‘autonomia da vontade’ não deve ser confundida como conceito de ‘autonomia privada’ nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a ‘autonomia negocial’. ‘Autonomia da vontade’ designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, [...]. Modernamente, contudo, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como ‘autonomia privada’ (dita, no campo dos negócios, ‘autonomia negocial’), seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado.” MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 614-615; NORONHA menciona que “o princípio da autonomia da vontade estava em perfeita sintonia com o liberalismo econômico, tão bem sintetizado na fórmula *laissez faire, laissez passer* [...] foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*.” *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113; AMARAL NETO explica que “a autonomia privada surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica*: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Direito Civil, n. 46, p. 10.

Direito⁷³⁵ a autonomia da vontade alcançou o seu auge, pois vigorava o liberalismo individualista, pelo qual havia a liberdade para contratar; o que predominava era o indivíduo, e a ordem jurídica era posta pelo poder político e devia reconhecer o conteúdo jurídico do liberalismo, ou seja, as liberdades negativas e direitos fundamentais de primeira geração. Menciona Negreiros⁷³⁶ que, nessa época,

a autonomia da vontade expressa na liberdade de contratar, apresentava-se, então, como a feição jurídica do liberalismo econômico e político, sendo concebido como poder do indivíduo de produzir efeitos jurídicos sem intervenção de agentes externos, notadamente o Estado. [...] a conceituação do contrato como “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos é representativa desta configuração da autonomia privada [...].

Nesse período apareceram os princípios tradicionais do direito contratual que se fundamentam na autonomia da vontade, quais sejam: o princípio da liberdade contratual (os contratantes têm plena liberdade de escolher o tipo contratual e o conteúdo de suas cláusulas, somente restando subordinados aos limites da lei); o princípio da obrigatoriedade dos pactos (os contratos devem ser cumpridos porque vinculam, fazendo lei entre as partes); o princípio da relatividade dos efeitos contratuais (o pacto não atinge terceiros, vinculando apenas as partes).⁷³⁷

Num segundo momento, a industrialização produziu uma nova classe social, o proletariado, que queria transformar suas conquistas políticas em jurídicas; assim, passou a existir o Estado Social de Direito, com caráter interventor e conteúdo social, havendo a promoção da atuação estatal e o aparecimento dos direitos fundamentais de segunda

⁷³⁵ Conforme Silva Filho, “no plano econômico, a prevalência da autonomia da vontade individual será a pedra basilar do modo de produção capitalista, em contraposição à atitude servil dos indivíduos sob o domínio do senhor feudal no modo de produção anterior. A idéia de mercado exigia autonomia e liberdade dos sujeitos, para que estes, mediante sua própria vontade, ingressassem no mecanismo de compra, venda, produção de mercadorias e capital e aquisição e transferência ou perda da propriedade. Somente esta liberdade poderia assegurar a livre produção e circulação de riquezas. A partir deste contexto, não é difícil compreender o porquê da idéia de *Estado mínimo*. O Estado não deve interferir na dinâmica econômica da sociedade, devendo apenas garantir o cumprimento das regras do jogo.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p.242.

⁷³⁶ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p.193-195.

⁷³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista de Direito Civil*, n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1998, p. 115.

geração. Neste período, a autonomia privada quase desapareceu em face da grande intervenção do Estado na economia e, conseqüentemente, nos contratos.⁷³⁸

Após, na segunda metade do século XX, surgiu o Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é a igualdade. A lei apareceu como instrumento de transformação da sociedade, não só atrelada à sanção ou à promoção, mas, sim, à solidariedade. O fim pretendido era a reestruturação das relações sociais, predominando a comunidade. No plano econômico, o contrato tornou-se um importante instrumento de circulação de riquezas⁷³⁹, reacendendo a importância da autonomia privada, porém nos limites dos bons costumes e da ordem pública, bem como moldando-se aos princípios da função social e da boa-fé objetiva⁷⁴⁰.

Dessa maneira, a autonomia privada surgiu como um poder reconhecido aos particulares de escolherem os limites traçados pela ordem jurídica, a disciplina de suas próprias relações. Assim, designa um espaço de auto-regulamentação dos interesses privados, ou seja, “o poder dos privados de autonomamente governarem seus destinos, fazendo tal governo com força e tutela jurídica”⁷⁴¹. Logo, o contrato não é um ato de vontade, mas um ato social que recebe eficácia vinculativa da ordem jurídica.

Atualmente, a autonomia privada⁷⁴² encontra seu âmbito e alcance na Constituição Federal, nos artigos 1º, III, e 170, isto é, está ligada diretamente à dignidade da pessoa humana e à livre iniciativa, e se constitui num dos fundamentos da ordem econômica

⁷³⁸ Refere Silva que “não foi por acaso que muitos autores sustentaram, direta ou indiretamente, a extinção da autonomia privada. Se essa morte não ocorreu, é por outro lado inegável que o espaço de decisão livre do sujeito foi, sem dúvida, fortemente minorado.” SILVA, *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*, p. 105.

⁷³⁹ Salienta-se o crescimento do comércio e surgimento das relações de consumo massificadas. Nesse sentido, assevera Martins-Costa que “em percuciente trabalho delineou Luis Diez-Picazo justamente este quadro: “não basta o fenômeno externo da aglomeração ou das multidões para que se possa falar de *massas* ou de *sociedade de massas*. De algum modo, o fato característico, ainda que constitua uma redundância, é que a sociedade não é de pessoas, mas de massas. As massas se pensam como *conjuntos humanos*, nos quais o homem se integra como um ser anônimo e despersonalizado.” *Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro*, p.136.

⁷⁴⁰ Conforme Silva, “a incidência dos princípios constitucionais funcionaliza o conceito, vale dizer, a própria compreensão genética da autonomia privada. Por sua vez, os chamados “limites” à autonomia privada ou funcionalizam o exercício desse poder jurídico ou o exclui, no caso concreto.” SILVA, *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*, p. 106.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p.102.

⁷⁴² Menciona Amaral Neto que a autonomia privada deve direcionar-se à idéia de justiça. “A idéia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, e distributiva, entre os elementos da comunidade, aparece, agora com nova perspectiva, a justiça social. Resultante da conexão entre consciência moral e consciência social, exige que a ordem jurídica se mantenha ligada à ordem moral, superando-se com isso o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, corrigindo-se os excessos da autonomia da

brasileira. Aduz Perlingieri⁷⁴³ que “a autonomia não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais”.

Assim, o contrato representa um acordo de vontades, o qual passou a ser visto como um processo que cria um vínculo obrigacional decorrente da autonomia privada, trazendo um resultado jurídico da ação dos agentes, à luz de novos princípios⁷⁴⁴ - da função social, equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva - , que, por sua vez, são responsáveis pela socialização e eticização da teoria contratual.

Nessa linha, a socialização revela a função social das relações contratuais, comprovando que os pactos não têm apenas um viés individualista, mas, sim, a função⁷⁴⁵ de instrumentalizar a circulação de riquezas de uma determinada sociedade. Representa, assim, princípio basilar dos contratos, bem como faz parte de sua conceituação.

O referido princípio advém do movimento da funcionalização do direito subjetivo, que era tido como o poder da vontade e, agora, confere poderes aos titulares em vista de uma finalidade. No dizer de Fachin⁷⁴⁶, “essa funcionalização, portanto, é uma operação de redução da amplitude dos poderes do titular”. A funcionalização demonstra que o ordenamento jurídico e seus institutos têm um fim a cumprir. Existe, portanto, uma relação de dependência entre o reconhecimento do jurídico do instituto e o cumprimento da função.⁷⁴⁷

O princípio da função social do contrato encontra respaldo nos artigos 1º, incisos III e IV, 3º, inciso I, e 170 da Constituição Federal, bem como se apresenta, de forma expressa, no artigo 421 do Código Civil. Nesse sentido, Silva⁷⁴⁸ traz um perfil conceitual dizendo que a função social impõe que se observem as “conseqüências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades

vontade dos primórdios do liberalismo. AMARAL NETO, *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*, p.23.

⁷⁴³PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, p. 277.

⁷⁴⁴ Refere Azevedo que “estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem”, mostrando que aos princípios da liberdade contratual, força obrigatória e relatividade dos efeitos, decorrentes da autonomia da vontade, adicionam-se aqueles nascidos da nova realidade contratual, quais sejam: a função social, o equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva. AZEVEDO, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado...*, p. 115-116.

⁷⁴⁵ Função representa o poder existente em vista de uma finalidade.

⁷⁴⁶ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 208.

⁷⁴⁷ FERREIRA DA SILVA, *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*, p. 134.

individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.”

A socialização do instituto contratual tem por intuito “integrar os contratos numa ordem social harmônica”, pois a pessoa humana não vive isolada e alheia aos demais semelhantes; ao contrário, precisa de uma comunidade para desenvolver-se. Com isso, os pactos têm relevância na sociedade, não sendo permitido que as convenções prejudiquem a coletividade ou determinadas pessoas. O contrato e seus efeitos não podem ser entendidos como um “átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”.⁷⁴⁹

A função social do contrato abranda o dogma da autonomia da vontade, socializando a teoria contratual⁷⁵⁰, visto que a vontade perde espaço perante o interesse social. Logo, o contrato retrata a constituição econômica da sociedade, representando, por isso, interesse social.⁷⁵¹ O contrato extrapola o campo particular e reflete seus efeitos no social, tendo como “função primordial instrumentalizar a circulação da riqueza, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro.”⁷⁵²

Assim, funcionalizar o contrato é “uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social⁷⁵³. E acaba por reconhecer a inserção do contrato no mundo econômico percebendo seu valor além da intenção volitiva das partes envolvidas.”⁷⁵⁴ O contrato cumprirá sua função social quando for instrumento de circulação

⁷⁴⁸ SILVA, *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*, p.112.

⁷⁴⁹ AZEVEDO, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado...*, p. 116.

⁷⁵⁰ Defende Marques que “ o direito desenvolve, assim, uma *teoria contratual “com função social”*, [...] isto é, o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.[...] Esta parece ser a fase do direito atual, pois superado o ceticismo quanto ao declínio do pensamento sistemático, a infalível descodificação, evoluímos para considerar a realidade positiva função do pensamento tópico e da re-etização do direito.” MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 178.

⁷⁵¹ Relata Ferreira da Silva que “em uma sociedade economicamente massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados. Assim, a inadimplência de um grupo de consumidores [...] acarretará a inadimplência do lojista com seu fornecedor que, por sua vez, poderá repercutir na relação deste com aquele que lhe alcança a matéria-prima e deste, por sua vez, com quem financia e assim sucessivamente.” *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*, p. 132.

⁷⁵² MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 158.

⁷⁵³ O princípio da solidariedade encontra-se expresso no art 3º da Constituição Federal, quando da fixação dos objetivos fundamentais da República. “Art. 3º [...] I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

⁷⁵⁴ FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 148.

de riqueza, fazendo trocas justas e úteis⁷⁵⁵, bem como mantendo a utilidade e a justiça do negócio jurídico.

É importante destacar que a função social atenua a idéia de relatividade dos efeitos do contrato, revelando que a obrigação contratual “é um elo da cadeia econômica” e possui a finalidade de realizar trocas justas, cujas suas conseqüências se refletirão numa órbita coletiva. Portanto, a utilidade do contrato ultrapassa os interesses individuais dos contratantes e alonga-se perante terceiros⁷⁵⁶, ou seja, há possibilidade de oponibilidade do contrato contra terceiros impondo-lhes obrigações.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Verifica-se no julgado que segue a determinação da revisão do contrato à luz do Código Civil, adequando o índice de correção monetária, para que o pacto represente uma troca justa. “APELAÇÃO CÍVEL. RESERVA DE DOMÍNIO. CONTRATO ENTRE PARTICULARES. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE DE REVISÃO ANTE AS NORMAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE INDEXAÇÃO PELO DÓLAR AMERICANO. PREQUESTIONAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. A relação entabulada entre os litigantes não é classificada como de consumo, posto que o contrato foi celebrado entre particulares. Embora o Autor seja pessoa jurídica, ele se ocupa do ramo de ar condicionado, sendo que o veículo vendido pelo mesmo não pode ser considerado produto e nem ele fornecedor na relação entabulada entre as partes, portanto incide ao caso as regras do ordenamento civil. 2. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO. Necessidade de adequação do contrato para cumprir a **função social do contrato**. 3. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. Afastada a vinculação das prestações à variação cambial (dólar norte-americano) para adotar o IGP-M. 4. PREQUESTIONAMENTO. Não há obrigatoriedade do julgador em responder os argumentos levantados pelas partes, mormente quanto tenha esposado motivo suficiente para fundar a decisão. Precedentes jurisprudenciais. 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Revertidos e redimensionados. Disposição de ofício. APELO DA MEGGATON MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA DESPROVIDO. APELO DE ERMAQ PEÇAS E ACESSÓRIOS E LUIZ EVANIR LAUTHART ME PROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70014797484, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dorval Bráulio Marques, Julgado em 14/12/2006) - grifo nosso.

⁷⁵⁶ Azevedo evidencia o princípio da função social analisando a responsabilidade de terceiro, que com sua ação contribui para o inadimplemento de um contrato de distribuição de combustíveis. Relata que existem postos que se vinculam a uma distribuidora e outros que não se vinculam sendo os “postos bandeira branca”. Contudo, um posto ligado a uma distribuidora, com obrigação de adquirir combustível com exclusividade, passou a comprá-lo de outras distribuidoras. Assevera Azevedo que a distribuidora prejudicada poderia entrar com uma ação judicial contra as demais, alegando que elas não poderiam prejudicar o contrato existente. Ressalta-se que, mesmo que o contrato seja entre o posto de combustível e a distribuidora prejudicada, as demais poderão figurar no pólo passivo da demanda, com base no princípio da função social. Refere o autor que “idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); [...] O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito à partes do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social.” Segue o doutrinador dizendo que “o antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou re-lido conforme a Constituição.” Conclui que “as distribuidoras que vendem combustíveis a postos ‘Oil’, quebrando a exclusividade contratualmente assegurada, estão, pois, a cometer ato ilícito[...]; são elas solidariamente responsáveis pelas conseqüências do inadimplemento contratual praticado pelos postos.” Op. cit., p. 116-119. Negreiros traz exemplo no mesmo sentido, citando o Agravo de Instrumento nº 99.004.384-3 do TJ-SC, sendo que aquela Corte “ao decidir pela procedência da ação de indenização proposta pela vítima do segurado diretamente em face da companhia seguradora, nos termos em que esta se obrigara para com o seu co-contratante, o fez com fundamento na função social do contrato.” Excepcionando o princípio da relatividade dos efeitos do contrato a decisão entendeu pela legitimidade passiva da seguradora frente a ação movida diretamente pelo terceiro vítima. Dispõe o Acórdão que “a função social do seguro é, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de

A função social abandona uma leitura individualista e voluntarista da relação contratual na ótica civil-constitucional e descortina valores sociais que fundamentam todo o direito. “Passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que [...] são essenciais à tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem econômica.”⁷⁵⁸

Vê-se, portanto, que a função social do contrato não representa somente uma limitação à autonomia privada, mas integra o próprio conceito de contrato⁷⁵⁹, demonstrando que esse instituto deve servir à circulação de riqueza e, ao mesmo tempo, para a construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdade.

Seguindo a nova tendência que sustenta as obrigações contratuais à luz da repersonalização do direito civil, juntamente com a diretriz da socialização, apresenta-se a eticidade, que, por efeito, mostra-se pelos princípios do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva.

Com relação ao equilíbrio econômico, verifica-se que tal preceito fundamenta-se no princípio da igualdade⁷⁶⁰, preceituando que deve haver equivalência entre as prestações dos contratantes. Observa-se que o pacto não serve para provocar desigualdade e desequilíbrio entre as partes e que a justiça contratual está fundada na idéia de igualdade e equilíbrio entre os contratantes.

O contrato, em termos gerais, tem por intuito proceder a “uma troca de prestações, um receber e prestar recíprocos”. Esse intercâmbio de dar e receber de ambas as partes leva à idéia de equivalência dos direitos e obrigações, ou seja, “um equilíbrio mínimo das

seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente.” *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 224-226. Diante desta decisão indaga-se, qual o seu fundamento? Certamente a solidariedade social e o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana.

⁷⁵⁷ FERREIRA DA SILVA, *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*, p. 144. No mesmo sentido, Perlingieri aduz que “o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo [...]” *Perfis do direito civil*, p. 212.

⁷⁵⁸ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 223.

⁷⁵⁹ Refere Martins-Costa que “integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito.” MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*, p. 160

⁷⁶⁰ Artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal .

prestações e contraprestações”⁷⁶¹, não sendo toleráveis prestações que causem onerosidade excessiva.⁷⁶²

O princípio do equilíbrio econômico, à luz da igualdade substancial, reconhece que, embora formalmente iguais perante a lei, os contratantes encontram-se em situações diferentes, razão por que a parte vulnerável precisa de proteção, sob pena de desaparecer a comutatividade do pacto.⁷⁶³ Cabe frisar que “as idéias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade formam uma complexa tríade no direito dos contratos contemporâneo, aproximando o jurista da reflexão filosófica, que desde sempre elegeu a justiça como um de seus problemas centrais.”⁷⁶⁴ A falta de equilíbrio nas prestações do contrato dá origem aos institutos da lesão e da onerosidade excessiva.⁷⁶⁵

Por derradeiro, representando o núcleo da diretriz da eticização, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, que decorre do valor maior da dignidade da pessoa humana e representa uma das mais fortes manifestações da repersonalização do direito contratual.

Fundamentados na boa-fé objetiva, os contratantes devem ter “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos [...]”. As partes devem agir com lealdade e correção, no intuito de que seja tutelada a confiança depositada naquele pacto. Para tanto, devem portar-se “sem abuso, sem obstrução, sem

⁷⁶¹ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 50.

⁷⁶² Lôbo refere que “talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de um cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras de experiência.” *Transformações gerais do contrato*, p. 111.

⁷⁶³ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 157.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 155.

⁷⁶⁵ Explica Ferreira da Silva que “a lesão tem como finalidade recompor a perda do sinalagma genético que deveria estar presente na formação do contrato. Assim, se o contrato inicia propiciando uma vantagem desproporcional a um dos contratantes por conta de o lesado estar em uma situação de necessidade ou inexperiência, permite-se que o mesmo ingresse com uma ação de rescisão do contrato. Esta ação poderá ser convertida em revisão, caso o autor da lesão se disponha a restabelecer a reciprocidade entre as prestações.” Já a onerosidade excessiva diz respeito a causa supervenientes na relação contratual. Nesse sentido, o Código Civil “adota a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva. Em duas passagens está versado o tema. Fala-se no artigo 317 sobre a possibilidade de, no momento do pagamento, haver uma correção do valor por conta de fatores imprevisíveis que acarretem uma desproporção manifesta entre o valor da coisa e o preço a ser pago na hora da execução. Igualmente, nos artigos 478 a 480, regula-se a resolução por onerosidade excessiva.” *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*, p.145-147.

causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”⁷⁶⁶

A proteção da confiança, trazida pela boa-fé objetiva, demonstra respeito à dignidade da pessoa e eticiza a relação contratual, que passa a ser “um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes, e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana”.⁷⁶⁷

Pela eticização a teoria contratual determina a valorização da “dignidade da pessoa” acima da “autonomia do indivíduo”⁷⁶⁸. Portanto, os contratantes deixam de ser vistos de forma abstrata e genérica, como meros sujeitos de direito, que nos termos da lei civil possuem faculdade para celebrar negócios jurídicos; eles passam a ser entendidos como pessoas reais e concretas, que vivem num determinado meio social, possuindo historicidade e faticidade próprias, o que os torna únicos e diferentes dos demais.

Diante de uma leitura civil-constitucional, a teoria das obrigações encontra-se permeada pelas diretrizes da socialização e da eticização que repersonalizam o pacto e promovem a concretização da dignidade da pessoa humana. A primeira demonstra que o contrato tem uma função social, ou seja, possui uma utilidade de realizar trocas justas e proporcionar a circulação de riquezas mediante o valor da solidariedade. O contrato não pode mais ser visto como um acordo de vontades, de sujeitos de direito, desvinculado do contexto social e econômico; na prática, será celebrado por pessoas reais, que convivem numa sociedade, a qual sofrerá o impacto dessas convenções.

Já a eticização traz à baila a necessidade de manter o equilíbrio das prestações e, especialmente, fixa regras de conduta aos contratantes, que, pelo princípio da boa-fé objetiva, deverão agir com lealdade e correção nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, de modo que sejam alcançadas as legítimas expectativas das partes, revelando a preocupação de tutelar a confiança sobre a qual se fundamenta o contrato. Diante da importância do princípio da boa-fé objetiva para a repersonalização do direito contratual, será desenvolvido, de forma específico, no item que segue.

⁷⁶⁶ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 216.

⁷⁶⁷ NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, *op. cit.*, p. 282.

⁷⁶⁸ NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 281.

3.3 A tutela da confiança nos contratos

As obrigações contratuais representam o modo jurídico de concretizar a circulação de bens e riquezas, ou seja, materializam as operações econômicas. Na sociedade moderna apresentam-se de modo dinâmico e complexo. Pela dinamicidade percebe-se que o vínculo contratual gera direitos e obrigações para ambas as partes, portanto, todos são credores e devedores.⁷⁶⁹

A complexidade, por sua vez, revela-se diante do grande aumento dos contratos de adesão, das condições gerais dos negócios, todos padronizados e destinados a atender de modo uniforme uma universalidade de contratantes, e, em contrapartida, pelo enfraquecimento dos contratos negociados e discutidos cláusula a cláusula. Acrescente-se que tal situação pode ser qualificada de hipercomplexa. Assim, a hipercomplexidade⁷⁷⁰ decorrente do avanço tecnológico, da universalização da comunicação, da desterritorialização das transações comerciais, provocou a massificação e a desmaterialização dos contratos.⁷⁷¹

Nesse sentido, significantes alterações no direito contratual elevaram a pessoa ao núcleo do ordenamento jurídico, norteadas pela idéia de que acima dos interesses patrimoniais encontra-se a dignidade da pessoa humana. Com isso, o contrato passou a ser

⁷⁶⁹ Assevera Marques que “esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras, o contrato não envolve só a *obrigação de prestar*, mas envolve também uma *obrigação de conduta!*” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 218.

⁷⁷⁰ Os contratos eletrônicos apresentam-se como exemplo da hipercomplexidade das relações contratuais. Neste modelo predomina a “fluidez ou desmaterialização da contratação”, percebendo-se que “o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais ‘cara’, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um *marketing* virtual ou televisivo, uma estratégia de *telemarketing*. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas ‘informável’. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois, dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a internet traz, o fornecedor pode ser um ‘iniciante’ ou mesmo um adolescente ‘genial’, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por rede ou dos negócios realizados em *chats* ou salas virtuais.” *Ibid.*, p. 119.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 65.

vistos como um instrumento capaz de proporcionar relações econômicas em que, ao lado da autonomia da vontade, estejam a equidade, a socialidade e a eticidade.⁷⁷²

Evidencia-se aqui a imprescindível proteção da confiança nos contratos, para que a pessoa humana seja enfocada de modo real⁷⁷³, como ser-no-mundo. Essa tutela pode se concretizar por meio do princípio da boa-fé objetiva, cujo delineamento histórico, noção e funções serão em seguida analisados.

3.3.1 A boa-fé objetiva como instrumento de proteção da confiança nos contratos

A boa-fé objetiva constitui-se numa forma de promover a repersonalização dos contratos por meio da eticização da conduta da partes. Porém, essa proteção da confiança depositada na avença evoluiu historicamente, mostrando-se de diferentes formas até chegar à noção atual. Nesse ponto, é relevante percorrer, ainda que de modo breve, suas principais aparições no mundo jurídico.⁷⁷⁴

A boa-fé apresenta-se, historicamente, desde o direito romano com a noção de *fides*, que compreendia vários significados.⁷⁷⁵ Contudo, destaca-se aquele pertinente à

⁷⁷² Ressalta-se no modelo jurídico atual que “a tendência de socialização da teoria contratual traz ainda, e aqui desponta um ponto de crucial importância, juntamente com o reflexo de seus princípios em outros setores do Direito Privado, como marca indelével de sua nova forma de pensar o Direito Privado, uma nova racionalidade jurídica, que se mostra cada vez mais consentânea com o atual estágio da ciência e da aplicação do Direito, evidenciando-se em todos os seus ramos. Trata-se aqui de uma nova consciência hermenêutica. Em grande parte dos autores que estudam o princípio a boa-fé objetiva, a objetivação do negócio jurídico, o controle das cláusulas abusivas, a equivalência nos contratos sinalagmáticos, entre outros temas atuais do Direito Obrigacional, são feitos expressos apontamentos a respeito da questão hermenêutica aqui ressaltada, levando em conta, principalmente, a noção de que o juiz, para bem aplicar estes avanços, deve ater-se menos à fórmula positivista de dedução de conceitos expressos na lei e mais à análise do caso concreto, tendo como guia os valores e princípios gerais, que expressos ou não na legislação, informam estruturalmente o instituto em questão. SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 261.

⁷⁷³ Convém gizar que ainda hoje “as pessoas são, no negócio jurídico, tratadas, em termos abstractos, como declarante ou declaratório, como credor ou devedor, não chegando a afivelar a máscara dos concretos papéis e situações que os diferenciam, no domínio das operações econômicas e das relações sociais.” RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: NUNES, Antonio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.155.

⁷⁷⁴ Salienta-se que a menção histórica do princípio da boa-fé objetiva foi realizada com base nas lições doutrinárias trazidas por Judith Martins-Costa.

⁷⁷⁵ Refere Menezes Cordeiro que a *fides* apresenta-se sob as formas de *sacra, pacto e ética*. A primeira fundamentada na Lei das XII Tábuas, observando o culto à deusa *Fides*, bem como os poderes concedidos ao *pater*; a segunda não possuía características religiosas ou morais e dizia respeito à “noção de garantia”; e a

relação entre o *paterfamilias* e os clientes, em que o primeiro tinha o dever de proteção, ao passo que os últimos deveriam corresponder com lealdade e fidelidade. A *fides* promessa teve grande importância nas relações civis e internacionais, importando na obrigação das partes de observarem e cumprirem a palavra dada.⁷⁷⁶ Mais adiante, o direito pretoriano criaria a figura da *bonae fidei iudicium*, isto é, “um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava fórmula especial”, que não possuía a intenção fundamentada na lei, mas, sim, na “alegação da *fides bona*”. Por fim, houve uma “diluição vertical e horizontal” da noção de boa-fé, que veio a assimilar os conceitos de justiça e equidade, bem como foi agregada a outros ramos do direito, como os direitos reais.⁷⁷⁷ Em síntese, a boa-fé apresentava-se como “garantia no direito obrigacional” e como “ignorância excusável no direito possessório.”⁷⁷⁸

No direito germânico⁷⁷⁹, a idéia de boa-fé consistia na honestidade, na lealdade e na crença de que uma conduta leal seria realizada. Os ideais dos cavaleiros medievais de se preocuparem com os outros geravam uma norma de comportamento social, introduzida na comunidade e que levava a que não fosse fraudada a confiança criada. Assim, a boa-fé passou a existir no direito comercial, ainda não codificado, orientando que as obrigações deveriam ser cumpridas pela confiança que o contratante havia gerado aos outros.

No direito canônico⁷⁸⁰, a boa-fé teve sua base arraigada na assertiva de que era pecado mentir, vislumbrando o imenso valor concedido à promessa, cujo rompimento consistia num dos maiores pecados.

Em seguida, refere-se o movimento do humanismo⁷⁸¹, que mesclou “categorias do direito romano e as dimensões axiológicas do direito canônico” como um “princípio geral” que poderia ser aplicado ao direito das obrigações.⁷⁸² A “forma ideológica” do humanismo foi o jusracionalismo, pelo qual os doutrinadores deixaram de fundamentar os princípios no direito natural, passando a explicá-los com base na razão. Disso resultou um sistema

terceira tinha conotação moral, em que a pessoa deveria manter a garantia mesmo que não prevista no direito. *Da boa-fé no direito civil*, p. 55-56.

⁷⁷⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 112.

⁷⁷⁷ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 120-123.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 133.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 124-126.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 128-130. Explica a autora que a boa-fé no direito das obrigações revelava-se no respeito ao pactuado, no cumprimento da palavra dada. Caso contrário agiria de má-fé, portanto estaria pecando.

⁷⁸¹ A concepção humanista coloca o homem, a “pessoa-indivíduo” “no centro”, defendendo a liberdade. No direito o efeito deste pensamento levou a “primeira aplicação da idéia de sistema”. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 193.

fechado de certezas oriundas da razão, caminho que levou à codificação.⁷⁸³ Nesse período a noção de boa-fé enfraqueceu-se, sendo diluída ao campo moral e juntada à de equidade.⁷⁸⁴

Na codificação francesa, a boa-fé foi influenciada pelo direito canônico, ou seja, pelo valor da promessa. Porém, diante do sistema fechado do Código de Napoleão⁷⁸⁵, bem como do rigor de sua interpretação trazido pela Escola da Exegese, à luz da certeza, a boa-fé foi equiparada à equidade e seu conteúdo, esvaziado.⁷⁸⁶

Somente no século XX a boa-fé objetiva foi positivada no direito alemão, por meio do parágrafo 242 do BGB⁷⁸⁷, que instituiu um dever de consideração, representando um elemento fundamental para a compreensão do novo modelo de relação obrigacional. Contudo, em face da pretensão de plenitude das codificações e do modo subsuntivo da interpretação, a cláusula geral da boa-fé objetiva não foi entendida com o significado dos dias de hoje.⁷⁸⁸ Mais tarde, após a Primeira Guerra, a boa-fé passou a ser usada pelos alemães para vedar a alegação de nulidades meramente formais, para proibir o abuso de posição contratual e controlar as condições gerais dos negócios.

No Brasil, o Código Civil de 1916, com visível inspiração na codificação francesa, previu a boa-fé de modo limitado “às hipóteses de *ignorância excusável*, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória.”⁷⁸⁹

Atualmente, no direito brasileiro o princípio da boa-fé objetiva foi acolhido pela Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, quando estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 3º, inciso I, quando, no título dos princípios fundamentais, determinou que a solidariedade social se constitui num dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Em seguida, o Código de Defesa do

⁷⁸² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 131.

⁷⁸³ Ibid., p. 136-138.

⁷⁸⁴ Ibid., p. 166.

⁷⁸⁵ A disposição presente no parágrafo 3º do art. 1134 do Código Francês de que “as convenções devem ser executadas de boa-fé” mostrou-se inoperante e acabou sendo interpretada como uma forma de “acatar de acordo com a vontade e os fins reais das partes. Atingiu-se, deste modo, o sentido jusracionalista efectivo dessa disposição.” MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 259.

⁷⁸⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 197.

⁷⁸⁷ Parágrafo 242 do BGB: “O devedor deve cumprir a prestação, tal como exija a boa-fé, com consideração aos costumes do tráfico jurídico”. Refere Martins-Costa que o Código Civil alemão é fruto da pandectística, possuindo, no dizer de Betti, o caráter de um “direito da jurisprudência” e sendo recebido com “confiança”. Ibid., p. 233.

⁷⁸⁸ Ibid., p. 236-237.

⁷⁸⁹ Ibid., p. 267. A autora refere que em respeito a “segurança, certeza e clareza” o Código Civil de 1916 não adotou cláusulas gerais. Contudo aparecem como exemplo da boa-fé na mencionada legislação os artigos 221, 490, 491, 510, 511, 514 e 516.

Consumidor⁷⁹⁰ e, após, o Código Civil de 2002⁷⁹¹ consignaram o princípio em seus textos. A mencionada norma está ligada aos conceitos éticos e econômicos dos contratos, fundamentando-se na lealdade e na confiança das partes.

Concluída a pontuação das principais fases de evolução da boa-fé, é necessário trazer a noção deste instituto e suas funções perante a um direito obrigacional que, atualmente, encontra-se repersonalizado, ou seja, fundamenta-se e inspira-se no respeito à dignidade da pessoa. Contudo, antes de apresentar a concepção da boa-fé, convém frisar que se divide nas formas subjetiva e objetiva.

Tem-se a boa-fé subjetiva⁷⁹² quando a pessoa crê que está agindo conforme o direito; representa um sentimento interno, uma convicção de estar agindo certo. Aqui, o direito tutela uma crença, denominada de “estado de consciência”; um “convencimento individual” de que está atuando de acordo com o direito e possui tutela jurídica. Constitui um estado psicológico, pois existe uma “ignorância excusável”, como acontece no caso do casamento putativo ou, no direito das coisas, com referência à posse. A boa-fé subjetiva tem a contraprestação que se manifesta pela má-fé, ou seja, o intuito de lesar outrem.⁷⁹³

Por outro lado, na boa-fé objetiva o direito tutela a conduta, o comportamento objetivamente correto e leal, pois existe uma norma que impõe que todos devem ter consideração pelos interesses do “*alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”. É uma norma de convivência de uma sociedade civilizada. Assim, na relação contratual a boa-fé objetiva é uma norma que determina que cada parte deve ajustar sua conduta a um modelo social, agindo com lealdade, correção, honestidade, e considerando “as expectativas legitimamente geradas, [...] nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.”⁷⁹⁴

A norma que impõe os deveres decorrentes da boa-fé objetiva configura um princípio, que se apresenta no sistema jurídico por meio de uma cláusula geral com

⁷⁹⁰ Inciso IV, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que se consideram cláusulas abusivas aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

⁷⁹¹ Artigo 422 do Código Civil brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁷⁹² Menezes Cordeiro define a boa-fé subjetiva entendendo-a “como a não-consciência do injusto, apesar de uma falha no direito.” Ressalta que o conceito é composto por expressões vagas que deverão ter seu conteúdo preenchido no caso concreto. *Da boa-fé no direito civil*, p. 411-412.

⁷⁹³ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 411-412.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 411-412.

conteúdo abstrato e aberto, o qual deve se revelar no caso concreto. Desse modo, a aplicação da cláusula geral da boa-fé concretiza o conteúdo do princípio da boa-fé, criando deveres anexos, limitando direitos subjetivos e servindo de interpretação ao conteúdo do contrato.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva está previsto como pensamento regulador das relações contratuais (os contratantes têm o dever de se portar de acordo com os ditames da boa-fé), ao passo que a cláusula geral da boa-fé objetiva age para instrumentalizar e concretizar o conteúdo do princípio (concede poderes ao juiz para determinar no caso em análise qual deve ser o comportamento observado pelos contratantes).

Diante dessas considerações, pode-se chegar à noção de boa-fé objetiva, compreendendo-a como um princípio

[...] segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade. O princípio gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença. Além de criar deveres, impõe limites ao exercício dos direitos, a impedir seu uso de modo contrário à recíproca lealdade⁷⁹⁵.

O conteúdo da boa-fé objetiva é fixado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da liberdade, justiça e solidariedade, valores maiores trazidos pela Constituição Federal e que se irradiam sobre o direito contratual provocando sua repersonalização.

Nessa nova perspectiva de valorização da pessoa humana, a boa-fé objetiva constitui uma fonte autônoma de deveres que são independentes da vontade das partes. Portanto, “a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se ‘construir’ objetivamente o regramento do negócio jurídico.”⁷⁹⁶ Tal situação denota que a

⁷⁹⁵ AGUIAR JUNIOR, *A boa-fé na relação de consumo*, p. 18.

⁷⁹⁶ FRADERA, Véra Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42.

relação obrigacional deixa de ser estática e abstrata e passa a ser dinâmica e observada no caso concreto, considerando a real situação da pessoa humana de cada contratante.

O princípio da boa-fé objetiva, como regra de conduta⁷⁹⁷, rege as relações contratuais com a finalidade de proteger a confiança. Cabe ao intérprete⁷⁹⁸ analisar a conduta das partes para verificar se dentro do contexto do contrato ela se coaduna com a realização das legítimas expectativas.⁷⁹⁹ Como mencionado, seu conteúdo encerra uma cláusula geral, por isso depende do trabalho hermenêutico do julgador, que, avaliando todo o complexo contratual, emite um juízo, levando em conta a lealdade das partes e a moralidade das suas pretensões.⁸⁰⁰

É relevante gizar que a boa-fé não se confunde com mero arbítrio, devendo ser aplicada no caso concreto à luz dos demais princípios norteadores do sistema, alicerçados pela Constituição Federal; apresenta-se como um *standart* jurídico⁸⁰¹ que visa, no plano contratual, à manutenção do equilíbrio e da justiça⁸⁰². Portanto, mediante seu conteúdo de

⁷⁹⁷ A boa-fé objetiva como regra de conduta pressupõe: “1º) a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma em relação à outra, ou, pelo menos, de uma delas em relação à outra; 2º) padrões de conduta exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser trazido pela noção de *bonus pater familias*; 3º) reunião de condições suficientes para criar na outra parte – contraparte – um estado de confiança no negócio celebrado, e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que estão em relação.” SCHMIDT DA SILVA, Agathe E. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996. p. 155. Critica-se a padronização de condutas para o estabelecimento da boa-fé objetiva, por meio de expressões como “homem médio, *bônus pater familias*” e outras, que retratam o senso comum teórico. Observa-se que a boa-fé objetiva deve ser vista no caso concreto, em face das situações peculiares e, em especial, das pessoas envolvidas no pacto, que devem ser entendidas por sua historicidade e faticidade.

⁷⁹⁸ Marques, exaltando a nova função do julgador frente à cláusula geral da boa-fé objetiva, refere que “a descoberta de obrigações implícitas nos variados tipos contratuais, dos deveres anexos de cada um dos contratantes, dos deveres principais ou deveres essenciais naquele tipo contratual, da eventual influência das normas imperativas naquela relação concreta será a tarefa do intérprete da relação de consumo *in casu*”. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 399.

⁷⁹⁹ Explica Marques que as legítimas expectativas são aquelas que formam a base do negócio, ou seja, são “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição de riscos.” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 291.

⁸⁰⁰ Afirma Aguiar Júnior que “na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretidade do caso”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun, 1995. p. 20.

⁸⁰¹ O padrão jurídico da boa-fé objetiva não pode ser pré-dado, mas deve ser construído no caso concreto, em vista da historicidade e faticidade.

⁸⁰² A aplicação do princípio da boa-fé objetiva com intuito de manter o equilíbrio e a justiça numa relação contratual pode ser constatada no julgado que segue: “CONTRATO – Convênio médico – Cláusula que prevê limite de cinco dias de internação em UTI, com prorrogação desse prazo a critério da prestadora de serviços – Nulidade – Disposição contratual que se caracteriza como exagerada vantagem para a contratada e verdadeira restrição de direito para o contratante – Inteligência e aplicação do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.” RT 707/73.

eticidade, mostra-se como um instrumento que impede qualquer comportamento abusivo⁸⁰³ das partes.

Com isso, a boa-fé objetiva tutela a confiança depositada na relação contratual e impõe o dever da parte de agir com retidão, lealdade e honestidade, importando-se com os interesses dos demais. Dessa forma, a boa-fé objetiva encontra fundamento na proteção da dignidade da pessoa, oportunidade em que se revelam suas três funções, quais sejam, hermenêutica-integradora, de criação de deveres jurídicos e de limitação de direitos subjetivos.⁸⁰⁴

A função hermenêutica da boa-fé objetiva⁸⁰⁵ representa um cânone que serve para interpretar as disposições contratuais e para preencher as lacunas que o contrato possa ter; está ligada à autonomia da vontade e atua como um mandado de otimização de conduta, pelo qual o contrato tem de ter um sentido. É a regra dirigida ao juiz para que ele não permita que o contrato atinja finalidades opostas para as quais foi criado.⁸⁰⁶

Assim, a boa-fé objetiva apresenta-se na condição de elemento capaz de promover a “interpretação integradora” do conteúdo do negócio jurídico, para esclarecer e

⁸⁰³ A maior parte da jurisprudência opta por indicar a abusividade na relação contratual, com base na boa-fé objetiva: Exemplo 1: “CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Boa-fé – Princípio acolhido pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor. Advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, age com deslealdade, violando o princípio de boa-fé contratual, consagrado genericamente no Código Civil e especificamente, no Projeto de Código Civil de 1975 (art. 422) e no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III e 51, IV). Nulidade de pacto e procedência dos embargos à execução. Apelo provido. Unânime”. Cf. MENEZES, João Carlos. *Código do consumidor - jurisprudência selecionada*. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 742.

Exemplo 2: “COMPETÊNCIA- Foro de eleição – Causa em que se discute o reajuste de prestações de casa própria – remessa indevida dos autos para a Justiça Federal em face de terceiro envolvido, cuja intervenção no processo não se cogitou – Admissibilidade, no entanto, do ajuizamento de ação no domicílio do mutuário por ser iníqua e abusiva a cláusula que elegia como foro o local da sede da instituição bancária – Artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor – Recurso parcialmente provido para declarar competente o juízo onde ajuizada a ação. (LEX 151/10)”. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 368.

Exemplo 3: “EMBARGOS INFRINGENTES. SEGURO-SAÚDE. INTERNAÇÃO. SEGURADA. DOENÇA GRAVE. RECUSA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Desprovimento do recurso.(Embargos Infringentes nº 380/98, na Apelação Cível nº 6.325/98, 9º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, Rel. Des. Jorge Luiz Habib. Embargante: Golden Cross Seguradora S.A. Embargado: Espólio de Mário José de Souza. j. 29.04.99, maioria)”.

⁸⁰⁴ MARTINS- COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 428.

⁸⁰⁵ Aguiar Júnior ressalta que “a boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direito e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas”. AGUIAR JÚNIOR, *A boa-fé na relação de consumo*, p. 25:

⁸⁰⁶ MARTINS- COSTA, *op. cit.*, p. 428.

demonstrar o verdadeiro teor da manifestação da vontade das partes naquela relação⁸⁰⁷, bem como para integrar as disposições contratuais entre si, a fim de que possam ser vistas como um conjunto que tenha uma finalidade e função social.⁸⁰⁸ Afirma Couto e Silva que, às vezes torna-se difícil distinguir se se está diante do efeito da hermenêutica integrativa proveniente da boa-fé objetiva ou da própria aplicação daquele princípio.⁸⁰⁹

Como fruto da função hermenêutica destacam-se a importância e aplicação da teoria da aparência⁸¹⁰, momento em que pela boa-fé objetiva se valoriza o comportamento da parte, que, agindo ou se omitindo, provoca uma aparência errônea ao outro contratante. Portanto, seu comportamento, observado de modo objetivo, é o responsável pela criação de uma aparência equivocada.⁸¹¹

Com isso, verifica-se que a função hermenêutico-integrativa decorrente da boa-fé objetiva conduz a que o magistrado possa concretizar o “respeito a recíproca confiança” entre as partes, permitindo que o contrato atinja uma finalidade.⁸¹²

⁸⁰⁷ Esclarece Couto e Silva que “por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração.” *A obrigação como processo*, p. 33.

⁸⁰⁸ Pela função hermenêutica da boa-fé objetiva caberá ao juiz promover a interpretação das cláusulas contratuais considerando-as como um “conjunto significativo”, ou seja, compreendendo-as como um todo que forma a relação obrigacional. Para tanto, deve partir do complexo contratual concretamente presente – complexo de direitos e deveres instrumentalmente postos para a consecução de certa finalidade e da função social que lhes é cometida. Em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, infletem na formação deste conjunto significativo as *circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual* visualizadas como um todo.” MARTINS- COSTA, op. cit., p. 430.

⁸⁰⁹ COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 33.

⁸¹⁰ Apresenta-se como exemplo da aplicação da teoria da aparência uma ação declaratória de quitação de duplicata movida pela empresa A contra a empresa B visando à sustação e quitação de um título apontado para protesto, em face do pagamento do mesmo perante a empresa C, que deu quitação, e, por sua vez, era concessionária e representante da empresa B. Salienta-se que a empresa B, na condição de montadora, demonstrou publicamente que a empresa C era a concessionária responsável pela venda dos bens na região sul do país. Portanto, seu comportamento gerou a convicção para a empresa A de que a empresa C, além de realizar a negociação de compra e venda e entrega do equipamento, também poderia receber o pagamento do preço. A ação foi julgada procedente no primeiro grau, momento em que foi reconhecido que a empresa C estaria aparentemente legitimada para receber o preço, com base na boa-fé. No segundo grau, a 5ª Câmara do TJ-RS manteve a decisão, mencionando a ementa: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO DE DÉBITO DE DUPLICATA PRECEDIDA DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. Pagamento efetuado pelo devedor à empresa intermediária da negociação deve ser aceito como quitação da duplicata levada a protesto, tendo em vista a prática reiterada do comportamento negocial e a proteção aos interesses de terceiro de boa-fé. Apelação improvida” Apelação Cível nº 70000181412, 5ª Câmara Cível, TJ-RS, Des. Sergio Pilla da Silva, publicado no Diário da Justiça do TJ-RS em 29.10.1999.

⁸¹¹ MARTINS- COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 435. Refere a autora que na teoria da aparência também aparece a boa-fé subjetiva “que concerne à valoração da conduta do lesado, porque agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável)”.

⁸¹² *Ibid.*, p. 437.

A segunda função da boa-fé objetiva é criar e ampliar deveres, eis que, numa perspectiva atual, a relação obrigacional é dinâmica. Nessa senda, a boa-fé objetiva implica que o contrato não seja visto de forma estática, mas, sim, como um processo, em que existe a amplidão de direitos e deveres para ambas as partes⁸¹³.

No que se refere à segunda função da boa-fé objetiva é relevante aduzir a existência de deveres principais, secundários e instrumentais nas relações contratuais.⁸¹⁴ Os deveres principais estruturam o tipo contratual e em cada espécie serão sempre os mesmos. Por sua vez, os deveres secundários podem ser acessórios, ou seja, aqueles “que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal”; e autônomos, que se apresentam como “sucedâneos da obrigação principal” ou “coexistentes com o dever principal”.

Já os deveres instrumentais⁸¹⁵ decorrem da boa-fé objetiva e impõem às partes que seu comportamento seja adequado à confiança que ambos depositaram no pacto, variando em cada situação; têm por objeto a “realização positiva do fim contratual”, das expectativas geradas pelo contrato e, especialmente, destinam-se à “proteção à pessoa e aos bens da outra parte”, demonstrando o conteúdo de eticidade, de tutela da confiança.⁸¹⁶

Portanto, os deveres instrumentais são avoluntarísticos⁸¹⁷, pois não decorrem da vontade das partes, constituindo-se em deveres jurídicos que provêm da boa-fé; não têm

⁸¹³ Refere Couto e Silva que “ a modificação operada nos cânones hermenêuticos deve ter concorrido para esmaecer a importância do “dogma da vontade” e com isso permitir um tratamento objetivo da relação obrigacional”. E mais adiante assevera: “A concepção de sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de molde a chegar-se a uma solução que atenda à diversidade de interesses resultantes de determinada situação”. FRADERA, Vera Jacob de. *O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 42 e 43

⁸¹⁴ A classificação apresentada segue a lição de MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 438.

⁸¹⁵ Frisa-se o clássico exemplo de dever instrumental decorrente da boa-fé objetiva trazido por Martins-Costa observando os ensinamentos de Westermann: “ ‘A senhora W, de manhã, às 8hs 45min., entra na casa comercial de têxteis K para na seção de miudezas, comprar botões. Ela tropeça, cai, sofre uma fratura no colo da coxa. Uma investigação constata que ela veio a cair devido a um botão esférico que, na seção de miudezas, estava no chão. K, o dono da casa comercial, acha que, presumivelmente, uma freguesa tirara o botão de um gaveta e o deixara cair. Sobre a limpeza do estabelecimento, que diz estar muito bem organizada, nunca ouvira queixas. Apesar disso, a senhora W pede indenização de K’. A solução indica a este caso pelo tribunal alemão fundou-se na boa-fé objetiva, *entendida como norma de conduta que ordena a consideração pelos interesses legítimos do ‘alter’*, o qual não se colocava nem mesmo, ainda, como parceiro contratual. Entendeu-se que a freguesa que caiu sobre um botão, mesmo antes de efetuada a compra e, portanto, concluído o contrato, tinha pretensão indenizatória contra aquele que, negligentemente, deixou no chão o botão, ou contra o que descumpriu dever de diligência” *A boa-fé no direito privado*, p.413.

⁸¹⁶ Neste sentido, Martins-Costa ao tratar da conceituação dos deveres instrumentais utiliza as lições de Motta Pinto. *Ibid.*, p. 440.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 438.

como objeto a prestação principal, nem assegurar o cumprimento da obrigação, mas nascem para tornar o adimplemento pleno, total e satisfatório para o credor.

Refere Martins-Costa⁸¹⁸ que os deveres instrumentais são “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”. A doutrina tentou catalogar os deveres anexos. Exemplificativamente, podem-se nomear os deveres de informação⁸¹⁹, de lealdade⁸²⁰, de cuidado, de colaboração e cooperação⁸²¹, de proteção⁸²², de prestar contas, de aviso e

⁸¹⁸ Ibid., p. 439.

⁸¹⁹ “PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ANULAÇÃO. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE DO BEM. ERRO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAR. Constitui violação ao dever de informar a omissão no contrato de promessa de compra e venda de unidade a ser construída, sua exata localização, induzindo em erro os promitentes-compradores. Hipótese em que o contrato foi firmado quando ainda não procedida à individualização da unidade. Recurso provido. (Apelação Cível nº 198001307, 17ª Câmara Cível do TJRS, Tramandaí, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 18.08.98, DJ 05.02.99, p. 32).”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REVISIONAL DE CONTRATO. EMENDA DA INICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Para possibilitar a melhor compreensão do ajuste, inverte-se o ônus da prova e determina-se que a instituição financeira acoste o contrato firmado entre as partes. Isso decorre do **dever de informação, advindo da boa fé objetiva**, maximizado nas relações de consumo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DA RELATORA. (Agravo de Instrumento Nº 70018070516, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 18/12/2006).” Grifo nosso.

⁸²⁰ “CONTRATO DE ADESÃO – promessa de compra e venda – Prestação de serviços de urbanização por uma das vendedoras – Cláusula abusiva. É abusiva a cláusula que, em contrato de adesão de promessa de compra e venda de terrenos, faculta a uma das empresas vendedoras emitir duplicatas de prestação de serviços de urbanização que já haviam sido realizados. Ausência de boa-fé e lealdade no contratar. Aplicação do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, para declarar nula de pleno direito a cláusula. Apelo provido. (TARS, 2ª Câm. Cív., AC nº 190069245, j. em 29.8.91, rel. Juiz Paulo Heerdt)”.

⁸²¹ “SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. AÇÃO REVISIONAL DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDOS COMINATÓRIO DE RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO D'ÁGUA E DE INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO. 1. Inadimplência. Possibilidade jurídica do parcelamento. O Princípio da Boa Fé Objetiva constitui-se em fundamento jurídico que permite a revisão dos contratos de fornecimento de energia elétrica, nas hipóteses em que, involuntariamente, há o superendividamento do consumidor, pois impõe o dever de cooperação e lealdade entre os contratantes. 2. Alegação de prejuízo em função da cobrança de consumo presumido. Descabimento. O uso do hidrômetro objetiva apurar o excesso de consumo a partir da tarifa básica estabelecida em lei. Inexistência de ilegalidade na conduta da ré. Impossibilidade de impor a instalação do hidrômetro. Valores devidos, uma vez que decorrentes de parcelamento já concedido, na esfera administrativa, pela concessionária de serviço público. Provimento do recurso nesse ponto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001004274, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 28/11/2006).”

⁸²² “DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA. INSCRIÇÃO DO TITULAR DO CARTÃO NO SPC E SERASA. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. É dever da administradora de cartão de crédito adotar medidas de **proteção** que impeçam a clonagem. Tal dever decorre do princípio da **boa fé objetiva**, na sua função de tutela ou proteção, em consequência do que incumbe a cada um dos contratantes de adotar as medidas necessárias ao resguardo dos interesses pessoais e patrimoniais do outro. Falha do serviço (art. 14, do CDC). 2. As fraudes que não se consegue evitar devem ser suportadas pelas administradoras, uma vez que se trata de um risco inerente ao negócio em que operam, não se admitindo que a fornecedora pretenda repassar os ônus daí decorrentes ao consumidor. 3. Situação que culminou com a inscrição do nome do titular do cartão no rol de inadimplentes, nada obstante tenha ele apontado não ser o responsável pelo débito gerado. Dano moral in re ipsa. Quantum corretamente arbitrado, não comportando redução. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001025246, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 12/12/2006) – grifo nosso.

esclarecimento, de sigilo e outros. Contudo, não existe lista taxativa, eis que o surgimento desses deveres depende do caso concreto.

Da mesma forma, o conteúdo dos deveres anexos não é fixo ou pré-dado, tampouco pode ser entendido como um conceito formal e abstrato, devendo ser construído caso a caso, com base na tutela da confiança das partes, que se constituem em pessoas com historicidade e faticidades próprias⁸²³ e merecem ter concretizadas as suas legítimas expectativas. E o fundamento disso é o respeito a pessoa humana.

Também é função da boa-fé objetiva limitar o exercício dos direitos subjetivos, como no caso da teoria do adimplemento substancial⁸²⁴, isto é, quando não existe o cumprimento total da prestação, apenas substancial. Assim, esse adimplemento muito próximo ao final, fundado na boa-fé objetiva, exclui o direito resolutorio da outra parte, só permanecendo perdas e danos.⁸²⁵

Igualmente, o princípio da boa-fé objetiva limita os direitos subjetivos no caso da teoria dos atos próprios⁸²⁶, desdobrando-se na regra *tu quoque* e *venire contra factum proprium*.

O *tu quoque*⁸²⁷ traduz “uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”⁸²⁸, ou seja, o contratante que viola a regra decorrente da lei ou do contrato não pode se beneficiar da situação jurídica prevista na norma violada sem ferir a boa-fé; não

⁸²³ A pessoa humana deve ser vista em sua concretude, como ser-no-mundo. Desse modo, a hermenêutica filosófica revela-se como uma importante linha de leitura para a fixação do conteúdo da boa-fé objetiva nas relações contratuais, como se verá no ponto 3.3.2.

⁸²⁴ Veja-se como exemplo: “Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.” MARTINS- COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 458.

⁸²⁵ MARTINS- COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 458.

⁸²⁶ Explica Martins-Costa que a pela teoria dos atos próprios, não é permitido fazer valer um direito que esteja em contradição com uma conduta anterior interpretada, de modo objetivo, nos termos da lei, dos bons costumes ou da boa-fé, “ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é *impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.*” Ibid., p.460-461.

⁸²⁷ Menezes Cordeiro exemplifica esta regra citando uma decisão da Corte Alemã: “Quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato”. *Da boa-fé no direito civil*, p. 839-840.

⁸²⁸ Ibid., p. 837.

pode valer-se da própria torpeza. Justifica-se tal regra no sinalagma que deve existir nos contratos, mantendo o equilíbrio das prestações e a respectiva confiança entre os contratantes.⁸²⁹

Já o *venire contra factum proprium*⁸³⁰ consiste no “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”⁸³¹, revelando-se um modo de violar a confiança que estrutura a relação contratual.

Em outras palavras, acontece quando uma parte gera a expectativa legítima que seguirá determinada conduta, obtendo a fundada confiança da outra parte. Porém, sem justo motivo, a primeira não cumpre a prestação ou não celebra o contrato, gerando direito à indenização. Observa-se que são dois comportamentos lícitos da mesma parte e diferidos no tempo em dois momentos: o primeiro é um fato próprio (criar a expectativa legítima) e o segundo, um voltar contra fato próprio, sem justo motivo (frustrar a expectativa legítima).⁸³²

Por fim, a boa-fé objetiva tutela a confiança, limita a autonomia privada e cria deveres anexos para ambas as partes, expandindo-se por todo o processo da obrigação, inclusive nas fases pré e pós-contratuais, gerando aos contratantes uma regra de conduta fundamentada na confiança e na proteção da pessoa humana.

Clarificada a noção de boa-fé objetiva e suas respectivas funções, cabe indagar: que critério o julgador deve levar em conta para preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé e, com isso, aplicar o princípio da boa-fé objetiva? Uma importante resposta pode ser obtida, sob o olhar da repersonalização do direito civil, observando a pessoa humana como valor maior a ser protegido na relação contratual.

⁸²⁹ Menciona-se decisão que exemplifica a regra do *tu quoque*: “Sendo o contrato um instrumento que consiste na interdependência de obrigações das partes contratantes e não inquinado de vícios que possam anular, e, por outro aspecto, não ocorrendo violação de qualquer das cláusulas, nem comprovada inadimplência de espécie alguma, o contrato não pode ser invalidado. [...] *Não pode invocar inadimplência, mormente no âmbito da ação resolutiva de contrato a parte que deu causa à violação da cláusula, ao descumprir obrigação assumida no acordo.*” MARTINS-COSTA, op. cit., p. 464.

⁸³⁰ Com base na lição de Martins-Costa exemplifica-se a regra do *venire contra factum proprium*, por meio da seguinte ementa: “*Venire contra factum proprium*”. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim, inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir apelação. *Op. cit.*, p. 466, onde a ementa se refere a Ap. Cv. 589073956, TJRS, 5ª Câmara. Cv., unânime, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., in RJTJRS 145/320.

⁸³¹ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 742.

⁸³² *Ibid.*, p. 745.

3.3.2 A proteção da pessoa humana na cláusula geral da boa-fé objetiva: sob um viés fenomenológico-hermenêutico

A realidade econômico-social é representada por uma sociedade de massa e de consumo, na qual a produção e a circulação de bens ocorrem em grandes quantidades, as relações contratuais são realizadas por instrumentos homogêneos⁸³³ e celebradas com um número indefinido de contratantes; reduziram-se os casos em que as partes discutem as cláusulas contratuais uma a uma, nos chamados “contratos paritários”⁸³⁴.

Nesse contexto, a pessoa comum passou a realizar, diariamente, inúmeros contratos por condições gerais, ou também chamados por adesão. Cada vez que utiliza energia elétrica, água, telefone, transportes públicos, quando “deposita uma bagagem, estaciona um carro, [...], faz uma operação bancária, [...] está diante de condições gerais predispostas em recibos, propostas, tickets, contratos, sem tempo nem habilitação técnica para lê-las ou entendê-las”⁸³⁵, mostrando-se vulnerável e necessitando de proteção.⁸³⁶

⁸³³ Refere Lôbo ao tratar das condições gerais dos contratos que elas “aparecem regularmente em modelos contratuais padronizados e impressos, com espaços deixados apenas para individualização do contratante destinatário [...] Atualmente, as condições gerais têm sido utilizadas não apenas nos setores monopolizados ou oligopolizados. É comum seu emprego no mercado competitivo e nos pequenos negócios, como lavanderias e oficinas, por exemplo. Para o cidadão comum, as condições gerais são onipresentes.” *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 14.

⁸³⁴ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 64-65.

⁸³⁵ LOBO, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 15.

⁸³⁶ Aduz Marques ao tratar das relações de massa que nem todos os contratos são celebrados por escrito. Assim, “ao lado dos contratos de adesão, expressos em formulários, existem os contratos orais, a aceitação através das chamadas *condutas sociais típicas*, os simples recibos, os *tickets* de caixas automáticas. A doutrina europeia atual, analisando o uso de máquinas, da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados meios não perenes e virtuais; atos existenciais, se real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e *clicks* deste homem atual, que denominam, ironicamente, não mais *homo loquens*, dada a perda da importância da palavra, e sim *homo videns*, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato...Um contrato

Coube ao Estado, nas versões Social e Democrático de Direito, promover essa proteção, estabelecendo limites ao voluntarismo jurídico oriundo do liberalismo econômico e do individualismo filosófico. Nessa perspectiva, houve uma alteração do paradigma das obrigações contratuais em face da constitucionalização do direito civil, com o que os valores contidos na Carta Magna irradiaram seus reflexos sobre todo o sistema jurídico. Destaca-se a fixação da garantia de “tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana.”⁸³⁷ Essa visão civil-constitucional levou à repersonalização do direito contratual.

A repersonalização, por seu turno, revela que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como “valor cardeal”⁸³⁸ do ordenamento jurídico, situando-se no centro do sistema, como “um novo sistema solar, no qual o Sol seja a pessoa”.⁸³⁹ Pela repersonalização a noção de pessoa humana supera aquela idéia “atomística de indivíduo”, típica do modelo liberal. O ser humano é, sim, *in-dividuus*, dito de outro modo, “membro de um conjunto que o ultrapassa e do qual não pode escapar”.⁸⁴⁰

Pela repersonalização, a noção de contrato passou a ser sedimentada no equilíbrio das prestações e na utilidade do pacto, ou seja, no dever de ser justo e de possuir uma função social, eis que celebrado entre pessoas inseridas num meio social. Aliou-se às diretrizes da equidade e da socialidade o indispensável requisito da eticidade, mormente para valorizar a confiança, por meio da boa-fé objetiva.

Assim, alicerçada na principiologia constitucional, a boa-fé objetiva confirma a repersonalização nos contratos e mostra-se como um instrumento hábil para concretizar a

‘desumanizado’, que beira a auto-suficiência do declarado e é ‘construído’ de forma unilateral e pré-via no site eletrônico ou na máquina colocada em um corredor de escola, auto-suficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo.” *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 67-68.

⁸³⁷ BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 119-120.

⁸³⁸ Menciona Bodin de Moraes que a tutela da dignidade da pessoa humana supera os interesses patrimoniais, eis que a proteção da pessoa representa “valor cardeal do sistema”. Neste sentido, essa proteção “não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um ‘direito’, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.” *Ibid.*, p. 121.

⁸³⁹ LORENZETTI, *Fundamentos do direito civil*, p. 145.

⁸⁴⁰ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, p. 281.

dignidade da pessoa humana e promover a justiça social. Pela boa-fé objetiva os contratantes devem agir com eticidade, ou seja, pautar suas condutas pela lealdade e correção, respeitando a pessoa humana que se encontra no outro pólo do contrato.

Percebe-se que o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se por meio de uma cláusula geral, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana. Cumpre salientar que as cláusulas gerais são instrumentos que oxigenam o sistema jurídico, em face de não serem pré-constituídas pelo legislador, mas construídas pelo julgador em cada novo caso.⁸⁴¹

A concreção da boa-fé objetiva alcança valiosos resultados se realizada à luz da hermenêutica filosófica através da interpretação do mencionado princípio com base na pré-compreensão do intérprete e afastada do senso comum teórico, que coisifica as pessoas, os comportamentos e as relações contratuais. Porém, essa leitura fenomenológico-hermenêutica da boa-fé objetiva também, traz à tona a possibilidade de mostrar a importância da noção da pessoa humana e sua dignidade no conteúdo da boa-fé objetiva.

Constata-se, primeiramente, que pela analítica existencial a hermenêutica deixa de ser método (aplicação em três momentos), deixa de ser normativa, subsuntiva, dedutiva e de cunho reprodutivo, e passa a ser filosofia, condição de possibilidade de produzir sentido, com base na compreensão que se dá no modo-de-ser do intérprete. Nesse sentido, a “disposição que remete para a boa-fé não tem, ela própria, um critério de decisão: a interpretação tradicional de tal preceito não conduz a nada.” Na aplicação da boa-fé objetiva “o processo subsuntivo torna-se impossível.”⁸⁴²

Daí a necessidade da hermenêutica que absorva cada caso concreto com suas peculiaridades, de forma única, para que a decisão possa produzir sentido, pois, no dizer de Heráclito, “é impossível banhar-se duas vezes na mesma água do rio.”⁸⁴³

Por isso, cabe à doutrina e aos aplicadores do direito, com base numa pré-compreensão e na condição-de-ser-no-mundo, produzir o sentido do que é boa-fé objetiva num contrato específico que esteja sendo analisado. Aqui surge a noção de compreensão

⁸⁴¹ Observa Negreiros que “o sistema jurídico, nesta nova ordem de idéias, tem o papel de ‘traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica’; não é pré-dado, mas construído por uma atividade hermenêutica que, como tal, não é mais uma atividade puramente lógico-subsuntiva [...]” *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p. 159.

⁸⁴² MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, p. 42.

⁸⁴³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 225.

como possibilidade da interpretação. E mais, “cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos.”⁸⁴⁴

A tarefa de interpretar as relações contratuais, com o intuito de verificar a presença ou não da boa-fé objetiva, acontece em cada caso concreto na sua aplicação⁸⁴⁵, sendo a linguagem sua condição de possibilidade, eis que representa a experiência do mundo que o intérprete possui. Assim, “interpretar passou a significar *applicatio*, isto é, interpretar significa que estamos sempre diante de um determinado caso, de uma situação concreta, ‘daquele caso’, e que nunca é igual ao outro.”⁸⁴⁶ A *applicatio* supera o dualismo metafísico e atribui sentido. O aplicador não deve agir como se fosse um autômato a destacar o sentido por meio da subsunção⁸⁴⁷, acreditando que primeiro interpreta para, depois, compreender e, finalmente, aplicar.

Também cabe mencionar o aspecto da diferença ontológica quando da aplicação da boa-fé objetiva nas obrigações contratuais. Vê-se que a dogmática jurídica apega-se a uma série de conceitualismos que procuram entificar o ser. Essa entificação provoca um ocultamento do ser, impedindo que ele seja desvelado.⁸⁴⁸ Assim, “*somente sob o sol da diferença ontológica é que é possível ultrapassar as armadilhas que as metodologias metafísicas têm colocado nos caminhos daqueles que buscam novas posturas críticas para o Direito.*”⁸⁴⁹

⁸⁴⁴ Ibid., p. 216.

⁸⁴⁵ Refere Negreiros que “a aplicação do princípio da boa-fé revela, em termos específicos, um fenômeno estudado pela metodologia do direito como lhe sendo co-essencial. A boa-fé constitui um exemplo riquíssimo de como o Direito é indissociável de sua aplicação. Com efeito, a realização do direito através da decisão do caso concreto é constitutiva de seu conteúdo. A boa-fé em sua acepção objetiva, carece de uma concretização metalegislativa, afigurando-se, por isso, como uma privilegiada base empírica para uma reflexão justeórica que parta da premissa segundo a qual a decisão – e portanto a interpretação – é parte constitutiva do Direito, no sentido de que o Direito é construído, e não pré-dado.” *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, p.19.

⁸⁴⁶ STRECK, *Hermenêutica (jurídica)*: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*, p. 263.

⁸⁴⁷ Cumpre frisar que o método subsuntivo não mais se encaixa na interpretação dos contratos, hoje repersonalizados, pois “na clássica teoria da subsunção a conclusão da tarefa quanto à delimitação do sentido do texto era tida como realizável em abstrato e, tendo definido o fato no processo de conhecimento, bastaria acoplar um sentido ao outro. A aplicação, assim, era vista como um segundo passo a ser dado após a interpretação, e esta era concebida como uma atividade intelectual restrita aos limites das palavras da lei.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 108.

⁸⁴⁸ Para Heidegger “o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 311.

⁸⁴⁹ Ibid., p. 220.

Com isso, não há como criar um padrão que represente a boa-fé objetiva e dele deduzir o conteúdo desta cláusula para todos os casos a serem apreciados. O estabelecimento de um arquétipo ou padrão⁸⁵⁰ representa um pré-juízo inautêntico, que provocará a entificação do ser, gerando uma aplicação defeituosa do direito. Logo, o conteúdo da boa-fé objetiva tutelará efetivamente a confiança, protegendo a dignidade da pessoa humana se for fixado na questão analisada e com base na diferença ontológica.⁸⁵¹

A repersonalização nos contratos será implementada quando o aplicador do direito fixar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva de forma autêntica, sem entificar o ser. Assim, verbetes padronizados, conceitos prontos, rol de situações e deveres representam formas de entificar o ser. Tais conceituações levam a uma interpretação baseada na subsunção e na dedução e escondem a realidade. Logo, a *applicatio* é faticidade e a compreensão é condição de possibilidade da interpretação, sendo elemento necessário para a ruptura da idéia de subsunção.

Observa-se, então, que em países de modernidade tardia⁸⁵², como é o caso do Brasil, grande parte dos aplicadores do direito, com base no senso comum teórico, ainda pensa e se manifesta tendo como alicerce o modelo liberal-individualista originado no século XVIII. Tais atitudes revelam pré-juízos inautênticos que impedem a irradiação dos efeitos da Constituição sobre o direito, em especial o privado. Por sua vez, essa aplicação metafísica traz como consequência a não-implementação e efetivação do Estado

⁸⁵⁰ Percebe-se a tendência dos aplicadores do direito de utilizar arquétipos ou padrões para a concreção da boa-fé objetiva. Ressalta-se que tal prática entifica o ser e promove o seu velamento. Verifica-se na decisão, que segue, a presença do parâmetro do ‘homem médio’. Indaga-se: quem é o homem médio? Ele é um ser-no-mundo? “CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS. LIMITAÇÃO. EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. BOA-FÉ OBJETIVA NO TRATADO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL, A SER OBSERVADA POR AMBAS AS PARTES. 1. À empresa que não integra o Sistema Financeiro Nacional é defeso praticar juros acima da taxa de 12% ao ano. 2. A espinha dorsal do vínculo jurídico que une os sujeitos na relação obrigacional reside na recíproca confiança, derivada da bona fides romana, que envolve os sujeitos da relação jurídica. Esta confiança, conjuntamente com o dever anexo de conduta, forma a boa-fé objetiva, composta por uma regra socialmente indicada, cujo paradigma é construído por padrões de correção, lisura e honestidade, inseridos na consciência do **homem médio**. 3. Ao utente de cartão de crédito é defeso propor ação revisional, ao propósito de criar embaraço à cobrança da parcela incontroversa do débito, pena de revelar uma conduta desleal no campo da relação obrigacional, ofendendo o princípio da boa-fé objetiva, o qual deve ser observado na tríplice fase vital da relação obrigacional: na sua formação, na sua integração e na sua execução. Recurso da autora provido, em parte. Recurso da ré improvido. (Apelação Cível Nº 70006781280, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clarindo Favretto, Julgado em 06/11/2003).” Grifo nosso.

⁸⁵¹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 129.

⁸⁵² Refere STRECK que “no Brasil a modernidade é tardia e arcaica.” *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 62.

Democrático de Direito, com o que o direito deixa de cumprir sua função transformadora e aumenta a desigualdade social.⁸⁵³

Diante da sociedade globalizada e complexa é necessário que os operadores do direito abandonem a dogmática jurídica, fundamentada no dualismo metafísico de cunho reprodutivo. A interpretação não pode ser meramente subsuntiva, em especial quando visa proteger a dignidade da pessoa ao preencher o conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Num segundo momento, como fio condutor deste trabalho, observa-se que, diante da repersonalização do direito civil, a hermenêutica filosófica revela-se como um importante instrumento para trazer a noção de pessoa e de sua dignidade. Assim, o enfoque existencial fenomenológico⁸⁵⁴ de Heidegger apresenta-se como um viés que permite a leitura da boa-fé objetiva nos contratos, partindo da pessoa humana como ser-no-mundo, momento em que sua compreensão mostra-se como um modo-de-ser.

Pela hermenêutica filosófica⁸⁵⁵, a pessoa humana antes de “instaurar a relação de conhecimento” já se encontra inserida nela como ser-no-mundo. Verifica-se que o mundo não existe por si mesmo e que somente “o ser-aí tem mundo”; portanto, a pessoa não conhece um “mundo independente de si”, pois o ser se revela no decorrer do tempo e sua revelação não se dá de “modo completo e absoluto”, mas de maneira contínua e permanente. O ser de um ente somente é instaurado “a partir da compreensão do ser que o ser-aí possui.”⁸⁵⁶

Com isso, numa relação contratual as partes não devem ser compreendidas apenas e simplesmente como contratante e contratado, vendedor e comprador, locador e locatário etc., como se fossem desacopladas ou separadas do mundo que as antecede e ao qual pertencem. Essa visão de sentir-se inserido como ser-no-mundo revela a condição histórica e finita do homem, possibilitando a proteção de sua dignidade através da boa-fé objetiva nos contratos.

⁸⁵³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 299.

⁸⁵⁴ Vide alguns pontos importantes no pensamento de Heidegger no ponto 2.2.1.

⁸⁵⁵ Vide a evolução filosófico-histórica da noção de pessoa humana no ponto 1.2.1.

⁸⁵⁶ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 111.

Para a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva vislumbra-se a relevância de serem consideradas as pessoas integrantes do pacto como membros lançados no mundo, que ao mesmo tempo os antecede e os envolve. Desse modo, a pessoa humana não pode mais ser vista, juridicamente, como um “sujeito insular, abstrato, atemporal e despido de historicidade, vincado por um antropomorfismo virtual, sem conexão direta e imediata com a realidade histórica.” Tal concepção fez com que o direito contratual se afastasse da vida de fato,⁸⁵⁷ olvidando diferenças e desconsiderando o *alter*.

Ressalta-se, inicialmente, que, pela fenomenologia de Heidegger, a pessoa mostra-se de modo histórico, envolvida num meio social, vivendo conjuntamente com seus semelhantes e com eles compartilhando experiências. Esse convívio social constrói sua historicidade e seu contínuo envolvimento no mundo, permitindo-lhe a manutenção de sua condição humana. O homem mantém-se humano convivendo com humanos.

Logo, a pessoa não se apresenta apenas no aspecto biológico, como se o fato de ser humana “aflorasse” independente da sua história. Busca-se compreender o homem inserido na história na qual vive e da qual faz parte, não apenas como uma criatura da natureza.⁸⁵⁸ Desse modo, somente a partir das obras do espírito humano há a possibilidade de fixar algo sobre a essência humana.⁸⁵⁹

Para tanto é necessário entender a pessoa segundo uma ótica real, concreta e histórica. Frente à repersonalização não existe lugar para a “absolutização do indivíduo como um ‘eu’ metafísico e sem vínculos históricos”⁸⁶⁰, pois antes de as partes serem contratante e contratado, ou após, na esfera judicial, autor e réu, são pessoas humanas que, inseridas num contexto histórico de um mundo que as antecede e a par do interesse envolvido na relação negocial, precisam ter sua dignidade protegida.⁸⁶¹

⁸⁵⁷ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 81-82.

⁸⁵⁸ Observa-se que “o mundo, incluindo-se aí o próprio homem, não é simplesmente uma substância objetiva colocada diante dos olhos humanos, mas sim uma percepção da natureza, dos objetos, de si e dos outros mediada por um sentido que é sempre apreendido por alguém, e a partir do qual, se pode dizer que o mundo só o ‘ser-aí’ o tem, assim, como o próprio ser-aí só se revela enquanto ente a partir de uma compreensão existencial e não como mera existência física e biológica.” SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva*, p. 123.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁸⁶⁰ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 4.

⁸⁶¹ Assevera Bodin de Moraes que “é neste ambiente que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e

Nessa linha, é importante ressaltar que o ser não se manifesta por inteiro; a vida não se desvela na sua integridade, visto que, sempre que se descobre algum sentido, outros se ocultam. Conforme a lição de Heidegger, é necessário que se guarde o ser com cuidado, pois o conhecimento da pessoa humana não se apresenta de modo inteiro e absoluto, mas mostra-se de modo “histórico, temporal e situacional”.⁸⁶²

Destarte, infere-se que “não há um sujeito sem *mundo*, assim como não há, igualmente, um sujeito isolado dos outros.”⁸⁶³ Tal afirmação demonstra o caráter existencial da pessoa, mostrando-a em sua concretude, em sua relação com as demais, reforçando a repersonalização contratual. Em especial, destaca e valoriza a noção da confiança que deve nortear as relações contratuais, fazendo com que os contratantes pautem suas condutas na ética, na confiança recíproca, para alcançar as legítimas expectativas.⁸⁶⁴

É relevante para as obrigações contratuais que o *ser-aí* na condição de ser-no-mundo também se mostra como um ser-com, ou seja, existe e, ao mesmo tempo, é cercado por outras pessoas, com as quais convive e forma o meio social, sendo imprescindível que a dignidade de todos seja respeitada. Tal noção de respeito pode ser explicada pela lição de Kant e fundamenta-se num princípio moral que, “submetido à prova da universalização”, torna-se um imperativo categórico.⁸⁶⁵ Esse imperativo determina que a pessoa deve agir de

solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.” *Constituição e direito civil: tendências*, p. 109.

⁸⁶² SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 43.

⁸⁶³ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva*, p. 129.

⁸⁶⁴ Ressalta-se que a boa-fé objetiva busca proteger a confiança entre as partes para que busquem as legítimas expectativas no pacto avençado, abrangendo inclusive as fases pré e pós-contratual, como se vê no julgado que segue: “REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. Negociações preliminares a induzir os autores a deslocarem-se até o Rio de Janeiro para a aquisição de veículo ‘semi-novo’ da ré, na companhia de seu filho ainda bebê, gerando despesas. Deslealdade nas informações prestadas, pois oferecido como ‘uma jóia de carro’, ‘impecável’, gerando falsas expectativas, pois na verdade o veículo apresentava pintura mal feita, a revelar envolvimento em acidente de trânsito. Omissão no fornecimento do histórico do veículo que poderia confirmar as suspeitas de tratar-se de veículo batido. Danos materiais, relativos às passagens aéreas e estadia e danos morais decorrentes do sentimento de desamparo, frustração e revolta diante da proposta enganosa formulada. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (Recurso Cível Nº 71000531376, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 08/09/2004).”

⁸⁶⁵ Refere Kant que “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 51.

modo que sua ação possa tornar-se norma para os demais. Essa consciência moral que decorre da autonomia, do agir corretamente, como se sua ação fosse se tornar regra universal, é que explica a dignidade da pessoa humana.⁸⁶⁶

Salienta-se que a pessoa humana, além de ter uma condição histórica de ser-no-mundo, também possui um modo-de-ser, uma faticidade. Assim, na perspectiva existencialista de Heidegger, o ser-aí⁸⁶⁷ se apresenta “como um ente que deriva do ser e por ele é guiado”; é dotado de inúmeras possibilidades, mas deve ter consciência de seus limites e de sua condição finita.⁸⁶⁸

Nessa existência de finitude, o homem percebe que se lhe abrem inúmeras possibilidades⁸⁶⁹ durante sua vida, porém a maior e inevitável é a de não ter mais possibilidades e morrer. Por causa de sua finitude o homem vive a angústia de não conseguir completar seus projetos. Essa disposição de ânimo ou faticidade é fenomenológica, pois não pode ser definida por uma teoria, mas tão-somente ser vivida.

A faticidade⁸⁷⁰ revela a vivência do dia-a-dia da pessoa humana, o modo-de-ser concreto e relacional do homem, que só pode ser compreendido vivendo. Na relação contratual, esse existencial é de grande relevância para a proteção da dignidade da pessoa humana por meio do princípio da boa-fé objetiva, pois a palavra dada, a promessa realizada e a confiança estabelecida acontecem no mundo real⁸⁷¹, entre pessoas pertencentes a um contexto histórico.

⁸⁶⁶ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva*, p.126.

⁸⁶⁷ Refere Silva Filho que o ser-aí na condição de um ente deriva do ser, sendo por ele guiado. “A liberdade nestes termos é aquela possível dentro de nossa situação finita. Estar em contato com suas possibilidades é, antes de mais nada, ter consciência dos próprios limites e encontrar-se no caráter situado e projetado de todo ser-aí. É por isso que o ser-aí é um existenciário, não porque ele instaure algo enquanto fonte absoluta, mas sim porque só através dele o ser se manifesta.” SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 145.

⁸⁶⁸ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 145.

⁸⁶⁹ Observa-se que na analítica existencial do *dasein* as condições de possibilidades não se apresentam de modo pleno, assim para descrevê-las no círculo hermenêutico tem que se apoiar nelas mesmas, ou seja, para descrever os preconceitos tem que se apoiar nele mesmo. *Ibid.*, p. 137.

⁸⁷⁰ Para Heidegger a faticidade é o “caráter fatural do fato da pre-sença em que, como tal, cada pre-sença sempre é.” *Ser e tempo I*, p. 94.

⁸⁷¹ A confiança é protegida pela compreensão do modo-de-ser dos contratantes. A decisão abaixo demonstra que a relação contratual efetivou-se com a simples ‘anotação em caderno’, revelando uma prática comercial antiga e em desuso, diversa daquelas que acontecem numa sociedade de massa e complexa, como a atual. “COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE BELEZA, E COMPRA E VENDA INFORMAL DE PRODUTOS COLONIAIS (MEL, QUEIJO, ETC). SISTEMA DE ANOTAÇÃO EM CADERNO. ADMISSÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, COM ACEITAÇÃO DO REFERIDO SISTEMA DE CONTROLE DE PAGAMENTOS PELO COMPRADOR. RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE AS CONTRATANTES, CALCADA NA **BOA FÉ OBJETIVA**. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO.

Nesse sentido, é importante perceber que os contratantes não são entes abstratos, coisificados ou desumanizados, que assumiram uma obrigação contratual. Ao contrário, por sua faticidade, são pessoas reais e possuem uma vivência própria que as faz diferentes das demais, tornando-as merecedoras de proteção à confiança depositada no contrato. Compreende-se, assim, que o conteúdo da boa-fé objetiva revela-se pelo modo de ser, é fenomenológico.

A projeção da repersonalização nos contratos assentada no princípio da boa-fé objetiva abandona⁸⁷² as concepções abstratas e genéricas do sujeito de direito e busca proteger a confiança, para que o contrato se desenvolva com lealdade, seriedade, correção e probidade, resguardando as legítimas expectativas dos contratantes⁸⁷³, pessoas reais, de carne e osso, inseridas num contexto social. Nessa linha, a repersonalização busca a proteção da dignidade da pessoa humana, mormente nos contratos, buscando resgatar “a reciprocidade e a confiança que estão presentes na promessa”⁸⁷⁴, revelando-se pela boa-fé objetiva.

SENTENÇA MANTIDA. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71001014505, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 14/12/2006).”

⁸⁷² Ressalta Fachin que o direito civil contemporâneo tem a tendência de abandonar noções genéricas e abstratas tanto em relação ao sujeito de direito como ao objeto da relação jurídica. “Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica. [...] Em dimensão elástica do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é aquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função.” *Teoria crítica do direito civil*, p. 89-90.

⁸⁷³ Verifica-se no julgado a quebra da confiança e da reciprocidade entre os contratantes. A conduta de uma das partes fez com que a outra não alcançasse as legítimas expectativas que depositava no pacto. “AÇÃO DECLARATÓRIA. SEGURO DE VIDA. READEQUAÇÃO DE CARTEIRA. RENOVAÇÃO ONEROSA AO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. INDEVIDA A PRETENSÃO DE QUE O AUTOR FIRME NOVO CONTRATO DE SEGURO, ADAPTADO À LEI 9.656/98, COM CUSTOS MAIS ELEVADOS, SOB PENA DE CANCELAMENTO DA APÓLICE, POR DECISÃO UNILATERAL DA SEGURADORA, SOB PENA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, NÃO TENDO, NO CASO, O SEGURADO ADERIDO AO NOVO PLANO DE SEGURO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 35, § 4º E 35-E, III, DA LEI Nº 9.656/98. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001177211, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Santana, Julgado em 14/02/2007).”

⁸⁷⁴ Explica Silva Filho que “é necessário resgatar no contrato a reciprocidade e a confiança que estão presentes na promessa. A promessa, em princípio, tem como garantia a palavra dada, e a razão moral do porquê ela deve ser cumprida se apóia na possibilidade de um contar com, de um certo princípio da fidelidade. Quando a palavra da promessa recebe a chancela jurídica, ela passa a ser um contrato. Neste momento, a expectativa que a promessa gera no outro se transforma em direito. É precisamente aqui que o foco no direito subjetivo tende a eclipsar o aspecto solidário e moral sobre o qual o contrato se sustenta. Daí por que o sistema jurídico não pode fechar-se em si mesmo, como propunha a pandectística alemã e seus assemelhados analíticos, não pode perder a conexão com o sistema ético, nem tampouco com o político.” *Pessoa humana e boa-fé objetiva*, p. 135.

Assim, a boa-fé objetiva retrata a “necessidade social e institucional”⁸⁷⁵ de que os contratantes possam manter a confiança mútua, resultante da promessa no pacto, pois disso emergem deveres de conduta avoluntarísticos⁸⁷⁶, justamente para resguardar esse ato de confiar. Porém, não existe um padrão fixo, um arquétipo pronto e definido da boa-fé objetiva para cada espécie contratual, visto que cada contrato possui suas peculiaridades e as pessoas envolvidas possuem uma determinada pré-compreensão, historicidade e faticidade próprias, o que impossibilita outra situação idêntica. Nesse sentido, para o pensamento heideggeriano “o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente.”⁸⁷⁷

Entretanto, ressalta-se que a desmedida abstração oriunda do modelo clássico do contrato ainda hoje reflete seus efeitos, escondendo por trás do conceito de sujeito de direito a concepção de pessoa humana, ou seja, de um ser humano real, que possui necessidades básicas de alimentação, moradia, educação, saúde e outras para serem satisfeitas⁸⁷⁸; que possui suas próprias particularidades, as quais o distinguem de todos os demais e o fazem um ser único, enfim, uma pessoa que necessita ter sua dignidade⁸⁷⁹ respeitada para continuar sendo humana.

⁸⁷⁵ SILVA FILHO, *Pessoa humana e boa-fé objetiva*, p. 134.

⁸⁷⁶ Os deveres instrumentais ou anexos não constam de rol taxativo surgem no caso concreto e seu conteúdo deve ser fixado pela necessidade de proteção das pessoa envolvidas. Exemplifica-se tais deveres com as decisões que seguem: “AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO. COBRANÇA DE ENCARGOS E TAXAS DE MANUTENÇÃO DA CONTA-CORRENTE. DEVER DE INFORMAÇÃO VIOLADO. Não se concretizando o contrato de financiamento, única razão para a abertura de conta concorrente, não se justifica a manutenção da mesma apenas para a cobrança de taxas. Descumprimento ao dever de boa fé objetiva. Instituição financeira que não notifica o correntista quanto ao seu interesse na manutenção do contrato firmado, alertando-o em relação aos encargos e taxas a serem cobrados, **descumpre o dever de lealdade e de informação**, estabelecidos no art. 6º do CDC. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71000872283, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 29/06/2006).” Grifo nosso. “FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE RESTAURANTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 130 DO STJ. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. **DEVER ANEXO DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO OUTRO CONTRATANTE, DERIVADO DA BOA FÉ OBJETIVA**. Ante a não entrega de tickets comprobatórios do estacionamento no restaurante, a prova de que o veículo furtado lá se encontrava pode ser feita por outros elementos probatórios como o boletim de ocorrência logo após o furto e a própria prova testemunhal. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71000855809, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 20/06/2006).” Grifo nosso.

⁸⁷⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 311.

⁸⁷⁸ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 85.

⁸⁷⁹ A decisão refere a historicidade e a faticidade de uma das partes num contrato de fornecimento de água. E com base nessa realidade, que retrata a miséria e a exclusão, decide com base na dignidade da pessoa humana. “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. INADIMPLENTO. PESSOA HUMILDE E DESEMPREGADA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE NO FORNECIMENTO. A Constituição Federal quando estabelece a competência em tema de serviço público está, na verdade, estabelecendo dever e obrigação constitucional de o Poder Público prestar o serviço. O

Pela boa-fé objetiva e conseqüente tutela da confiança, emerge a importância da alteridade⁸⁸⁰ e, com ela, da dignidade da pessoa humana⁸⁸¹, que sempre deve ser respeitada e protegida na convivência em sociedade. Não existe dignidade se não forem atendidas as necessidades fundamentais do ser humano, se não for reconhecida a liberdade do outro e se não for visto como alguém real, que tem sua historicidade e um estado de ânimo próprio, representado por sua faticidade⁸⁸², pelas escolhas que fez, pelas possibilidades que ainda tem, mormente pela certeza de sua finitude.⁸⁸³

serviço de fornecimento de água potável é de interesse local, sendo dever do Município (CF, art. 30, V), serviço esse que, embora passa ser concedido, deve sempre ser prestado de forma adequada, contínua e tempestiva (CF, art. 175, IV, e art. 241), asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços (CF, art. 37, § 3º, I). Em face do princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, o serviço, se for o caso, deve ser prestado aos pobres, humildes e desempregados independentemente de pagamento. O fato de haver concessão não desonera o Poder Público constitucionalmente devedor do serviço de fazer a prestação gratuita a quem não pode pagar, podendo o concessionário cobrar do Poder Público concedente o valor do serviço que tem de prestar a quem não pode pagar. Os pobres, humildes e desempregados não podem ser obrigados a beber e a preparar alimentos com água contaminada porque não têm condições de pagar pelo fornecimento, o qual é dever constitucional do Poder Público. Serviço público essencial, que se constitui como monopólio do Estado, não pode ser prestado somente àqueles que têm condições de pagar, com exclusão dos pobres e marginalizados. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70018032490, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 28/02/2007).” Grifo nosso.

⁸⁸⁰ Refere Aguiar que “a alteridade pode ser vista e vivida como condição prévia, como anterioridade existente que está à minha frente e que me obriga a responder a ela em termos de conduta e posições perante o mundo. É o rosto doutro que existe, que sofre, que me desafia, que sente, que pulsa e erra, que sofre e vive a dor, a alegria e as opressões, que exige a construção ética, [...]” AGUIAR, *Alteridade e rede no direito*, p. 15. Complementa o autor que “[...] o caminho possível é o da ética, que originariamente está presente na condição humana, que se depara com o rosto do outro à sua gente e dentro de si mesmo, o que nos leva à necessidade de pensarmos a ética e o direito a partir do aprofundamento da presença do outro, na aceitação de sua diferença e no seu acolhimento necessário para constituir a dinamicidade da relação eu-outro.” *Ibid.*, 28.

⁸⁸¹ Exalta Bodin de Moraes a necessidade “de buscar e consolidar a primazia da dignidade da pessoa humana, consagrando-lhe plena e absoluta eficácia também no contexto que a ela mais diz respeito, na ordem jurídica que regula suas relações mais importantes justamente porque são as relações que a tocam mais de perto, isto é, o direito civil. Com Paul Válerly, reafirme-se que “o que há de melhor no novo é o que responde ao desejo mais antigo.” *Constituição e direito civil: tendências*, p. 113.

⁸⁸² O julgado mostra o dever de cooperação e lealdade decorrente da boa-fé objetiva, em face da situação econômica de uma das partes. Revela a importância de compreender a pessoa por seu modo-de-ser, por sua faticidade. “SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. AÇÃO REVISIONAL DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDOS COMINATÓRIO DE RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO D’ÁGUA E DE INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO. 1. Inadimplência. Possibilidade jurídica do parcelamento. O **Princípio da Boa Fé Objetiva** constitui-se em fundamento jurídico que permite a revisão dos contratos de fornecimento de energia elétrica, nas hipóteses em que, involuntariamente, há o superendividamento do consumidor, pois **impõe o dever de cooperação e lealdade entre os contratantes**. 2. Alegação de prejuízo em função da cobrança de consumo presumido. Descabimento. O uso do hidrômetro objetiva apurar o excesso de consumo a partir da tarifa básica estabelecida em lei. Inexistência de ilegalidade na conduta da ré. Impossibilidade de impor a instalação do hidrômetro. Valores devidos, uma vez que decorrentes de parcelamento já concedido, na esfera administrativa, pela concessionária de serviço público. Provedimento do recurso nesse ponto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001004274, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 28/11/2006).” Grifo nosso.

⁸⁸³ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 152-153.

A par da necessidade de proteger a confiança nos contratos pelo princípio da boa-fé objetiva, há que se dizer que parte numerosa e expressiva da população excluída socialmente sequer tem acesso à circulação e distribuição de bens, encontrando-se à margem dos contratos, vivendo no mais completo abandono e desrespeito a sua dignidade. Tal fato retrata uma sociedade excludente e um sistema jurídico que não concretiza os valores constitucionais.

A propósito, a fenomenologia do *ser-aí* revela-se como um importante viés para a filtragem dos valores contidos na Constituição Federal, na medida em que procura focar a importância da pessoa, mostrando-a na sua vida real, como ser-no-mundo, enfatizando que compreender é um modo de ser. Assim, entender a pessoa dentro de sua historicidade e faticidade é, sem dúvida, compreender a necessidade de proteção a sua dignidade. Salienta-se que “o respeito à pessoa humana, única em sua individualidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez o único princípio de coerência possível em um democracia humanista, e que, confia-se, um dia venha a ter alcance universal.”⁸⁸⁴

Por fim, constata-se que a hermenêutica filosófica pode mostrar a pessoa humana, por meio de sua concretude, situando-a nas relações com os demais, na esfera de existência, remetendo-a ao mundo da experiência, como algo que só pode ser vivido. Com base nessa leitura fenomenológica, a boa-fé objetiva exalta o respeito à confiança e à reciprocidade nos contratos, valorizando a realização das expectativas e eticizando a relação contratual, em vista da proteção do homem. Essa tutela da confiança concretiza a dignidade da pessoa humana, pois a vê de modo existencial, real, que não se define *a priori*, mas na vivência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, constata-se que a realidade contratual encontra-se em permanente questionamento, devendo ser entendida e construída no caso concreto, visto que sua compreensão não se revela no conhecimento, mas no modo-de-ser, ou seja, em cada aplicação. Percebe-se que a sociedade atual, que é marcada por uma modernidade líquida, sofre alterações em ritmo acelerado, e o direito, como ciência social, deve estar aberto a essas modificações. Com isso, o direito civil sofreu nos últimos tempos transformações que provocaram ruptura com antigos e inabaláveis padrões.

Tais mudanças decorreram do fenômeno da constitucionalização do direito civil, que irradiou os valores constitucionais sobre o ordenamento jurídico, revelando que o direito civil não é neutro, mas possui uma função política que o aproxima da Carta Magna e mostra a estreita relação entre Estado e sociedade.

Contudo, observando a historicidade do direito civil e da Constituição até chegar aos dias atuais, constata-se que no Estado Liberal de Direito as normas constitucionais limitavam-se a prever a organização do Estado e a proteger os direitos fundamentais individuais, apresentando-se alheias ao direito civil. As normas civis, por sua vez, eram apolíticas, não sofriam incidência constitucional e apareciam organizadas nas codificações, que detinham a posição de núcleo do sistema jurídico; caracterizavam-se por serem neutras e conceber o homem de modo abstrato, traduzindo seu pensamento na igualdade formal e na autonomia da vontade. Tal modelo constituiu-se num instrumento de dominação dos ricos sobre os pobres, gerando desigualdade e exclusão social.

Com relação ao direito contratual, nessa fase, constatou-se que vigorava a espécie clássica do contrato assentada no modelo jurídico oriundo do racionalismo, escola que entendia a pessoa à luz da razão, como um sujeito com respostas prontas e acabadas, senhor de verdades absolutas e indiscutíveis. Tal pensamento serviu de base para o

⁸⁸⁴ BODIN DE MORAES, *Constituição e direito civil: tendências*, p. 113.

positivismo, que veio a se constituir num sistema fechado, auto-referente e representado pela força da lei. Nessa linha, somente é direito o que o direito diz que é direito; logo, se for jurídico basta, não precisa ser ético.

No Estado Liberal a teoria tradicional do direito civil valorizou o saber acumulado, a organização de categorias como sujeito de direito, relação jurídica, negócio jurídico etc., bem como enalteceu a funcionalização destes conceitos. Nessa realidade, a obrigação contratual foi compreendida como a expressão máxima da autonomia da vontade, fundamentada na liberdade, na igualdade formal e no individualismo. Entretanto, esse modelo, que causou injustiças e exclusão social, foi decaindo e enfraquecendo a concepção de relação jurídica e de sujeito de direito definidos de modo abstrato, preestabelecido e abstraído do mundo da vida. Ruiu, pois, o dogma dos valores absolutos da segurança, da certeza e da estabilidade.

Num segundo momento, por meio do Estado Social, a Constituição passou a valorizar a questão social e a representar um instrumento de justiça social, vindo a influenciar o direito civil, amenizando sua concepção individual-liberalista. Com isso, as codificações perderam o caráter de centro do sistema jurídico, surgindo os microsistemas. Assim, o crescimento dos interesses coletivos levou à publicização do direito privado, reduzindo a clássica divisão entre público e privado, visto que o direito civil não conseguiu ficar afastado do interesse público. No direito contratual, o Estado limitou a autonomia da vontade, relativizando a liberdade contratual para restabelecer a comutatividade nos pactos, mormente para combater as cláusulas abusivas. No mesmo sentido, estabeleceu limites ao fenômeno da massificação, surgindo a figura do consumidor e a defesa de seus direitos, mostrando-o merecedor de proteção e amparo, por ser hipossuficiente e vulnerável.

Ressalta-se que, o Estado Social caracterizou-se por ser interventor, momento em que aumentou sua área de atuação e reduziu o espaço da autonomia privada. Diante dessa forma interventora revelou-se um Estado com estrutura centralizadora, com presença marcante em todos os setores e com nítidas tendências monopolizadoras, totalizantes e burocráticas. Apresentou-se com um modelo totalitário impedindo o desenvolvimento da democracia e da atuação dos sujeitos sociais. Porém, mesmo com matriz interventora e assistencialista não foi capaz de suprimir diferenças sociais e econômicas. Enfim, o Estado Social causou desencanto, pois não conseguiu realizar as aspirações sociais, vindo a ser sucedido pelo Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, surgiu da necessidade de concretizar um regime democrático, bem como de efetivar a proteção à pessoa humana. Desse modo, sua finalidade é a transformação da situação vigente, buscando a justiça social e a reestruturação das relações sociais, pela dignidade do ser humano e pela consideração da pessoa como membro de uma comunidade. Com base na democracia e na defesa dos direitos humanos, o Estado Democrático de Direito reconhece a atuação dos sujeitos sociais, não só os partidos, sindicatos, eleitores etc., mas também os movimentos sociais, abrindo, assim, o espaço para a pluralidade e a diversidade.

No Brasil a passagem para o Estado Democrático de Direito foi marcada por grande mobilização e participação popular que culminou na eleição e instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte. De forma democrática e direta incumbiu-se legitimidade a um Poder Constituinte para elaborar e promulgar a Carta Magna de 1988, que por sua vez, fixou como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

O Estado Democrático de Direito compreende as relações sociais segundo o prisma da solidariedade e de valorização do ser humano, intensificando a publicização do direito privado. Portanto, esse Estado, assentado nos ideais democráticos e na defesa dos direitos humanos, passou a ver a Constituição não apenas como uma Carta Política, mas como centro do ordenamento jurídico, refletindo seus efeitos sobre todos os demais ramos do direito.

Com isso, promoveu a constitucionalização do direito civil, oportunidade em que a Constituição Federal de 1988 disciplinou questões que até então eram regradas pelo direito privado, como família, propriedade e contratos, com o intuito de sedimentar o Estado Democrático de Direito. Dessa maneira a Constituição Federal passou a representar a fonte de valores que embasam o Código Civil, dando ênfase ao valor maior, que é a pessoa humana.

Ressalta-se a primazia da pessoa humana como fim do Estado Democrático de Direito, não existindo prioridade maior do que o respeito e a defesa do homem e sua dignidade, em todas as dimensões. Essa defesa incondicionada da pessoa humana também decorre da internacionalização dos direitos humanos, visto que o homem passou a ser

entendido como cidadão do mundo, devendo ser respeitado onde quer que se encontre e protegido em qualquer situação. Diante disso, constata-se que a dignidade da pessoa humana não é apenas um valor supremo que alicerça o sistema jurídico nacional, mas representa matéria de direitos humanos, referindo-se a toda a humanidade.

Para tanto, observou-se na evolução filosófico-histórica da noção de pessoa humana que a corrente existencialista de Heidegger mostra-se como uma importante leitura para a concretização desses ideais de proteção à pessoa. Nesse viés, o homem é visto como um ser único e insubstituível, que vive inserido na sociedade, num constante relacionamento para inteirar-se com os demais e completar-se. A pessoa constitui-se num ser-no-mundo envolvido num horizonte histórico-cultural e precisa ter sua condição humana mantida pela proteção à sua dignidade.

A dignidade da pessoa na condição de valor maior, juntamente com o direito à vida, serve de fundamento aos direitos humanos e como fim ao ordenamento jurídico, revelando-se como base para os princípios da igualdade, liberdade, integridade física e moral e solidariedade. Portanto, a dignidade representa um valor em construção, um conceito moldado de forma constante e dinâmica, no dia-a-dia, no viver do homem, em permanente relação com o ambiente. A dignidade não pode mais ser apresentada por uma noção metafísica e estática, como algo que pode ser apreendido ou definido, como o fez o racionalismo; ao contrário, constitui um valor que identifica o ser humano como algo que não pode ser definido, mas que deve ser vivido pela sua historicidade, sua finitude, seu *ser-aí*.

Assim, os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, irradiaram-se no direito civil e, conseqüentemente, nos contratos, com o objetivo de valorizar a pessoa, reduzir a desigualdade e promover a justiça social. Tal fenômeno foi denominado de repersonalização ou despatrimonialização do direito civil, eis que rompeu com o dogma individualista e patrimonialista dominante, e colocou a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico. A pessoa encontra-se na condição de “sol” do sistema, em torno do qual o ordenamento jurídico gira na defesa de sua dignidade.

Repersonalizar significa repensar o direito, colocando-o a serviço da vida, bem como reler categorias do direito civil, passando a entender a pessoa não mais como um sujeito de direito abstrato, ou determinado por fatores puramente biológicos, mas como um

ser-no-mundo, que vive num plano real, que é visto com um fim, está inserido num meio social e necessita de proteção à sua dignidade.

Nesse contexto, entrou em vigor o Código Civil de 2002 contendo uma estrutura com sistema aberto, sedimentada na principiologia constitucional, como também trazendo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Em especial no direito contratual, vislumbram-se a presença e a importância das cláusulas gerais, que são instrumentos que oxigenam o sistema jurídico, em face de não serem pré-constituídas pelo legislador, mas construídas pelo julgador em cada novo caso, como, por exemplo, a boa-fé objetiva. Assim, a boa-fé nos contratos, funda-se na lealdade, na solidariedade e na justiça social.

Portanto, a conceituação do contrato no Estado Democrático de Direito, em face da principiologia constitucional, mais especificamente da dignidade da pessoa humana e da justiça social, só pode ser pré-compreendida pela sua função social e pela boa-fé objetiva. O contrato só pode ser entendido no caso em concreto, diante das situações vividas pelos contratantes.

Logo, as diretrizes do Código Civil na seara contratual encontram-se fundamentadas na eticidade e na socialidade, ou seja, na valorização da pessoa humana e na solidariedade social. Nesse sentido, da eticidade decorre o princípio da boa-fé objetiva, que tutela a confiança, e da socialidade advém o princípio da função social do contrato, que atribui uma qualidade solidarista ao contrato, determinando que tenha uma utilidade.

Em especial, os reflexos da repersonalização projetam-se nos contratos pela proteção da confiança por meio da boa-fé objetiva, tutelando a conduta dos contratantes e determinando que eles se portem com lealdade e correção. A boa-fé objetiva promove a eticização das relações contratuais, fazendo prevalecer a valorização da dignidade da pessoa sobre a autonomia da vontade.

A boa-fé objetiva fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, revelando três importantes funções, ou seja, como cânone hermenêutico, como forma de limitação dos direitos subjetivos e, sobretudo, na criação de deveres jurídicos, denominados de anexos. Tais obrigações representam um dever de conduta das partes contratantes, caracterizando-se por serem avoluntarísticos, não existirem em número fechado, apresentarem-se exemplificativamente como deveres de proteção, de informação, de correção, de sigilo, de

lealdade, de cooperação etc. Os deveres anexos, ou instrumentais, dependem do caso em concreto, bem como das partes envolvidas.

Porém, inobstante as transformações jurídicas ocorridas, parte dos aplicadores do direito ainda se encontra amarrada a um modelo liberal-individualista-normativista do contrato, no qual a autonomia da vontade representa o seu núcleo e as palavras refletem a essência das coisas. Assim, a hermenêutica filosófica aparece como oposição a este pensamento dogmático, representando uma importante contribuição para a aplicação das normas contratuais, eis que o aplicador só interpreta porque compreendeu, sendo a compreensão a condição de possibilidade de toda a interpretação.

Com isso, a hermenêutica filosófica mostra-se um excelente caminho para conceituar o contrato, porém a sua noção só poderá ser dada no caso concreto, sendo a linguagem sua condição de possibilidade. Somente a pré-compreensão gera a compreensão, a qual se dá pelo modo-de-ser-no-mundo; assim, a *applicatio* atribui sentido. Da mesma forma, igual raciocínio deve ser seguido para a aplicação da principiologia contratual e da cláusula da boa-fé objetiva, pois, à luz da hermenêutica filosófica, são faticidade e historicidade, devendo ser identificadas somente no caso concreto.

Verifica-se, sob o ângulo da interpretação, que a aplicação da boa-fé objetiva deve ser realizada com base numa pré-compreensão (estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia), definida pela historicidade e faticidade (condição de possibilidade de interpretação) das partes. A interpretação acontece num só momento, que é a *applicatio*: o intérprete só interpreta porque compreendeu, e compreendeu porque tinha pré-compreensão. Logo, a compreensão já é a aplicação, unindo as partes do todo e atribuindo sentido, neste caso tutelando a confiança e protegendo a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a hermenêutica filosófica também se apresenta como uma importante leitura sobre a noção de pessoa humana e a concretização da repersonalização do direito civil, em especial, preenchendo o conteúdo dos princípios dela decorrentes. Na visão fenomenológica de Heidegger a compreensão sustenta-se num mundo que antecede o homem, o qual, por sua vez, na condição de ser-no-mundo, revela-se um ente histórico e finito. Sua historicidade decorre da convivência e do contato com os demais humanos no meio social (ser-com). Já a faticidade desvela-se na vivência da pessoa, na temporalidade,

no estar lançado no mundo e cercado por inúmeras possibilidades, destacando-se a finitude como a maior delas.

Assim, observar a historicidade e a faticidade, respectivamente, o modo histórico e finito da pessoa, significa respeitar a dignidade do ser humano, vendo-o como alguém real e concreto; uma pessoa de carne e osso, que tem um nome, um endereço; que existe no mundo e constrói sua vida em cada ação, tendo plena ciência de sua finitude. Representa entender que a pessoa não é um indivíduo sozinho, isolado, que pertence ao gênero humano e que pode ser definido por disposições legais abstratas. Com isso, a repersonalização não se coaduna com a idéia de pessoa humana enquadrada abstratamente como sujeito de direito, situando-se como pólo ativo ou passivo de uma relação jurídica, mas, sim, representa a valorização do homem em sua concretude, como valor maior do sistema jurídico.

Entretanto, mesmo diante da primazia da pessoa humana, a sociedade atual é carente de humanidade e promove a exclusão social, levando a que milhares de pessoas sequer tenham nome, alimentação, moradia, educação, saúde, e vivam em total estado de miséria, em situação não humana. É necessário resgatar a dignidade dessas pessoas, protegendo-as na concretude de sua vida, de sua faticidade, inserindo-as como membros de um meio social, político e econômico que não planifique as diferenças, mas que as reconheça e respeite.

Conclui-se que o centro do direito civil é representado pela dignidade da pessoa humana e que somente se pode mostrar o homem pelo que ele é. Para tanto, com base no fio condutor da hermenêutica filosófica, vê-se a pessoa humana concretamente, situando-a nas relações, em sua esfera de existência, por meio de algo que só pode ser vivido. Trazendo essa leitura para a boa-fé objetiva, conclui-se que ela deve ter seu conteúdo preenchido em cada caso, pois o que concretiza a dignidade é ver a pessoa de modo existencial, como modo-de-ser, que não pode ser visto na teoria, mas deve acontecer na vivência. O homem é sendo.

Por fim, observa-se que o contrato deixou de ser visto apenas como a expressão máxima da autonomia privada e hoje representa um processo que cria um vínculo obrigacional decorrente da autonomia privada, trazendo um resultado jurídico da ação dos agentes e devendo ser pré-compreendido à luz dos princípios da função social e da boa-fé

objetiva. Assim, a boa-fé objetiva, como um meio de tutelar a confiança, deve ter seu conteúdo estabelecido levando em conta a condição do ser humano de ser-no-mundo, mostrando-o fenomenologicamente, em sua vida concreta, em sua vivência real.

Desse modo, o contrato respeitará a dignidade da pessoa humana, tutelando a confiança e conduzindo a que as partes alcancem as legítimas expectativas no pacto, e, sobretudo, representará uma possibilidade de movimentar riquezas, fundamentada no espírito da justiça e do bem social. Portanto, diante da repersonalização do direito civil promovida pelo Estado Democrático de Direito, o contrato, por meio da boa-fé objetiva, constitui-se num meio de concretização da dignidade humana, apresentando-se como instrumento de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R.. Alteridade e rede no direito. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 3, n. 6, jul./dez., 2006. p.11-43.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13 a 32.

_____. A Boa fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, abr./jun.,1995. p. 20 – 27.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez.,1998. p.7-26.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8.ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *A revolução*. Tradução de Editora UnB. São Paulo: Ática, 1988.

_____. *As origens do totalitarismo: imperialismo, a expansão do poder*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jul./set., 1998. p.113-120.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-148.

_____. Constituição e direito civil: tendências. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, n. 15, ago./dez., 1999. p. 95-113.

_____. A constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, nº 17, 1999. p.76-89.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 2.ed., Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas, n. 1, jul./dez., 1991. p. 59-73.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Código Civil e Constituição Federal. 58.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CARRIO, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos tipos de problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DESCARTES, René. *Discursos do método*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150.

_____. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23/ 24, jul./dez., 1997. p.123 - 139.

FINGER, Julio Cesar. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.85-106

FONSECA, João Bosco Leopoldino, Cláusulas Abusivas, *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, out./dez., 1995. p. 52-62.

FRADERA, Véra Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, ORLANDO. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. *Direitos humanos na América Latina: transições inconclusas e a herança das novas gerações*. Unisinos, 2001.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUYTON, Arthur C. *Tratado de fisiologia médica*. 9. ed. Tradução Charles Alfred Esbérard. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.89-152.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. 14.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Ser e Tempo*. Parte II. 12.ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Estado de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p.288-291.

IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. Tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEVI, Primo. *Isto é um homem?* 3. ed. Tradução Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do contato no Estado social – crises e transformações*. Maceió: Renovar, 1983.

_____. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 17, 1999. p. 56-75.

_____. Transformações gerais do contrato. *Revista trimestral de direito civil*, v. 16. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p.103-113.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. *Combate às cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: R.T., 1998.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Daniele Comin. Direitos humanos: historicidade e contemporaneidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de.(Org.) *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.611-661.

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: R T, 1999.

_____. O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS/Síntese, n. 15, 1998. p.129-154.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992. p.127-154.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-186.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

MENEZES, João Carlos. *Código do Consumidor: jurisprudência selecionada*. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu trigo de. *Fundamentos para um interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, 1997.

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

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OST, François. Tiempo y contrato – crítica del pacto fáustico. In: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 25. Madrid: Universidad de Alicante, 2002. p. 597-626.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 9-18.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.3-29.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.151-172.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin-Claret, 2005.

SABOIA, Gilberto Vergne. *O Brasil e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISES, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1998.

SCHMIDT da SILVA, Agathe E. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996. p.146-161.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Transformações jurídicas nas relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p.143-195.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 67-91.

_____. Pessoa Humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.113-136.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.99-126.

SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. *Seis estudos sobre 'ser e tempo'*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1988.

_____. *Racionalidade e existência*. São Paulo: L&PM, 1988.

_____. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Ithaca, 1966.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p.223-271.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, GUSTAVO. *Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Tradução de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I.- interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.