



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LAURICIO ALVES CARVALHO PEDROSA

**O PAPEL DO DIREITO PRIVADO NA CONSTRUÇÃO DE
UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA**

Salvador
2016

LAURICIO ALVES CARVALHO PEDROSA

**O PAPEL DO DIREITO PRIVADO NA CONSTRUÇÃO DE
UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira
Coorientador: Prof. Dr. Jan Schapp

SALVADOR
2016

P372

Pedrosa, Laurício Alves Carvalho,

O papel do direito privado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária / por Laurício Alves Carvalho Pedrosa. – 2016.
323 f.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.

1. Direito privado. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Pluralismo jurídico.
I. Universidade Federal Bahia

CDD- 340.9

LAURICIO ALVES CARVALHO PEDROSA

**O PAPEL DO DIREITO PRIVADO NA CONSTRUÇÃO DE
UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em 28 de abril de 2016.

Nelson Cerqueira – Orientador _____
Doutor em Literatura Comparada pela Indiana University, Bloomington, Estados Unidos.
Universidade Federal da Bahia.

Ricardo Maurício Freire Soares _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela Università del Salento.
Universidade Federal da Bahia.

Mário Jorge Philocreon de Castro Lima _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Universidade Federal da Bahia.

Lucas Abreu Barroso _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.
Universidade Federal do Espírito Santo.

Marcos Jorge Catalan _____
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.
Unilassale.

Aos meus pais e a minha irmã, com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, à minha mãe, pelo apoio incondicional ao longo de toda a minha vida; por ter me recebido de volta, nos intervalos em que me mantive em Salvador, em virtude das obrigações do Doutorado; por ter enfrentado comigo alguns momentos difíceis, provocados por toda pressão envolvida nesse processo. Talvez, para compensar, pudemos partilhar alguns dos momentos mais maravilhosos da minha vida. Em seguida, a meu pai e minha irmã, por todo o amor, carinho, apoio e excesso de preocupação, sempre!

A toda a minha família, suporte para todos os momentos. Dentre eles, alguns tiveram participação direta na construção da tese: meu primo-irmão Diogo Carvalho, que sempre me traz novas e interessantes perspectivas, além de importantes indicações bibliográficas; Taís Carvalho, com quem discuti alguns temas e recebi indicações bibliográficas; Márcia Carvalho, pelas indicações bibliográficas e ajuda com as obras em francês; Dalva Leal, com o carinho de sempre e apoio em questões administrativas; Emmanuelle Carvalho, também pelas indicações bibliográficas. A Carmo Aguiar, com quem pude passar o Natal de 2014 em família. A Cinthia Lisboa, por todo o carinho, atenção e paciência ao longo do último ano.

Gostaria de agradecer aos amigos, que tornaram menor a distância no período da realização das pesquisas fora do Brasil, ao me transmitirem o calor humano de que eu precisava, nos momentos mais difíceis. Dentre eles, Carla Guimarães Moura, Vanessa Pessanha, Ronaldo Arléo, Susana Arléo, Alexandre Araújo, Tércio Franklin Novaes, Julio Lourenço de Souza, Fernanda Lima, Carol Almeida, Leonor Pacheco, Wagner Rodrigues, Luana Rosário, Débora A. Paixão, Marcos Catalan, Eliza Cerutti, Lívia Manolescu.

Aos queridos amigos e colegas do Doutorado, com quem pude discutir temas, partilhar angústias e indicações de obras, e também por todo o carinho ao longo dos últimos anos: Aos queridos Valdir Ferreira de Oliveira, Urbano Félix Pugliese Bonfim, Nadialice Francischini, Ana Theresa Meirelles, Mauricio Requião, Othoniel Pinheiro Neto e, em especial, a Vanessa Pessanha, por todo o apoio durante o curso, e por realizar uma revisão minuciosa de todo o trabalho. Palavras e gestos serão sempre insuficientes para agradecê-la adequadamente.

Aos meus orientadores: o professor Rodolfo Pamplona Filho, com quem pude discutir o tema e construir a estrutura da tese, além de ter obtido um apoio incondicional ao longo de todo o doutoramento, especialmente na concretização do Estágio de Doutoramento

na Alemanha. Ao professor Jan Schapp, meu orientador na Alemanha, com quem tive o privilégio de conviver ao longo de um ano e meio, período em que me ofereceu lições memoráveis sobre a vida, a história, o Direito, a filosofia e muitos outros temas. Recebeu-me como um filho na Alemanha e posso dizer que suas atitudes me levaram a compreender o verdadeiro sentido do termo *Doktorvater*. Ao professor Nelson Cerqueira, que assumiu a orientação na fase final da conclusão do trabalho, mas me ofereceu um importante auxílio na construção da tese, com relevantes críticas, sugestões e indicações bibliográficas.

Ao professor Lucas Abreu Barroso, pelas discussões prévias acerca do tema que deu origem ao Anteprojeto de tese e pelas relevantes indicações bibliográficas.

Ao professor Christoph Benicke, que me adotou como um membro da sua *Professur*, o que me permitiu intensificar o intercâmbio científico, cultural e de ideias. À professora Greta Olson, que me recebeu em seu grupo de pesquisa e com quem tive o privilégio de discutir sobre multiculturalismo e pluralismo jurídico, o que me rendeu referências essenciais à elaboração da presente tese. Aos professores Martin Ramsted e Jan Christoph Suntrup, também pelas relevantes indicações bibliográficas. Ao professor Erik Jayme, por ter me recebido na Universidade de Heidelberg para discutir questões relativas ao meu tema e me ofereceu importantes sugestões e referências. A todos os funcionários da Justus-Liebig Universität Giessen que me auxiliaram de alguma forma, em especial a Günther Albrecht, bibliotecário da referida instituição, por todo o auxílio prestado durante as minhas pesquisas. Gostaria de agradecer também a Eduardo Viana, por ter me recebido em Barcelona e me auxiliado em pesquisas na Universidad Pompeu Fabra. A Deborah Alcici Salomão, com quem construí uma belíssima amizade, por todo o apoio oferecido no período em que morei em Gießen, por todas as críticas e sugestões realizadas em relação a esse trabalho, e por todas as atividades acadêmicas que desenvolvemos juntos.

A Fernanda Lima, querida amiga e colega na UESC, por todo o auxílio prestado em diversos setores, desde antes do ingresso no Doutorado. Tal ajuda foi essencial para que eu pudesse ter tranquilidade no desenvolvimento das pesquisas. Agradeço também pelos debates, críticas e sugestões aos temas aqui tratados.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA, em especial aos professores Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Mônica Aguiar, Paulo Bezerra, Ricardo Maurício Freire, Mário Jorge Philocreon Lima, bem como ao atual coordenador do PPGD, prof. Heron José de Santana Gordilho. Aos funcionários do PPGD,

em especial Jovino Ferreira (*in memoriam*), Luiza Castro, Angélica, Ângela e Ivana Oliveira Cordeiro.

Aos queridos amigos que fiz na Alemanha e que me ofereceram também um intercâmbio de ideias, além de momentos maravilhosos e inesquecíveis juntos, que amenizaram a saudade provocada pela distância: aos queridos Deborah Alcici Salomão, Ardyllis Soares, Rachel Ripardo, Andressa Schneider, Leo, Carla Camargos, Christian Suarez Franco, Simone Backes, Núbia Pini, Humberto Marchesi, Giselly Brasil, Victor Cardoso, Salim Hage, Arthur Ferreira Neto, Luciana Eick, Letícia Lange, Coralie Bamberg, Anna Mokrushina, Florian, Sveta, Ludja, Fernando Ceballos, Katinka Edelmann, Elmas Kir, Lars Brotrück, Karl Wagner, Mirella Wegner, Torsten Wegner, Charlene Farrugia, Victória Günter, Maria Eduarda, Lucas Corte Real.

Gostaria de agradecer também a Robert Haag, cujo auxílio com traduções para o alemão foi fundamental para que eu pudesse realizar o Estágio de Doutorado, além do apoio no período em que estive na Alemanha. Agradeço também a todos os meus professores de Alemão, em especial: Petra de la Vega, Tamara Seher, Stefan Dudivitz, Indra Luthiane e Gabriela Costa.

Agradeço aos professores e funcionários do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz, especialmente àqueles profissionais que assumiram as disciplinas que eu lecionava, durante o período da minha licença, e a Clara Barretto, por todo o apoio administrativo nesse período.

Agradeço também a todos os meus alunos, que muito me ensinaram nesses 10 anos de docência.

“Se, no próximo, enxergamos sempre e apenas o outro, nunca vamos parar de machucá-lo”.

Doutrina do Advaita. In: Ilija Trojanow.
O colecionador de mundos.

RESUMO

A presente tese busca apresentar propostas de sentido e justificação aptas a promover uma transformação no Direito Privado brasileiro, com base nos valores ético-jurídicos da alteridade e da responsabilidade. Almeja-se estabelecer uma maior vinculação entre as normas de Direito Privado e os princípios ético-políticos fundamentais, consagrados na Constituição, de modo a superar a predominância do paradigma individualista, em direção a uma maior efetivação da democracia e da solidariedade social. Para tanto, realiza-se uma análise da formação histórica dos valores éticos atualmente dominantes, para demonstrar que as noções de cuidado e responsabilidade pelo outro remontam aos primeiros sistemas éticos de que se tem conhecimento. Em seguida, são elaboradas interpretações para as noções de alteridade e responsabilidade consideradas essenciais para a construção de uma ética adequada ao século XXI. São analisados também os efeitos negativos que a padronização e o poder disciplinar produziram em relação à identidade e a cultura de muitos povos. Na luta pelo reconhecimento das diferentes identidades, o multiculturalismo é compreendido como uma realidade, que se reflete no Direito através do pluralismo jurídico. Nesse contexto, é atribuída à Constituição a tarefa de harmonizar as diferentes ordens e valores em conflitos. No Brasil, o paradigma individualista do Direito Privado pode ser superado através da interpretação de suas normas em consonância com os objetivos gerais da República, o que exige o aprofundamento da ideia de constitucionalização dos direitos. Ultrapassada a transição paradigmática, a pessoa deixa, então, de ser vista como um indivíduo isolado, abstrato e unidimensional para ser considerado um sujeito multifacetado, plural e socialmente reconhecido em sua dignidade. A autonomia passa a ser concebida numa perspectiva intersubjetiva, dialógica. Ademais, abandona-se o tratamento dicotômico das tutelas da personalidade e do patrimônio, tendo em vista que ambas possuem um objetivo comum: a valorização da pessoa humana. A vulnerabilidade é reconhecida como um estado do sujeito e princípio norteador do novo Direito Privado. Propõe-se que a obrigação seja compreendida como laço de solidariedade social; que as funções sociais das propriedades incorporem em seu conteúdo a ideia de sustentabilidade; a percepção da responsabilidade por danos como prevenção e a ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária. Na concretização dessas propostas, importante será o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, que na interpretação das cláusulas gerais deve vincular-se aos princípios constitucionais, o que retira do juiz a possibilidade de exercício de um poder discricionário.

Palavras-chave: Direito Privado; alteridade; responsabilidade; pluralismo jurídico; solidariedade

ABSTRACT

The present thesis aims to present proposals of signification and justification capable to promote a transformation of Brazilian Private Law, based on the ethical-law values of alterity and responsibility. This work establishes a closer link between Private Law norms and the fundamental ethical-political principles, disposed in the Brazilian Constitution, in order to overcome the predominance of an individualist paradigm, moving towards democracy effectiveness and social solidarity. In order to reach such goal, the present thesis analyzes the historical formation of the currently prevalent ethical values, to help demonstrate that the notions of care and responsibility to one another dates back to the first ethical systems ever known. Subsequently, versions of different explanations for alterity and responsibility were elaborated, which are considered as essential to the construction of adequate ethics for the XXI Century. Negative effects of the standardization and disciplinary power reflected into the identity and the culture of many nations are also analyzed. In the struggle for the recognition of different identities, multiculturalism is perceived as a reality, which is reflected in the Law through legal pluralism. In this context, the Constitution has the task of harmonizing the different conflicting values and orders. In Brazil, the individualist paradigm of Private Law may be overcome by the interpretation of its norms in association with the Republic's general objectives, which requires deepening the idea of submitting rights to a constitutional perspective. Once the paradigmatic transition is surpassed, the person ceases to be perceived as an isolated individual, abstract and unidimensional to be considered a multifaceted individual, plural and socially recognized in its dignity. Autonomy is then recognized under an intersubjective, dialogical perspective. Moreover, the dichotomist treatment of custody of the individual personality and property is abandoned, taking into consideration that both have a common goal: the valorization of the human being. Vulnerability is recognized as a state of the individual and as the guiding principle of the new Private Law. It is proposed that the obligation should be understood as bond of social solidarity; that the idea of sustainability is to be incorporated in the content of social functions of properties; the perception of responsibility for damages as prevention and the broadening of social responsibility hypotheses. In the implementation of such proposals, the role of the Judiciary will be of pivotal importance as it should be bound by constitutional principles in the interpretation of general clauses, thus retracting from the judge the possibility of exercising a discretionary power.

Key-words: Private Law; alterity; responsibility; legal pluralism; solidarity

ZUSAMMENFASSUNG

Die hier vorliegende These präsentiert Vorschläge von Bedeutung und Rechtfertigung, fähig, eine Wandlung des brasilianischen Bürgerlichen Rechts zu erreichen und beruht auf den ethisch-rechtlichen Werten des Alterität und der Verantwortung. Es soll eine stärkere Verbindung zwischen den Normen des Bürgerlichen Rechts und den ethisch-rechtlichen Grundprinzipien, wie in der Verfassung verankert, geschaffen werden, dahingehend, das Vorherrschen des Paradigma des Individualismus zu überwinden und somit ein stärkeres Wirken der Demokratie und gesellschaftlicher Solidarität zu erreichen. Dazu wird eine Analyse des historischen Werdens der derzeit vorherrschenden ethischen Werte durchgeführt, um aufzuzeigen, dass die Begriffe der Sorge und Verantwortung für den Nächsten auf die ersten bekannten ethischen Systeme zurückreichen. In der Folge werden Erklärungen für die Begriffe Alterität und Verantwortung ausgearbeitet, die als wesentlich für den Aufbau einer dem 21. Jahrhundert angemessenen Ethik angesehen werden. Außerdem werden die negativen Auswirkungen veranschaulicht, welche die Normierung und die Strenge der Herrschaft auf die Identität und Kultur vieler Völker ausüben. Im Kampf um die Anerkennung der verschiedenen Identitäten wird die Kulturvielfalt als Realität verstanden, was sich im Recht als Rechtspluralismus widerspiegelt. In diesem Zusammenhang ist es die Aufgabe der Verfassung, eine Harmonisierung der verschiedenen Regelwerke und Werte, die sich im Konflikt befinden, herbeizuführen. Das Paradigma des Individualismus im Bürgerlichen Recht lässt sich mit Hilfe der Auslegung seiner Normen in Abstimmung mit den allgemeine Maßgaben der Republik überwinden, was allerdings die Vertiefung der Idee der Verankerung der Rechte in der Verfassung erfordert. Ist erst der Übergang zu einem anderen Paradigma vollzogen, dann hört die Person auf, ein isoliertes, abstraktes und eindimensionales Individuum zu sein, um als ein vielgeschichtiges, mehrwertiges Subjekt betrachtet zu werden, das in seiner Würde soziale Anerkennung findet. Die Selbstbestimmung wird aus der Perspektive des Austauschs und intersubjektiven Relationen gesehen. Die dichotomische Behandlung in der Aufsicht über Persönlichkeit und Vermögen sollte aufgegeben werden, denn beide haben eine Gemeinsamkeit, die Wertschätzung der menschlichen Person. Die Verletzlichkeit wird als ein Zustand des Subjekts anerkannt und bestimmt die Ausrichtung des neuen Bürgerlichen Rechts. Man schlägt vor, dass die Verpflichtung als Band sozialer Solidarität verstanden wird und die sozialen Funktionen des Eigentums die Idee der Nachhaltigkeit enthalten sollen, sowie die Auffassung der Schadenshaftung als Vorbeugung und Erweiterung der Vorstellungen der solidarischen Verantwortung aufgefasst werden. Bei der Verwirklichung dieser Vorschläge wird der Rolle der Justiz verstärkte Bedeutung zugewiesen, die bei der Auslegung von Generalklauseln sich an die Prinzipien der Verfassung binden sollte, was dem Richter die Möglichkeit eines Ermessensspielraum nimmt.

Schlüsselwörter: Bürgerliches Recht; Alterität; Verantwortung; Rechtspluralismus; Solidarität.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abs.	Absatz
a.C	antes de Cristo
AC	Acre
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ago.	agosto
AREsp.	Agravo em recurso especial
Art.	Artigo
AgRg	Agravo Regimental
Ap. Cív.	Apelação Cível
Atual.	Atualizada
BGB	Bürgerliches Gesetz Buch
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Câm. Cív.	Câmara Cível
Cf.	Confira
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Internacional de Doenças e problemas de saúde
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	Coordenação
Coords.	Coordenadores
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
Des. (a)	Desembargador ou Desembargadora
dez.	dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
Ed.	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
Fev.	fevereiro

GO	Goiás
GV	Getúlio Vargas
HC	Habeas Corpus
j.	julgado em
jan.	janeiro
JD	Juiz de Direito
JLU	Justus-Liebig Universität
jul.	julho
jun.	junho
mai.	maio
Min.	Ministro
MG	Minas Gerais
N.	número
nov.	novembro
orgs.	organizadores
out.	outubro
p.	página
PUC	Pontifícia Universidade Católica
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp.	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
s/a	sem ano
SC	Santa Catarina
set.	setembro
SP	São Paulo
Sr.	Senhor
Sra.	Senhora
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

T.	Tomo
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trad.	Tradução
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UESC	Universidade Estadual de Santa Cruz
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
USP	Universidade de São Paulo
v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS VALORES ÉTICOS PREDOMINANTES NO ATUAL SISTEMA MUNDIAL E SUA ESTREITA VINCULAÇÃO COM O RESPEITO E A PROMOÇÃO DA FELICIDADE DO OUTRO	26
2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS VALORES ÉTICOS PREDOMINANTES NO ATUAL SISTEMA MUNDIAL.....	27
2.1.1 A ética na antiguidade e na Idade Média: o desenvolvimento das noções de prudência, cuidado e amor ao próximo.....	30
2.1.2 A ética no Iluminismo: um esboço da noção de alteridade?.....	35
2.2 A FENOMENOLOGIA E A CRÍTICA À METAFÍSICA: O RETORNO AO EMPÍRICO.....	44
2.3 A CRISE ÉTICA CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO JURÍDICO.....	48
2.4 ALGUMAS PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DA CRISE ÉTICA.....	53
2.4.1 Ética da responsabilidade em Hans Jonas.....	53
2.4.2 Emmanuel Lévinas e a Ética da Alteridade.....	60
2.4.3 A filosofia da libertação de Enrique Dussel.....	66
2.4.4 O pós-moralismo de Gilles Lipovetsky.....	74
2.5 O RESPEITO AO OUTRO EM SUA ALTERIDADE E A RESPONSABILIDADE COMO PRINCÍPIOS ÉTICO-FILOSÓFICOS NECESSÁRIOS PARA A CONSTITUIÇÃO DE UMA ÉTICA ADEQUADA AO SÉCULO XXI.....	78
3 ÉTICA DA ALTERIDADE E DA RESPONSABILIDADE COMO FUNDAMENTO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INDIVIDUALISTA	97
3.1 A DIFICULDADE DO SER HUMANO EM CONVIVER COM A DIFERENÇA..	97
3.2 O PODER DISCIPLINAR E A NEGAÇÃO DA ALTERIDADE.....	103
3.3 O MULTICULTURALISMO E A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE.....	107
3.4 O PLURALISMO JURÍDICO COMO REFLEXO DE UMA SOCIEDADE	

MULTICULTURAL.....	115
3.5 A SOLIDARIEDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU PAPEL NA CONTEMPORANEIDADE.....	125
3.6 RESPEITO À ALTERIDADE E RESPONSABILIDADE PELO OUTRO: VALORES ÉTICO-POLÍTICOS PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE PERMITEM A CONSTRUÇÃO DE NOVAS FORMAS DE SOCIALIDADE, A RECONSTRUÇÃO DO JURÍDICO E O DESENVOLVIMENTO DE UMA EFETIVA SOLIDARIEDADE SOCIAL.....	136
4 O PAPEL DAS NOÇÕES DE ALTERIDADE E DE RESPONSABILIDADE NA ÉTICA DAS RELAÇÕES PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS: DO INDIVIDUALISMO À SOLIDARIEDADE DEMOCRÁTICA.....	146
4.1 CRÍTICA AO INDIVIDUALISMO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO.....	147
4.2 POR UM APROFUNDAMENTO DA IDEIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A EXIGÊNCIA DE RESPEITO AOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	157
4.3 DO INDIVÍDUO UNIDIMENSIONAL AOS DIFERENTES SUJEITOS: AS MÚLTIPLAS FACES DO SER HUMANO E A NECESSIDADE DE RESPEITÁ-LO EM SUA ALTERIDADE E DIGNIDADE.....	171
4.4 A PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA DA AUTONOMIA PRIVADA: O PAPEL DO OUTRO.....	183
4.5 O RESPEITO À ALTERIDADE E A RESPONSABILIDADE COMO FUNDAMENTOS ÉTICOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS: O RESPEITO À PERSONALIDADE, AO PATRIMÔNIO E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA.....	194
5 A EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	218
5.1 O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE COMO UM ESTADO DO SUJEITO E PRINCÍPIO NORTEADOR DO NOVO DIREITO PRIVADO.....	218
5.2 INSUFICIÊNCIA DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO COMO LIMITE À LIBERDADE: A COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COMO LAÇOS DE SOLIDARIEDADE.....	231
5.3 POR UMA CONCEPÇÃO MAIS ADEQUADA DAS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES.....	242
5.4 A REDISCUSSÃO DOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE POR DANOS: AMPLIAÇÃO DAS MEDIDAS PREVENTIVAS E DAS HIPÓTESES DE	

SOLIDARIEDADE.....	257
5.5 A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DAS CLÁUSULAS GERAIS, A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS.....	273
6 CONCLUSÃO.....	295
REFERÊNCIAS.....	302

1 INTRODUÇÃO

Para os fins do presente trabalho, almeja-se analisar qual papel deve ser desempenhado pelo Direito Privado, especialmente a partir do Direito Civil – como referência geral desse ramo do Direito – na realização dos objetivos gerais da República. Parte-se da premissa de que suas normas foram relegadas à função de solucionar tão somente conflitos interindividuais, sem que se percebesse que a resolução de tais lides influencia a estruturação econômica e social de qualquer sociedade, cujos efeitos têm contribuído para manter e aprofundar as desigualdades sociais existentes na sociedade brasileira. Ademais, não se tem oferecido a devida atenção aos conflitos e objetivos de natureza transindividual na esfera das relações privadas.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa exploratória, cujo objetivo é aprofundar o estudo do problema de pesquisa e formular hipóteses que assegurem uma interpretação adequada à superação do paradigma liberal-individualista no âmbito do Direito em geral e, especialmente, no Direito Privado. Nesse sentido, foi realizada ampla pesquisa bibliográfica e documental, na busca por soluções de problemas e questões socialmente relevantes dentro do tema proposto. A pesquisa se propôs a apresentar estratégias de argumentação e decisão, diante dos conflitos identificados, no que se refere à interpretação/aplicação do Direito.

Para instrumentalizar tal pesquisa, foi realizada ampla revisão de literatura, tendo como principais fontes livros, artigos científicos, publicações periódicas e impressos diversos referentes ao tema. Foi utilizada também a tópica, ou seja, o raciocínio desenvolvido a partir de problemas, de modo a identificar, através da crítica aos conflitos solucionados pelas mais recentes decisões dos Tribunais, um reforço das teses que são propostas – especialmente quando tais decisões delas se distanciam – uma vez que não se pode separar a interpretação da aplicação do Direito.

Almeja-se, assim, realizar uma transformação¹ na interpretação do Direito Privado, a partir da identificação de valores éticos pautados pela responsabilidade e pelo respeito à diferença – alteridade – na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro. O escopo consiste

¹ Enrique Dussel reconhece grande importância estratégica à transformação, que busca realizar ações éticas críticas a partir da vida cotidiana. Segundo o referido autor, “‘Transformar’ é mudar o rumo de uma intenção, o conteúdo de uma norma: modificar uma ação ou instituição possíveis, e até um sistema de eticidade completo, em vista dos critérios e princípios éticos enunciados, no próprio processo estratégico e tático”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 539.

em realizar uma crítica à eticidade dominante na interpretação do sistema do Direito Privado, que se caracteriza em regra pelo individualismo e monismo, e propor mudanças tanto para a teoria quanto para a práxis cotidiana.

Para tanto, faz-se necessário estabelecer uma maior vinculação entre o Direito e pensamento ético-político da sociedade contemporânea. Nesse sentido, busca-se, propor uma interpretação das normas do Direito Privado em consonância com os princípios ético-políticos fundamentais, consagrados na Constituição Federal, que seja capaz de assegurar a tais preceitos maior efetividade jurídica e social. Parte-se, portanto, do pressuposto de que todo ato, instituição ou sistema – o que inclui o sistema jurídico – possuem eticidades subjacentes.

A análise histórica indica que a preocupação e o cuidado com o outro remontam aos primórdios dos sistemas éticos que influenciaram a formação do pensamento ocidental, cuja origem pode ser identificada no norte da África e na Mesopotâmia. Tais valores provavelmente se desenvolveram a partir da percepção da vida comunitária como uma necessidade insuperável. A tutela dos mais vulneráveis também tem origem nos primeiros códigos éticos de que se tem conhecimento.

As noções de prudência, cuidado e amor ao próximo se intensificaram na Antiguidade, com os gregos, e na Idade Média, com o cristianismo. No Iluminismo, percebe-se uma tentativa de secularizar tais valores, que se transformaram em direito positivo com a formação dos Estados modernos.

Não obstante a presença desses valores na ética e no Direito modernos, constata-se a prevalência daqueles que contribuíram para o desenvolvimento de um paradigma sociocultural individualista, cujos efeitos ainda se fazem presentes nos dias atuais. Com base na crença de que a razão seria capaz de abranger todo sentido possível – ou toda a realidade, foi criado o método racionalista, que compreendia o ser humano como um ser isolado, separado das coisas e, por conseguinte, expulso da natureza como sujeito pensante.

O desenrolar de tais ideias terminou por se degenerar na razão instrumental, caracterizada por ser calculista, desumanizadora e determinada exclusivamente por processos técnicos e utilitaristas de um sistema que escapou ao controle dos indivíduos. A razão instrumental tornou-se a única razão e o individualismo exacerbado gerou certa indiferença diante do sofrimento do outro.

Esse paradigma refletiu-se fortemente no Direito que, enquanto objeto cultural, não poderia ter deixado de sofrer sua influência. A partir dos séculos XVII e XVIII prevaleceram

normas jurídicas marcadas pelo individualismo, que se fundavam nas noções de direito subjetivo, sujeito de direito e de contrato social.

No âmbito do Direito Privado, tal fenômeno foi ainda mais acentuado, uma vez que se tornou o ramo responsável por disciplinar as relações econômicas da classe social ascendente: a burguesia, interessada em fixar uma disciplina mínima para as relações econômicas e sociais. Com esse escopo, desenvolveu-se um Direito fundado na autonomia da vontade, ou seja, na capacidade das pessoas de autorregularem seus próprios interesses.

Não obstante toda a crítica desenvolvida nas últimas décadas em face do individualismo jurídico, tal paradigma continua a prevalecer no Direito brasileiro e, de modo ainda mais marcante, no âmbito do Direito Privado. Isso em razão de ainda ser dominante o entendimento segundo o qual somente ao Estado possui a incumbência de, por meio de políticas públicas, promover atividades voltadas para a realização dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º): construir de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com isso, cria-se um círculo vicioso em que, por um lado, no âmbito do Direito Público, são formulados e executados programas sociais que buscam reduzir as desigualdades sociais e, por outro, tem-se um Direito Privado marcado por uma interpretação individualista e elitista, que promove uma espoliação dos mais vulneráveis e anula boa parte dos efeitos benéficos produzidos no âmbito das políticas públicas. Desse modo, não se consegue tornar efetivos tais objetivos consagrados na Constituição Federal.

Com a afirmação acima, não se pretende fazer uma defesa da tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, separação essa que se encontra superada. Não se pode negar, contudo, a existência de peculiaridades que os distinguem e exigem uma interpretação diferenciada, ainda que voltada para atingir as mesmas finalidades. Defende-se, portanto, que ambos os ramos devem ser interpretados de modo a realizar os objetivos fundamentais da República e que se essa função for relegada tão somente ao Direito Público não será possível alcançar tais desideratos.

Na formulação das propostas apresentadas na presente tese, são utilizadas como referenciais teóricos as ideias de alguns pensadores contemporâneos. No primeiro capítulo, parte-se da constatação de que o respeito ao outro e a sua alteridade – enquanto característica inerente à condição humana – constituem valores identificáveis desde os primeiros sistemas

éticos dos quais se tem conhecimento e que foram consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, constrói-se uma proposta de interpretação dessa eticidade subjacente que seja considerada mais adequada ao momento atual. Diante da necessidade de uma constante renovação de tais conteúdos nos diferentes sistemas éticos, com reflexos nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, são apresentadas propostas de atualização de sentidos.

Desse modo, busca-se construir uma ética da alteridade e da responsabilidade a partir das contribuições de Hans Jonas e Emmanuel Levinás. Defende-se que, não obstante a profunda distinção entre as noções desenvolvidas pelos referidos autores, elas possuem um caráter complementar.

Enquanto o primeiro desenvolve uma responsabilidade *a posteriori*, voltada para o futuro, Levinás entende haver uma responsabilidade pré-ontológica, o que explicaria o fato de a dor do outro atingir os demais seres humanos. A noção de responsabilidade aqui proposta busca contemplar ambos os momentos, de modo a desenvolver tanto uma noção de cuidado e respeito ao outro, às diferenças e a todas as formas de vida, quanto à preocupação com o futuro do planeta e com as gerações que virão.

As contribuições de Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel são utilizadas de forma crítica para se afirmar que o desenvolvimento dessa ética exigirá sempre um processo comunicativo, intersubjetivo de construção de ideias e de formação de consensos. Contudo, diante das dificuldades em adaptar as teorias dos referidos autores à realidade latino-americana e, em especial, à brasileira, tendo em vista que a comunidade de comunicação nessa região não é composta por sujeitos livres e iguais, utilizam-se as contribuições de Enrique Dussel, que procurou se afastar do formalismo presente em Habermas e Apel para desenvolver uma ética fundada na materialidade da vida, capaz de oferecer voz às vítimas e aos excluídos.

Concorda-se com a afirmação de Gilles Lipovetsky de que, no atual momento histórico, uma ética fundada no sacrifício e na abnegação não é mais capaz de motivar os sujeitos, de modo a voltar a ser um ideal ético. Diante disso, propõe-se o respeito à diferença e a responsabilidade pelo outro e pelo meio ambiente não como imposições, mas como uma necessidade concreta, destinada a assegurar a plena realização dos seres humanos.

As transformações propostas são objetivamente factíveis, tendo em vista que os valores éticos relativos à responsabilidade e ao respeito à alteridade (diferença) encontram-se presentes no ordenamento jurídico brasileiro e refletem os anseios da sociedade (consenso) no

momento da promulgação da Constituição Federal, uma vez que foram positivados dentre os objetivos fundamentais da República. Constata-se, todavia, certa timidez na aplicação de tais normas, o que representa um reforço à necessidade de realizar as reflexões que se seguem.

No segundo capítulo, analisa-se como as dificuldades de alguns em conviver com as diferenças e em respeitá-las afetam negativamente a formação da identidade de determinados indivíduos ou grupos e gera marginalização social, ao se negar ao outro o respeito à sua dignidade enquanto ser humano. Nesses temas, as reflexões de Tzvetan Todorov – acerca da barbárie como a negação da condição humana àquele que é diferente – e de Michel Foucault – sobre o poder disciplinar como forma de negar a alteridade inerente a todo ser humano – foram fundamentais para a realização das críticas relativas à padronização dos sujeitos, assim como para a defesa, no tópico seguinte, do multiculturalismo, realidade cada vez mais presente no mundo globalizado, como valor a ser considerado na construção de novas formas de socialidade.

Diante de sociedades marcadas pelo multiculturalismo, nas quais não é possível identificar um princípio articulador ou organizador único, exige-se o reconhecimento do caráter plural do Direito. O pluralismo jurídico aqui defendido não se refere apenas ao reconhecimento de diversas ordens jurídicas no interior de um Estado (Boaventura de Souza Santos), mas também no pluralismo de valores presente no interior do Direito positivado, na linha do que postula Hanoch Dagan (pluralismo estrutural).

Em virtude dessa pluralidade, defende-se que a Constituição reconhece conteúdos irrenunciáveis (Peter Häberle) e, com isso, desempenha o papel de um *primus inter pares* (Günter Teubner), atuando de modo a estabilizar as diferentes ordens presentes no seio de uma sociedade, assim como os diversos valores existentes no interior do Direito positivo.

Em seguida, busca-se demonstrar como as noções de respeito à diferença e de responsabilidade são importantes para o desenvolvimento da solidariedade social enquanto valor ético e jurídico, capaz de promover a superação do paradigma individualista em direção a um Estado Democrático de Direito. Para tanto, demonstra-se a compatibilidade dessa interpretação com os princípios e objetivos fundamentais da República brasileira.

No terceiro capítulo, é feita uma crítica à eticidade individualista, ainda dominante no Direito Privado brasileiro, e procura-se explicar como as propostas de transformações interpretativas aqui apresentadas atuam no âmbito do Direito Privado, adéquam-se às mudanças promovidas nos últimos anos e permitem aperfeiçoá-las, em direção à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para tanto, propõe-se um aprofundamento da ideia de constitucionalização do Direito Privado, em que a Constituição efetivamente funcione como um *topos* hermenêutico conformador de todo o sistema (Lênio Streck), o que exige interpretações das relações privadas em consonância com os Princípios Fundamentais e, em especial, com os objetivos fundamentais da República. Almeja-se, assim, estabelecer uma maior vinculação entre os princípios ético-políticos e as normas de Direito Privado.

Defende-se, em seguida, a partir do pensamento de Herbert Marcuse, Alan Renaut, Peter Zima, Pietro Barcellona e Pietro Perlingieri, que a prevalência dos valores ético-jurídicos aqui desenvolvidos é capaz de superar a concepção da pessoa como um indivíduo unidimensional (metafísico, isolado, padronizado e adaptado à racionalidade tecnológica) em direção ao reconhecimento de sujeitos multifacetados, plurais, reconhecidos em sua dignidade.

No mesmo sentido de crítica ao paradigma individualista, propõe-se a superação da concepção de autonomia como lei atribuível a si mesmo (Kant) – e a conseqüente valorização excessiva da vontade –, a fim de concebê-la numa perspectiva intersubjetiva, como abertura ao outro (Alan Renaut), uma vez que os limites para o exercício da liberdade somente podem ser fixados a partir das relações humanas.

Identificada a possibilidade de excessos na fronteira entre a necessidade de cuidado com o outro, de um lado, e a exigência de respeito à sua autonomia, de outro, são sugeridos parâmetros capazes de identificar quais ações representariam o cumprimento do dever de auxílio e aquelas que implicariam possíveis interferências à autonomia do sujeito, na busca por um possível equilíbrio entre tais deveres conflitantes.

Em seguida, são analisadas as transformações que as noções de respeito à alteridade e de responsabilidade promovem em dois institutos do Direito Civil que tradicionalmente são apresentados como dicotômicos: a personalidade e o patrimônio. Procurou-se realizar uma maior aproximação entre ambos, de modo a superar essa separação. Nesse sentido, constatou-se que os efeitos prejudiciais à personalidade de inúmeras lesões patrimoniais têm passado despercebidos pelos tribunais brasileiros, o que exige uma mudança de postura acerca do tema. Entende-se que a proposta formulada está em consonância com a ideia de despatrimonialização do Direito Civil.

No último capítulo são apresentadas algumas propostas voltadas para a efetivação dos referidos valores ético-jurídicos, constitucionalmente reconhecidos, no âmbito das relações privadas contemporâneas. A primeira consiste no reconhecimento da vulnerabilidade

como um estado do sujeito e princípio norteador do novo Direito Privado. O respeito e a responsabilidade perante o outro exigem uma preocupação diante da ameaça à sua vulnerabilidade. Nas relações privadas disciplinadas pelo Código Civil, a vulnerabilidade decorre, em muitos casos, de descumprimento do princípio da boa-fé, no que se refere ao dever acessório de informar ou de manter o sigilo, razão pela qual se almeja construir uma maior interrelação entre as noções de boa-fé e de vulnerabilidade.

Em face da constatação de que cada sujeito somente se constitui a partir do outro, de que a autonomia deve ser compreendida numa perspectiva intersubjetiva, as relações obrigacionais também não podem mais ser compreendidas de acordo com o paradigma individualista, ou seja, como limitação a uma liberdade abstrata, idealizada e distante da realidade humana, marcada pela interdependência. Nesse novo paradigma, propõe-se que a obrigação seja compreendida como um laço de solidariedade social.

Em relação ao direito de propriedade, a exigência de cumprimento da função social representou importante avanço. A atual interpretação oferecida ao conteúdo desse princípio não é, contudo, suficiente para se garantir o equilíbrio, tanto do ponto de vista social, quanto numa perspectiva mais abrangente, como a ecológica. Desse modo, compreensão prevalecente termina por legitimar a degradação do meio ambiente, ao desconsiderar a capacidade regenerativa do ecossistema. Propõe-se uma concepção para as funções sociais das propriedades que esteja em consonância com as atuais questões ambientais e com os princípios constitucionais.

No que diz respeito à responsabilidade por danos, diante de sua atual crise, buscou-se estabelecer uma relação entre sua concepção jurídica e o pensamento ético-político acerca da liberdade, do Estado e do Direito. A partir da compreensão de que as noções de alteridade e responsabilidade podem ser identificadas na Constituição Federal, e representam valores ético-jurídicos adequados para o desenvolvimento da solidariedade social, propôs-se a compreensão da responsabilidade também como prevenção, assim como a ampliação das hipóteses de solidariedade por danos causados, a partir da adoção de um conceito jurídico de nexos causal.

Por fim, analisa-se qual papel deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização das propostas formuladas, especialmente a partir da interpretação/aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Realiza-se uma crítica à noção de discricionariedade judicial e, com base nas reflexões de Ronald Dworkin, Pietro Perlingieri, Gustavo Zagrebelsky, Jürgen Habermas, Gustavo Tepedino, Lênio Streck, dentre outros,

defende-se a vinculação do juiz à Constituição Federal, especialmente aos princípios fundamentais da República.

Dessa forma, busca-se apresentar uma proposta de ressignificação das relações privadas, pautada por um constitucionalismo solidarista e democrático, em consonância com os avanços doutrinários e jurisprudenciais promovidos nos últimos anos, de modo a superar o paradigma liberal-individualista que ainda caracteriza o Direito brasileiro, em direção à efetivação do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988.

2 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS VALORES ÉTICOS PREDOMINANTES NO ATUAL SISTEMA MUNDIAL E SUA ESTREITA VINCULAÇÃO COM O RESPEITO E A PROMOÇÃO DA FELICIDADE DO OUTRO

“Naquele dia Anum e Enil pronunciaram o meu nome [...] Hammurabi, o príncipe piedoso, temente a deus, para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco”.

Código de Hammurabi

O debate sobre ética remonta aos primórdios da civilização humana. Ao longo dos últimos milênios, inúmeras e ricas contribuições foram oferecidas por diversos pensadores e se mesclaram tanto em distintas correntes de pensamento, quanto no seio da sociedade.

Diante dessa multiplicidade de pensamentos, faz-se necessário afirmar que o presente capítulo não tem como escopo a realização de um estudo histórico exaustivo acerca das diversas correntes éticas que surgiram e se desenvolveram ao longo da história da humanidade. Essa tarefa extrapolaria os limites propostos para o presente trabalho. Entretanto, será dado destaque ao pensamento de alguns filósofos com base nos seguintes critérios: 1) A importância histórica do seu pensamento; 2) A influência desse pensamento sobre o Direito e a ética ocidentais; 3) A importância das ideias dos filósofos para o desenvolvimento do tema proposto no presente trabalho.

Inicialmente será feita uma breve análise histórica, na qual se busca identificar a formação de valores que se destacam no atual sistema ético e que são essenciais para o desenvolvimento do tema proposto, a exemplo do respeito ao outro, à diferença e aos mais vulneráveis; da liberdade; da igualdade e da solidariedade. Em seguida, realiza-se uma análise crítica ao pensamento de alguns pensadores contemporâneos, a fim de apresentar uma proposta de interpretação dos referidos valores, entendida como adequada às necessidades e exigências sociais que marcam o século XXI.

Entende-se que, a partir das contribuições oferecidas pelo pensamento de Hans Jonas, Emmanuel Levinás, Gilles Lipovetsky e, em especial, Enrique Dussel, bem como através de algumas críticas a tais ideias, formuladas por outros pensadores, é possível aperfeiçoar a interpretação dada aos referidos valores, de modo a propor mudanças capazes de integrar aqueles que hoje estão excluídos política, social e economicamente.

No caso do Brasil, almeja-se, assim, superar a extrema desigualdade social e regional que marcam a sociedade, de modo a tornar efetivos os objetivos fundamentais da República, consagrados na Constituição Federal.

2.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS VALORES ÉTICOS PREDOMINANTES NO ATUAL SISTEMA MUNDIAL

A ética surge do termo *Ethos*, cujo sentido original se referia à morada, covil ou abrigo dos animais, mas foi metaforicamente transposto para o mundo humano dos costumes, no qual adquiriu o significado de morada espiritual do homem. Trata-se do espaço no qual vai se atribuir um significado à vida humana e tornar o ambiente habitável, não somente na esfera individual, como também na vida social². Tanto o termo ético, oriundo do grego (*êthê*), quanto o termo moral, provindo do latim (*mores*) foram usados para designar os usos e costumes, o modo como as pessoas se comportam. A ética existe para regular as ações e o poder de agir do homem. Para Goffredo Telles Júnior³, a ética ou moral consiste na “ordenação destinada a conduzir o homem de acordo com seus bens soberanos” .

Para Sigmund Freud, a ética é composta pelas rígidas exigências ideais, criadas pelo Super-eu da cultura, de natureza, portanto, coletiva, cujo descumprimento é punido mediante uma “angústia de consciência”⁴. Esses juízos de valor seriam governados pelos desejos de felicidade dos seres humanos e representariam uma tentativa de “escorar suas ilusões com argumentos”⁵.

Tradicionalmente costuma-se identificar a origem do sistema ético ocidental em duas grandes influências: o pensamento grego⁶ e o romano. Suas raízes, entretanto, remontam a um período anterior. Consoante demonstra Enrique Dussel, três grandes sistemas éticos inter-regionais formaram-se em torno da Ásia, África e Europa. Somente com o advento da

² “*ethos* (com *eta* inicial) designa o conjunto de costumes normativos da vida de um grupo social, ao passo que *ethos* (com *epsilon*) refere-se à constância do comportamento do indivíduo cuja vida é regida pelo *ethos*-costume” VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia IV**: introdução à ética filosófica. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p.13.

³ TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Ética**: Do mundo da célula ao mundo dos valores. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

⁴ “Em todos os tempos as pessoas deram enorme valor a essa ética, como se dela esperassem realizações de particular importância. De fato, a ética se dedica ao ponto facilmente reconhecido como mais frágil de toda cultura. Ela há de ser vista então, como tentativa terapêutica, como esforço de atingir, por um mandamento do Super-eu, o que antes não se atingiu como labor cultural”. In: FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 89-90.

⁵ Ibid, p. 92-93.

⁶ Nesse sentido, afirma Henrique Vaz: “Aos filósofos Gregos, criadores da Ética, a dignidade de seu objeto e sua vinculação com os mais altos conceitos aos quais se elevava a Razão, como o Fim, o Bem e o Ser, não deixavam dúvida quanto à natureza filosófica do saber ético”. VAZ, op.cit, p. 18.

modernidade formou-se um sistema ético de dimensões mundiais, sendo que o mundo mesoamericano e inca foram culturas que não participaram diretamente da formação dessas eticidades, não obstante possuírem sistemas próprios⁷.

Faz-se necessário concordar com o referido autor quando demonstra que a história da eticidade se inicia entre o norte da África e Oriente Médio (Egito e Mesopotâmia), e não na Grécia Antiga, como se costuma afirmar. Lá teve início, no oitavo milênio antes de Cristo, o primeiro grande sistema ético inter-regional (África bantu e Oriente Médio) e se formaram muitas das atuais categorias ético-críticas. Os próprios gregos reconheciam a origem egípcia de sua sabedoria. Como exemplo, podem ser citadas a noção de monarquia divina bem como as primeiras racionalizações acerca da teogonia, que surgiram na África central e meridional⁸.

Na região ocupada pelos povos sumério, mesopotâmico e semita origina-se um segundo centro de eticidade desse primeiro sistema inter-regional. Nele já se desenvolviam leis em favor dos fracos, dos pobres e dos estrangeiros, a exemplo do Código de Hammurabi, cujo prólogo já mencionava tais objetivos⁹. Surgiu, então, uma ética voltada para as necessidades da vida, como forma de atender à dignidade do sujeito ético-corporal¹⁰.

Consoante demonstra Dussel, o mundo “indo-europeu”, composto por povos que fundaram os primeiros grandes impérios e abrange os hindus, persas, gregos, romanos e budistas, também foi responsável pela criação de outra forma de eticidade, que deu origem ao segundo sistema inter-regional, cuja influência ainda se verifica nos dias atuais. Para esses povos, a vida temporal, mundana, tem um caráter negativo para a ética. O nascimento é entendido como uma queda decorrente de uma falta ética; e a morte significa o nascimento para a verdadeira vida. Disso resulta uma visão negativa da corporalidade e da sexualidade, o que acarretou exploração da mulher, negação da pluralidade, bem como toda forma de exclusão e dominação de escravos, servos e camponeses. As vítimas, os oprimidos, não têm voz neste horizonte de eticidade¹¹.

Essa dualidade corpo *versus* espírito, e a visão do corpo/matéria como fonte do mal, exerceram forte influência sobre a ética platônica e, posteriormente sobre Kant, conforme se verá a seguir.

⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, Seção 1, passim.

⁸ Ibid., p. 25-26.

⁹ “Naquele dia Anum e Enil pronunciaram o meu nome [...] Hammurabi, o príncipe piedoso, temente a deus, para fazer surgir justiça na terra, para eliminar o mau e o perverso, para que o forte não oprima o fraco”. Ibid, p. 28.

¹⁰ Ibid., p. 28.

¹¹ Ibid., p. 33.

No terceiro estágio do sistema inter-regional (que dura até 1492), há uma retomada da visão de mundo do primeiro momento desse sistema (egípcio-mesopotâmico-semite), que se desenvolve de forma universalizadora e expansiva (tanto por conta do islamismo, quanto pelo cristianismo). Ocorre uma reformulação de uma ética crítica de um pequeno povo escravizado por aqueles que dominavam a técnica da guerra e da agricultura¹².

A partir da crise do Império Romano, invadido pelos germanos, o que provocou um aumento da escravidão e a exploração das massas, desenvolveu-se uma ética crítica que parte dos pobres, dos excluídos e dos próprios escravos no âmbito desses grupos. O critério ético volta-se para uma corporalidade carnal, desenvolvida pelos egípcios e babilônios, em que se prioriza o atendimento das necessidades essenciais.

Esse critério é encontrado também, séculos depois, no alcorão¹³. A ética muçulmana é semita e, portanto, floresce dentro da mesma tradição egípcio-mesopotâmica, judia ou cristã. Consoante afirma Enrique Dussel, a corporalidade carnal é africana, oriental e asiática; não tem nada de europeia ou ocidental.¹⁴

O islamismo dominou o mediterrâneo por aproximadamente 500 anos, dos séculos VII e VIII ao século XIII. Trata-se de uma ética dos pobres, dos oprimidos, dos marginalizados, dos bárbaros, que se tornou dominante e foi responsável por muitas das ideias se desenvolveram na modernidade.

Diante do exposto, constata-se que as eticidades foram sendo formadas dentro de sistemas inter-regionais (asiático-africano-mediterrâneo) bastante abrangentes e que exerceram uma forte influência sobre o pensamento ético global, dando origem posteriormente a um sistema mundial, iniciado a partir das grandes navegações. Entender, portanto, o helenocentrismo e o eurocentrismo como origem dos sistemas éticos corresponde a uma visão ingênua, dotada de forte carga ideológica e, por essa razão, deve ser evitada.

Não obstante a diversidade de sistemas éticos, é possível identificar como importante característica da moral pré-moderna a sua origem teológica. Ela não era concebida como um âmbito distinto da religião. Tratava-se de uma parte do culto que o homem deveria prestar aos

¹² DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 37-38.

¹³ Maomé criticava os ricos comerciantes de Meca, que não repartiam os bens com os pobres de suas tribos, como ordenava a moral tradicional. Por essa razão, o profeta foi expulso e precisou fugir (Hégira) para Medina. O nascimento do Islã ocorreu como uma luta por libertação dos pobres e dos oprimidos.

¹⁴ DUSSEL, op.cit, p. 40.

deuses ou a Deus¹⁵. Como modelo exemplificativo desse momento histórico, será apresentado o pensamento platônico.

2.1.1 A ética na Antiguidade e na Idade Média: o desenvolvimento das noções de prudência, cuidado e amor ao próximo

O sistema ético desenvolvido na Grécia, a partir de ideias oriundas da África setentrional e da Mesopotâmia, foi responsável por exercer uma forte influência sobre todo o pensamento ocidental. Dentre seus diversos pensadores, destacam-se Platão e Aristóteles.

Platão tem como centro do interesse filosófico a questão acerca do trato, das relações entre pessoas. Segundo o referido filósofo, o ser humano caracterizar-se-ia por um dualismo¹⁶, presente na relação entre desejo e razão. Os primeiros, também identificados como impulsos¹⁷, movem e arrastam o homem, pois procedem da paixão e da enfermidade; já a segunda consiste naquilo que retém o ser humano, ao lhe oferecer a possibilidade de controlar suas vontades. Aquilo com que o homem raciocina é o princípio racional da alma; e aquilo com o que deseja, sente fome ou sede, e é perturbado pelos demais apetites consiste no irracional ou apetitivo¹⁸.

Platão não separa, entretanto, desejo e razão de forma absoluta, pois afirma ser o impulso apetitivo o mobilizador da razão. Ressalta que a razão deve controlar esses impulsos. A partir dessa relação entre desejo e razão é que Platão constrói o seu pensamento. A razão é responsável por limitar o desejo e oferecer uma orientação tanto para o mundo interior, quanto para o mundo exterior, em direção à ideia do bem, considerado o mais sublime conhecimento¹⁹.

¹⁵ Em sentido semelhante: LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 02.

¹⁶ Não obstante o reconhecimento dessa contraposição, não se deseja afirmar com isso que o pensamento do referido autor se reduz a um maniqueísmo entre elementos opostos e impermeáveis, mas que essa contraposição é uma característica do seu pensamento e influenciou fortemente o pensamento ocidental. Para uma análise crítica acerca do tema, cf: REIS, Maria Dulce. Por uma nova interpretação das doutrinas escritas: A filosofia de Platão é triádica. **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 116, Dez/2007, p. 379-398.

¹⁷ Segundo Maria Dulce Reis, “Na filosofia platônica, o uso de *epithymía* (apetite de algo) distingue-se daquele do *éros* (desejo, amor). O sentido do primeiro termo é mais restrito que o do segundo. A *epithymía* refere-se a um tipo de ímpeto próprio à parte apetitiva da alma, voltado para determinado objeto (apetite de algo), ligado às experiências de carência e suprimento, de prazer e dor. Já o *éros* refere-se ao impulso da totalidade da alma (e não de parte dela), seu *élan* vital, movimento que conduz a alma à continuidade, à unidade, bem como elemento unificador do múltiplo”. Ibid, p. 385, nota de rodapé. Entretanto, para os fins dessa tese, entende-se ser desnecessária tal distinção, uma vez que para Platão ambos os elementos devem ser governados pela razão.

¹⁸ PLATÃO. **A República**. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 178.

¹⁹ Ibid., p. 267.

Em sua obra “A República”, Platão busca criar um Estado ideal, em que prevaleça a justiça. Nele devem estar presentes pelo menos quatro virtudes: temperança, coragem, prudência e justiça. A temperança é uma regulação e domínio dos prazeres e desejos imbrincada na expressão “senhor de si mesmo”. A coragem é definida como o poder preservador da opinião reta e legítima sobre os perigos reais e imaginários²⁰.

A prudência é responsável por estabelecer uma medição racional dos desejos e, por isso, mostra-se como a mais importante²¹. O sistema ético de Platão tem como fundamento condutor a virtude da moderação ou da cautela²². Nesse sentido, é possível identificar desde Platão a preocupação com a noção de cuidado perante o outro. Tanto assim que chega a afirmar ser sábio e bom aquele que não deseja tirar vantagem do seu semelhante²³. No mesmo sentido, afirma que quando um membro sofre, sofrem todas as pessoas. Quando um cidadão vivencia algo bom ou ruim, todo o Estado com ele se alegra ou sofre²⁴. Constata-se, neste ponto, o início do desenvolvimento da noção de solidariedade, tendo em vista que é estabelecida uma relação entre as vivências de cada cidadão e seus efeitos sobre toda a sociedade.

O ser humano e a cidade são justos quando os três gêneros de natureza (temperança, coragem e prudência) fazem cada um aquilo que lhe é próprio²⁵. Ademais, era possível concluir que a justiça seria um meio termo entre cometer e sofrer o mal, a partir da experiência histórica dos seres humanos que inicialmente entendiam a prática de atos injustos um bem por sua própria natureza e um mal sofrê-los. Constatou-se, contudo, com o passar do tempo que o mal recebido é maior para quem a sofre do que o bem obtido por quem a comete. Por outro lado, as pessoas perceberam que essa regra não lhes permitia evitar danos e o melhor seria celebrar um pacto, a fim de não cometerem nem sofrerem injustiças. Com isso, surgiram as leis e os convênios mútuos e passou-se a denominar de legal e justo aquilo que a lei prescrevia²⁶.

²⁰ PLATÃO. **A República**. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 163.

²¹ Nesse sentido: SCHAPP, Jan. **Liberdade, moral e direito**: Elementos de uma filosofia do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p.13.

²² Nesse sentido: SCHAPP, Jan. *Über Freiheit, Moral und Recht*. In: Schapp, Jan. **Über Freiheit und Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 78.

²³ Platão.op.cit, p. 44.

²⁴ Sobre o pensamento de Platão, cf: RICKEN, Friedo. *Platon: Wissen und Gesetz*. In: **Sozialethik**. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2014, p. 32.

²⁵ PLATÃO. op.cit., p. 171.

²⁶ *Ibid.*, p. 55.

Consoante afirmou Jan Schapp, é possível identificar no sistema ético platônico as linhas fundamentais das ideias desenvolvidas tanto por Hobbes quanto por Kant²⁷.

Já Aristóteles realizou uma abordagem mais empírica, apesar de ter mantido a crença defendida por Platão acerca da existência de uma estrutura ontológica inerente à natureza humana e ao cosmo²⁸. Para esse filósofo, a natureza essencial das coisas é identificada a partir da observação do modo como elas funcionam²⁹. A vida em sociedade seria uma característica natural dos seres humanos. Já a ideia de bem não poderia ser considerada algo único e universalmente presente em todos os casos, uma vez que o termo possui diversas acepções³⁰. Caso assim fosse, não seria possível utilizá-la em todas as categorias, mas apenas em uma³¹.

Aristóteles, assim como Platão, divide a alma humana em duas partes: a irracional e a racional. Os desejos e apetites opõem-se ao princípio racional, consistindo a tarefa da moralidade em mediar o conflito existente entre os elementos racionais e irracionais dos seres humanos. A felicidade é o fim último da existência humana, a mais desejável de todas as coisas, capaz de satisfazer a todas as exigências dos seres humanos³².

As virtudes morais não se manifestam naturalmente nos seres humanos, mas exigem hábitos de bem pensar e de agir adequadamente. O poder da razão deve controlar as emoções em busca de um meio termo entre o excesso e a abstinência, ou seja, à procura de um equilíbrio³³. A identificação do que é demasiado ou deficiente é feita pelas convenções sociais, tendo em vista que toda escolha é feita dentro de uma ordem social estabelecida. Tal ideia conduziu a uma crítica a Aristóteles, realizada pelos liberais modernos, no sentido de que aquele filósofo terminou por justificar a ordem social estabelecida³⁴, o que conduziria os cidadãos a certa apatia social, em decorrência da aceitação do *status quo*.

²⁷SCHAPP, Jan. Über Freiheit, Moral und Recht. In: Schapp, Jan. **Über Freiheit und Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p.77.

²⁸MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 48.

²⁹“Pois, da mesma maneira como para um flautista, um escultor ou um outro artista, e em geral para tudo que têm uma função ou atividade, considera-se que o bem e a perfeição residem na função, com o homem, se ele tem uma função, seria aplicável o mesmo critério”. In: ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães. 4 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010, p. 26.

³⁰“(uma vez que é igualmente predicado na categoria de substância, como de Deus e da razão; na de qualidade, por exemplo, das diversas formas de virtudes; na de quantidade, por exemplo, daquilo que é moderado; na de relação, por exemplo, do útil; na de tempo, por exemplo, da oportunidade apropriada; na de espaço, por exemplo, do lugar conveniente etc.)”. Ibid, p. 22.

³¹Ibid, p. 23.

³²“Assim, a felicidade é algo absoluto e auto-suficiente, e a finalidade da ação”.Ibid, p. 26.

³³“Existem, então, três espécies de disposições; duas delas são vícios que envolvem excesso e carência respectivamente, e a terceira é uma virtude, ou melhor, o meio-termo”. Ibid., p. 53.

³⁴MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 54.

A principal virtude seria a justiça. Em regra, aqueles que respeitam as leis e são honestos são justos. É possível, contudo, que existam leis más, cuja infração não seria considerada uma ação injusta. Ademais, defende a existência de dois tipos de justiça: a corretiva, que busca solucionar disputas e punir infratores nas transações privadas; e a distributiva, voltada à repartição dos bens sociais de acordo com a função exercida pelo sujeito na sociedade, e vinculada à noção de proporcionalidade³⁵. Aristóteles estabelece importantes bases para o posterior desenvolvimento dos sistemas éticos que influenciaram aquele atualmente dominante. Importa destacar aqui a ideia de felicidade como a maior virtude, que deve ser buscada pelo corpo social; e a relevância dada a uma das espécies de justiça, qual seja: a distributiva, fundada na proporcionalidade- equidade.

A doutrina cristã também exerceu uma influência decisiva na formação dos valores éticos dominantes na cultura ocidental e que prevalecem no atual sistema ético mundial. É atribuída, por exemplo, ao cristianismo a origem do conceito de liberdade³⁶, que foi posteriormente secularizado pelos autores modernos, em especial por Thomas Hobbes e Emmanuel Kant.

Dentre os diversos conceitos de liberdade desenvolvidos pelo cristianismo, Jan Schapp dá destaque a dois: o primeiro consiste no livre arbítrio de Adão entre o bem e o mal, que acabou sendo exercido para o mal. O segundo representa a liberdade para a libertação do mal, obtida pelo cristão através da graça divina³⁷. O referido autor vê, por um lado, uma ligação entre o livre arbítrio de Adão e a liberdade natural de Hobbes; e por outro lado, um vínculo entre a liberdade para libertar o homem do mal e o conceito de liberdade moral de Kant³⁸. Ademais, pode ser identificada no Cristianismo e no estoicismo a origem da noção de solidariedade, que remonta à caridade e à filantropia³⁹. Com o cristianismo, passa a ser

³⁵ ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães. 4 ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010, p 103-105 (1129a e 1129b).

³⁶ Nesse sentido: SCHAPP, Jan. **Liberdade, moral e direito**: Elementos de uma filosofia do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 19. No original: SCHAPP, Jan. *Freiheit, Moral und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 10.

³⁷ *Ibid*, p. 29. No original: *Ibid*, p. 28.

³⁸ No original: “*Die gesuchten Verbindungslinien scheinen uns einerseits zwischen der Wahlfreiheit Adams und der natürlichen Freiheit von Hobbes zu liegen, andererseits zwischen der Freiheit der Erlösung des Menschen vom Bösen und der Moralischen Freiheit von Kant*. *Ibid.*, p. 13. “A procurada linha de ligação parece estar para nós de um lado entre a liberdade de escolha de Adão e a liberdade natural de Hobbes, de outro entre a liberdade para libertar o homem do mal e a liberdade moral de Kant.” *Ibid*, p. 21.

³⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

defendida com maior ênfase a ideia de que a espécie humana é igualitária, o que fundamenta uma solidariedade que supera hierarquias⁴⁰.

Destaca-se, dentre os pensadores da filosofia cristã medieval, Santo Tomás de Aquino, responsável por cristianizar o pensamento aristotélico. Suas ideias representaram o apogeu do sistema escolástico na Idade Média⁴¹. Defende a existência de um direito natural vinculado a uma noção teleológica da natureza humana. O ser humano possuiria uma tendência natural para determinados fins e a felicidade consistiria em alcançar seus fins⁴². Entretanto, ao reconhecer que não há um fim único a todos os seres humanos, em razão das diferenças entre os elementos individuais⁴³, Santo Tomás considera a diversidade (a diferença), quando admite que cada um busque seus próprios fins. Ademais, chega a afirmar que a virtude da justiça se refere sempre ao outro⁴⁴.

Como o ser humano possui certas qualidades fixas, o direito natural seria composto por regras que correspondem a essas qualidades. O referido teólogo defende que a justiça é a vontade constante e duradoura de dar a cada um o que lhe é devido, segundo a igualdade de proporção⁴⁵. Não é o direito positivo que determina o que seja devido a cada um, mas as tendências naturais do ser humano. As leis humanas precisam derivar dos preceitos gerais da lei natural. Caso assim não ocorra, o direito positivo será injusto, por violar aquilo que é naturalmente devido ao homem⁴⁶. Nesse caso, a lei perderia sua força de direito e transformar-se-ia numa perversão jurídica. É possível perceber em tais ideias a influência do pensamento de Aristóteles, que distingue a justiça natural da justiça convencional.

Ademais, Santo Tomás afirma também que a virtude consiste no meio termo entre os extremos. O ser humano seria uma mistura de sensualidade, apetites, vontade e razão, sendo

⁴⁰ Nesse sentido: DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 15.

⁴¹ Nesse sentido: MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76.

⁴² “*El fin último puede considerarse de dos modos: uno, refiriéndonos a lo esencial del fin último; y outro, aquello em lo que se encuentra este fin. Pues bien, em el primer caso, todos coinciden em desear el fin último, porque todos desean alcanzar su própria perfección, y esto es lo esencial del fin último, como ya se dijo (a.5). Pero em cuanto a aquello em lo que se encuentra el fin último no coinciden todos los hombres, pues unos desean las riquezas como bien perfecto, otros los placeres, y otros cualquier outra cosa*”. AQUINO, Santo Tomas de. **Suma de Teologia**. 2. ed. vol. 2. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, p. 45.

⁴³ “*Pero los hombres, aunque convengan em la naturaleza específica, se diferencian em los elementos individuales. Luego no hay um fin único para todos los hombres*”. Ibid, p. 45.

⁴⁴ AQUINO, Santo Tomás. **Suma de Teologia**. 2. ed. vol. 3. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, p. 478.

⁴⁵ “*Ahora bien: se dice que es suyo – de cada persona – lo que se le debe según igualdad de proporción, y, por conseqüente, el acto proprio de la justicia no es outra cosa que dar a cada uno lo suyo*”. Ibid., p. 486.

⁴⁶ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79.

esta última responsável pela criação do Direito⁴⁷. Daí decorre que o direito positivo não pode ser elaborado de forma arbitrária, sob pena de perder seu caráter obrigatório e legitimar a deflagração de uma rebelião⁴⁸.

Diante do exposto, é possível perceber que, no período histórico compreendido entre a Antiguidade e a Idade Média, foram desenvolvidos valores éticos fundamentais para a formação do atual sistema ético mundial, a exemplo do dualismo razão *versus* emoção, das noções de cuidado, de respeito ao outro, de liberdade, de igualdade e, até mesmo, de alguns elementos do que posteriormente passou a ser compreendido como solidariedade social.

Com o advento do Iluminismo, procurou-se elaborar definições seculares para esses termos, fundadas na razão instrumental e na noção de ciência desenvolvida na época, que se transformaram nos novos ideais da modernidade, consoante se verá a seguir.

2.1.2 A ética no Iluminismo: um esboço da noção de alteridade?

A ideia de que o Iluminismo e a modernidade são fenômenos cujas raízes se originam exclusivamente na Europa consiste em uma visão equivocada da história da humanidade. A modernidade resulta de um processo histórico de formação de sistemas éticos regionais que se mesclaram e se difundiram nos continentes Africano, Europeu e Asiático. Nesse sentido, os muçulmanos desempenharam um papel fundamental, pois foram os primeiros a defender o direito da razão ante a fé e, segundo Enrique Dussel, foram os verdadeiros fundadores da filosofia⁴⁹.

Tudo ou quase tudo aquilo que Max Weber atribuiu como sendo fatores internos medievais ou renascentistas europeus para o surgimento da modernidade foi realizado séculos antes pelo mundo muçulmano. Uma completa secularização deu-se com a modernidade, mas o início da diferença ocorreu com a “ilustração” árabe, no século IX. A modernidade não é, portanto, fruto de um processo exclusivamente interno da Europa Medieval⁵⁰.

Com o advento do Iluminismo, os filósofos buscaram apresentar fundamentos para a ética em elementos distantes da esfera religiosa, a exemplo da razão. O escopo consistia em superar a subordinação da moral à religião, de modo a concebê-la como uma ordem

⁴⁷ AQUINO, Santo Tomás. **Suma de Teologia**. 2 ed. vol. 3. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995, p. 472 e 473.

⁴⁸ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84.

⁴⁹ DUSSEL, **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 42.

⁵⁰ *Ibid*, p. 41-42.

independente e universal, emancipada da autoridade da Igreja ou da crença religiosa, fundada na razão e sem recorrer às verdades reveladas⁵¹. Dentre eles, destacam-se Hobbes e Kant.

Houve, todavia, forte influência dos valores e da moral cristãos na formação do pensamento e da moral modernos. Não obstante a rejeição à autoridade da Igreja, foi mantida a tradição de pensamento fundada na ideia de respeito ao ser humano. Essa relação próxima, que para alguns se assemelha até a um parentesco⁵², entre as ideias iluministas e o cristianismo, pode ser percebida, consoante se verá a seguir, nas definições kantiana e hobbesiana de liberdade.

Como afirma Lipovetsky, o que houve foi uma mudança das maiores obrigações perante Deus para a esfera profana, que se metamorfosearam em deveres incondicionais para consigo mesmo, para com os outros e para com a coletividade. Ocorreu um deslocamento dos imperativos religiosos para o âmbito dos deveres individuais e coletivos⁵³.

Segundo Enrique Dussel, inaugura-se, na modernidade, o primeiro sistema ético mundial, a partir das grandes navegações e a incorporação da América⁵⁴. Isso não significa negar a presença de valores e concepções contraditórios dentro desse sistema, mas a predominância de alguns princípios comuns.

Dentre os pensadores modernos, destaca-se Thomas Hobbes, cuja principal obra, o *Leviatã*, é apresentada como uma análise da Cidade de Deus em Santo Agostinho. Segundo Jan Schapp, é possível identificar em Hobbes a tentativa de transformar as correntes religiosas e críticas da Igreja seguidas por seu tempo em um Estado civil. O referido autor identifica em Hobbes a mesma bipolaridade humana apresentada por Platão, quando aquele defende que a razão no estado moral deve limitar os desejos do estado natural. Como a razão por si só não basta, há necessidade da força do direito na forma do *Leviatã*⁵⁵, um Deus mortal, que estabelece as leis mortais como leis civis⁵⁶.

⁵¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 02.

⁵² Expressão utilizada por Igor Nowikow para se referir à proximidade de ideias entre Kant e o Cristianismo no que diz respeito ao conceito de liberdade. In: NOWIKOW, Igor. **Der Freiheitsbegriff bei Kant**: Eine philosophische Untersuchung im Rückblick auf das christliche Freiheitsverständnis. Frankfurt am Main: Peter Lang Edition, 2014, p. 14.

⁵³ LIPOVETSKY, op.cit., Introdução, p. xxix e p. 14.

⁵⁴ DUSSEL, **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 52.

⁵⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014, p. 126. SCHAPP, Jan. **Liberdade, Moral e direito**: Elementos de uma filosofia do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 15.

⁵⁶ SCHAPP, Jan. **Freiheit, Moral und Recht**: Grundzüge einer Philosophie des Rechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 92.

Em Hobbes a liberdade é identificada com o desejo, que pode ser limitado pela razão e pela coação do direito. A ambição humana no estado natural representa a liberdade natural, a única que pode ser propriamente chamada de liberdade⁵⁷. O ser humano hobessiano não é um ser racional, mas sim um ser submisso às leis naturais, um animal guiado pelos instintos; sua liberdade não é uma qualidade moral, mas um poder factual de auto-defesa⁵⁸. Reconhece, entretanto, que a liberdade de indivíduos isolados, pura e simplesmente, gera miséria⁵⁹, daí a necessidade de um governo e uma vida em comum.

Hobbes concebe o Estado como um homem ou um animal artificial. Trata-se de uma arte do homem que imita a natureza por meio deste animal artificial. Caracteriza-se, portanto, por ter uma visão mecanicista, por meio da qual a vida é entendida como um movimento de membros, cujo escopo consiste na autoconservação do homem. O modo de garantir essa autoconservação é o ponto de partida de todas as questões que o homem precisa resolver.

Como o homem possui o dom da lembrança, pode prever determinados acontecimentos interligados no futuro, o que faz surgir a preocupação e o medo, principalmente o temor à morte. O medo do homem é a causa essencial do seu desejo cada vez maior por poder.

Esse desejo permanente por cada vez mais poder encontra sua razão de ser no fato de que o homem não pode assegurá-lo, assim como os meios para uma vida confortável, sem a aquisição de mais poder. Nessa busca incessante, o homem se depara com a ambição do seu semelhante, o que os deixa em um constante estado de guerra. Nela não há lugar para os conceitos de direito, justiça e injustiça, em virtude de não haver regras ou leis⁶⁰. A razão e as leis próximas que transformam a guerra de todos contra todos em paz são designadas por Hobbes como razão natural e leis naturais⁶¹.

Para Hobbes, a teoria das leis naturais representa uma verdadeira filosofia moral. Segundo o referido autor, há inicialmente duas leis imediatas, prudentes e naturais da razão natural. A primeira consiste no fundamento da paz e estabelece que cada um tem o dever de se esforçar pela paz até quando existir esperança. Dela segue a segunda lei natural, de acordo

⁵⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014, p. 155.

⁵⁸ AUER, Marietta. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 18.

⁵⁹ HOBBS, op.cit, p. 97.

⁶⁰ Ibid., p. 95-96.

⁶¹ Ibid., p. 99.

com a qual cada pessoa deve fazer a outra feliz com a mesma medida de liberdade que você concederia a si mesmo⁶².

No décimo quinto capítulo, Hobbes desenvolve outras leis naturais, dentre elas a de que os contratos celebrados devem ser mantidos, de que ninguém deve dar ao outro razão de arrepende-se de sua boa vontade e de que cada um tem que se esforçar para se adaptar ao resto dos homens, ou seja, ser complacente com o outro⁶³.

O que se pode entender por adaptação senão uma necessidade de se respeitar as diferenças? Nesse sentido, o filósofo identifica como a Oitava Lei da Natureza o dever de não demonstrar ódio ou desprezo pelo outro, pois tais atitudes provocam conflitos⁶⁴. Nesse ponto, há um reforço ao ideal de respeito ao outro. Por outro lado, identifica-se, em Hobbes, uma preocupação em promover o bem-estar do próximo. Em verdade, trata-se de uma característica importante da ética predominante na cultura ocidental e que prevaleceu no sistema ético mundial a partir da modernidade.

Cento e trinta anos após Hobbes, Kant desenvolve sua teoria, mantendo a dicotomia entre os elementos racional e animal do ser humano. Nela, procura compreender cada um desses aspectos do ser humano, bem como o Direito, segundo as leis constituídas, assim denominadas por ele em razão de entender que se tratava de leis semelhantes às leis naturais das ciências.

Os conceitos de liberdade de Kant e Hobbes não são apenas diferentes, como também diametralmente opostos. Hobbes identifica a liberdade no desejo, que pode ser limitado pela razão e pela coação do direito. Como foi visto anteriormente, o referido filósofo compreende a ambição humana no estado natural como liberdade natural. Em sentido contrário, Kant identifica a liberdade na razão, ao reconhecer como livre apenas a pessoa capaz de limitar suas inclinações e desejos de modo a respeitar o imperativo categórico⁶⁵, definido como o dever moral incondicional resultante de um autoconstrangimento realizado pela razão, cujo conteúdo se baseia na noção de respeito ao ser humano como um fim em si mesmo. O imperativo categórico resulta da razão humana, que seria capaz de identificar princípios (éticos) práticos *a priori* válidos universalmente⁶⁶.

⁶² HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014, p. 99-100.

⁶³ Ibid, p. 113.

⁶⁴ Ibid, p. 114.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.79.

⁶⁶ Ibid, p.16.

Tal dever moral possui o seguinte conteúdo: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio.”⁶⁷ Ao reconhecer a dignidade como inerente a todo ser humano, que o transforma em um fim em si mesmo, Kant estabelece um vínculo entre todos os seres racionais e a lei (ética) que determina não ser adequado nem racional tratar a si mesmo nem aos outros como meios.

Por conseguinte, por meio da razão que o ser humano limitaria seus desejos e inclinações de modo a tornar-se livre. O prazer relacionado, todavia, à realização desses anseios subjetivos poderia levá-lo a transgredir a lei moral. A autolimitação desses impulsos e inclinações, realizada pela razão, torna o sujeito um ser moralmente livre⁶⁸. Kant qualifica a liberdade como liberdade moral e identifica a prevalência dos desejos como um status de não liberdade⁶⁹. Por conseguinte, o indivíduo livre seria aquele capaz de realizar um autoconstrangimento imposto por sua razão pura prática, cujo resultado seria o controle de toda e qualquer inclinação ou sensibilidade. Esses limites impostos pela razão pura são identificados como deveres éticos, uma vez que se encontram em consonância com leis morais⁷⁰.

A liberdade seria o único direito original pertencente a todos os seres humanos em virtude de sua natureza, mas que pressupõe uma igualdade inata, ou seja, a independência em relação a poder ser obrigado por outros a mais do que se pode obrigá-los⁷¹.

Para Kant, a ética seria uma teoria dos costumes⁷². O referido filósofo buscou desenvolver uma metafísica dos costumes, ou seja, uma filosofia moral pura, fundada na razão e distanciada de todo o conhecimento empírico. A metafísica dos costumes seria todo conhecimento racional separado de todo o empírico. Dessa forma, acreditava que poderia ser encontrado um princípio supremo da moralidade, do qual derivariam leis morais válidas para todos os seres racionais em geral: o imperativo categórico.

Os princípios e leis poderiam ser descritos por meio de imperativos categóricos, fórmulas nas quais há a representação de um princípio objetivo, de uma lei à priori e válida

⁶⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.59.

⁶⁸ “Quanto menos possa um ser humano ser constrangido por meios naturais e quanto mais possa ser constrangido moralmente (através da mera representação do dever), mais livre ele é.” In: KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2 ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 226, nota de rodapé n. 138.

⁶⁹ “Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (arbitrium brutum). (...) A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis.” Ibid, p. 63.

⁷⁰ Ibid., p. 224-225.

⁷¹ Ibid., p. 83-84.

⁷² Ibid., p.13.

para todos os seres racionais. Os imperativos categóricos representam fins em si mesmos e não estão vinculados a nenhum outro propósito ou a resultados das ações a eles relacionadas. Isso porque os resultados estão vinculados ao empírico, ao contingente, ao que se relaciona com os desejos e necessidades e, portanto, distanciados do racional e universal.

Para que essas leis pudessem ser identificadas, era necessário se afastar das inclinações e sensações. O autor entendia como inclinação a dependência em que a faculdade de desejar está em face de sensações; a inclinação prova sempre uma necessidade (Bedürfnis)⁷³. As inclinações são preferências pessoais que buscam satisfazer desejos e necessidades, ou seja, são apetites habituais, determinações da faculdade do desejo que são precedidas pelo prazer⁷⁴. Tudo aquilo que está vinculado a inclinações e sensações se distancia do racional, em razão de se relacionar às necessidades de pessoas determinadas e, por isso, ser subjetivo e extremamente variável, o que impede que seja universalmente válido.

Após a crítica aos sentimentos e sensações como elementos que distanciam o ser humano da racionalidade, Kant trata do amor e o subdivide em duas importantes espécies: a primeira seria o amor enquanto inclinação, que não pode ser ordenado - ou seja, exigido. Nesse caso, o amor consistiria numa matéria do sentir e não do querer e, por isso, seria absurdo se falar em um dever de amar. Entretanto, reconhece a possibilidade de submeter a benevolência (o amor benevolente, segunda espécie) a uma lei do dever⁷⁵. Aquele que realiza um ato beneficente e obtém êxito em seu objetivo acabaria por amar a pessoa que ajudou. Ademais, fazer o bem por dever, ainda que não haja nenhuma inclinação e ainda que exista uma aversão natural e invencível, seria amor prático – e não patológico – que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade. “É esse o único amor que pode ser ordenado⁷⁶.”

Kant converteu o mandamento do amor ao próximo em um imperativo categórico de respeito ao outro como um respeito a uma lei⁷⁷ e que pode ser resumido na frase: “*Achte den anderen*” (respeite o outro).

Ao definir o imperativo categórico como uma autolimitação imposta pela razão pura, Kant promove uma vinculação entre obrigação e liberdade, tendo em vista a lei ética somente poder ter como conteúdo aquilo que um sujeito racional em geral atribuiria a si mesmo. Sob esse pressuposto, identifica-se, por fim, como fundamento moral do respeito à lei, o

⁷³ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2 ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 44.

⁷⁴ Ibid., p. 62.

⁷⁵ Ibid., p. 244.

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 27.

⁷⁷ Nesse sentido: SCHAPP, Jan. Über Freiheit, Moral und Recht. In: Schapp, Jan. **Über Freiheit und Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 84.

equivalente respeito ao ser humano. A liberdade externa é limitada apenas pela compatibilidade formal com a liberdade dos demais sujeitos.

Na Fundamentação à Metafísica dos Costumes, Kant ressalta que o respeito é um sentimento que não é recebido por influência, mas que se produz por si mesmo mediante um conceito de razão. O que se reconhece como lei é um sentimento de respeito, que não significa senão a consciência da subordinação da própria vontade à lei, sem outras influências. Todo respeito a uma pessoa não passa de respeito à lei, da qual essa pessoa nos dá o exemplo⁷⁸.

Para Kant, assim como na moral, a essência do Direito está também no atuar mediante coação⁷⁹. Os deveres de liberdade interior possuiriam natureza ética, enquanto os da liberdade exterior são de natureza jurídica. Decisiva, entretanto, não é apenas a liberdade para cumprir a lei (Direito), mas muito mais aquela voltada para a criação de normas para si mesmo, ou seja, a autonomia (Ética). Ressalta Marietta Auer que sob essa base se desenvolveram, desde o século XIX, os contornos da até hoje válida identidade entre autonomia e capacidade jurídica e da conseqüente adjudicação do direito subjetivo individual⁸⁰.

Na fundamentação kantiana dos imperativos categóricos, assim como na Metafísica dos Costumes, encontra-se expresso esse pensamento paradigmático, segundo o qual uma mudança moral pressupõe não apenas deveres impostos externamente, mas muito mais uma automotivação para a mudança do dever, com a qual o dever é equivalente ao respeito à lei. Por conseguinte, Kant dá prevalência à ética, enquanto teoria da virtude, em relação ao Direito.

Dessa forma, identifica como ação justa e, portanto, como princípio universal do direito a necessidade de agir externamente, de modo que o livre uso do arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com a lei universal⁸¹. A injustiça, portanto, é identificada como um obstáculo à liberdade.

Kant indica como fins que são também deveres: a perfeição de cada um e a felicidade dos outros. O primeiro dever consiste em superar a tosca condição de sua natureza, de sua animalidade, em direção à sua humanidade; além de conduzir o cultivo de sua vontade à mais

⁷⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 29.

⁷⁹ “Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa”. KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 78.

⁸⁰ AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 19-20.

⁸¹ KANT, op.cit, p. 77.

pura disposição virtuosa, cujas ações devem se basear na lei moral. Apenas a busca pela felicidade dos outros pode ser considerada um dever, pois a busca pela própria felicidade já seria o fim de todo ser humano⁸².

A felicidade do outro é um dever que precisa ser convertido em fim próprio, tendo em vista que o amor próprio de cada pessoa seria inseparável da necessidade de ser amada pelos outros. Por essa razão é que cada um se torna um fim para os outros. Esse dever exigiria o sacrifício de uma parte do bem-estar próprio a favor dos outros. Ademais, tal ideia reforçaria a noção de que o homem deve ser valorado como um fim em si mesmo e não apenas como um meio para os fins de outros ou para seus próprios fins. O ser humano deveria ser considerado acima de qualquer preço e titular de uma dignidade inalienável.

Segundo Kant, o respeito não deveria ser compreendido como um sentimento oriundo da comparação do valor próprio com o de outrem, mas como a máxima da limitação da própria autoestima pela dignidade da humanidade presente em outra pessoa, a isso ele denomina de respeito no sentido prático. Trata-se de um dever negativo, semelhante ao dever de não usurpar o que pertence a quem quer que seja, e seu significado consiste em não degradar outro ser humano, de modo a reduzi-lo a mero meio para fins de outrem. Dessa forma, exige-se um atuar de maneira a não reduzir o que o outro, como ser humano, está autorizado a creditar a si mesmo⁸³. O respeito decorre da dignidade inerente a todo ser humano e consiste em não ser tratado como meio, mas como um fim em si.

A lei ética da perfeição, “ama ao teu próximo como a ti mesmo”, conteria a máxima da benevolência, seria um dever de todo ser humano em seu relacionamento mútuo e decorreria da razão pura: como cada sujeito deseja que os demais sejam benevolentes consigo, deve este concluir que também deve ser benevolente com os demais. Essa benevolência seria ativa, prática e exige como um fim próprio a promoção do bem-estar e da felicidade dos outros.

É possível identificar em Kant uma defesa do que hoje se denomina alteridade, quando afirma não ser possível fazer o bem a outrem, senão de acordo com o conceito pessoal de felicidade que o beneficiado possui⁸⁴. Nessa passagem evidencia-se a defesa da necessidade de respeito à diferença, ou seja, à escolha pessoal de cada sujeito como essencial para que este alcance sua plena realização e felicidade.

⁸² KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 229-232.

⁸³ Ibid., p. 292-293.

⁸⁴ “Não posso fazer o bem a quem quer que seja de acordo com meus conceitos de felicidade (salvo a crianças novas e aos insanos), pensando que o benefício forçando-o a receber um presente; ao contrário, só posso beneficiá-lo segundo os seus conceitos de felicidade”. Ibid, p. 297.

Os deveres de amor impõem: beneficência, gratidão e solidariedade (*Teilnehmung*⁸⁵). Enquanto a benevolência é a satisfação com a felicidade (bem-estar) dos outros, a beneficência é a promoção, por intermédio de meios próprios, da felicidade dos outros. Já a gratidão verifica-se no ato de honrar alguém em virtude do benefício concedido por essa pessoa a quem o honra.

O sentimento solidário seria um dever em razão de ser usado de forma ativa e racional a partir de sentimentos de júbilo participativo (*Mitfreude*) e tristeza participativa (*Mitleid*), cuja receptividade teria sido implantada pela natureza nos seres humanos. A razão reconhece esse dever de humanidade, identificável na capacidade e na vontade de participar dos sentimentos dos outros ou na mera receptividade ao sentimento de alegria ou tristeza em comum com os outros. A primeira é livre e chamada de solidária. Em decorrência dessa característica natural dos seres humanos surge como um dever ético a necessidade de cultivar sentimentos compassivos naturais e deles fazer uso como meios para a solidariedade⁸⁶.

Kant conclui com a afirmação de que todas as relações morais de seres racionais que envolvem um princípio de harmonia da vontade de um com a do outro são reduzíveis a amor e respeito.

Na ética kantiana, é possível identificar o respeito, o cuidado e o amor pelo outro como fundamentos não apenas para a liberdade, mas para uma adequada convivência social. Kant acreditava que, por meio desses valores, seria possível garantir ao ser humano seu pleno desenvolvimento, bem como da sociedade como um todo. Tais valores estariam fundados na racionalidade humana, capaz de percebê-los como uma necessidade absoluta, ou seja, essenciais por si só, que podem se transformar em princípios universais sem cair em contradição.

Conforme também se demonstrou, percebe-se em Kant uma preocupação com o respeito à diferença e às escolhas individuais, o que pode ser identificado como alteridade, tendo em vista sua afirmação acerca da necessidade de se respeitar as escolhas do outro para que se possa fazer o bem a essa pessoa. Por outro lado, ao afirmar a existência de um dever ético de fazer o bem ao próximo, reconhece a base para a construção da solidariedade como um dever ético, o que realiza em seguida ao defini-la como capacidade de participar dos sentimentos do outro.

⁸⁵ Conforme nota do tradutor, a palavra *Teilnehmung* tem como significado corrente a participação ou colaboração. Entretanto, no sentido empregado por Kant se aproxima de compaixão ou simpatia. A solidariedade, nesse sentido, significaria participação nos sofrimentos e angústias dos demais seres humanos.

⁸⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 2 ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 300-301.

O pensamento kantiano pode ser compreendido como resultante de uma longa tradição ética de respeito ao outro, aos mais fracos, cujo início remonta aos sistemas inter-regionais, que têm origem na África, no Oriente Médio e na Europa, acabaram por se mesclar e a desenvolver novas perspectivas na modernidade, de modo a formar o primeiro sistema de dimensões mundiais, proporcionado pelas grandes navegações.

Diante do exposto, é possível afirmar que em Hobbes e Kant, são delineados os primeiros contornos do que posteriormente será chamado de alteridade, no sentido de respeito ao outro e à diferença, cuja origem remonta aos primeiros sistemas éticos regionais, vai se desenvolvendo na antiguidade e, em especial, na filosofia cristã da Idade Média, até adquirir um caráter secular, mas ainda metafísico, na Modernidade. Na busca por uma essência metafísica do ser humano, tais autores se descuidaram entretanto, da percepção do outro como um sujeito histórico, consoante ressalta Sartre⁸⁷, crítica que foi realizada pela fenomenologia, conforme será apresentado em seguida.

2.2 A FENOMENOLOGIA E A CRÍTICA À METAFÍSICA: O RETORNO AO EMPÍRICO

Desde o final da idade média, percebeu-se que não se poderia tratar o pensar como um objeto entre outros, pois ele se manifesta como condição de possibilidade de toda objetivação⁸⁸.

Nisso consistiu a revolução do pensamento realizada por Kant: ao invés de se dirigir ao objeto, ele propôs que se transcendesse dos objetos para a sua condição de possibilidade. Dessa forma, a consciência humana passou a ser entendida como mediação necessária no processo de conhecimento.

Edmund Husserl encontra-se dentro dessa tradição de filosofia consciencial dos tempos modernos. Sua semântica é de fundamental importância em todo o movimento fenomenológico moderno, pois repõe as ideias básicas da tradição, situando-as no contexto

⁸⁷ “Kant adotou o ponto de vista do sujeito puro para determinar as condições de possibilidade não somente de um objeto em geral, mas das diversas categorias de objetos: o objeto físico, o objeto matemático, o objeto belo ou feio, e aquele que ostenta caracteres teleológicos. Desse ponto de vista, foi possível criticá-lo por lacunas em sua obra e querer, por exemplo, na trilha de um Dilthey, estabelecer condições de possibilidade do objeto histórico, ou seja, tentar uma crítica da razão histórica”. SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica**. Trad. Paulo Perdígão. 23. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 294.

⁸⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 35.

novo da filosofia da consciência. Para o referido autor, a fenomenologia é uma pesquisa descritiva pura das vivências e, enquanto tal, uma psicologia descritiva⁸⁹.

As coisas são dadas ao sujeito em atos intuitivos, ou seja, em vivências. Por isso, é necessário tematizar as vivências, independentemente da linguagem, para se chegar às próprias coisas. A fenomenologia tem como âmbito de abrangência as essências do vivido, que não são abstratos, mas concretos⁹⁰.

Husserl vê a consciência como instância constitutiva do próprio mundo objetivo e a define como um fluir que transcorre em diferentes dimensões, de forma que não é possível haver uma conceituação exata de quaisquer concretos eidéticos⁹¹ nem dos momentos que o constituem. Sendo assim, propõe que o espírito deve, em vez de se voltar para o mundo, voltar-se para si mesmo. Para ele, a filosofia não deve contentar-se com teorias prontas, mas deve retroceder à intuição das próprias coisas. Afirma ser a intuição a fonte de todo conhecimento humano⁹².

A intuição é entendida como a forma suprema por intermédio da qual algo é dado ao sujeito. Sua função é trazer o que é pensado à sua automanifestação. Há progresso no conhecimento quando ocorre o aumento da intuição dos dados. Isso independe de qualquer mediação linguística.

Husserl considera Kant ligado ao racionalismo moderno, na medida em que seu método é constitutivo da subjetividade transcendental, pois não recorre à intuição. Propõe uma espécie de empirismo ou positivismo transcendental, pois a região da transcendentalidade é pesquisada por meio da intuição. Entende a vivência intencional como uma relação consciente a algo.

A fenomenologia, enquanto método, faz uma remissão a si mesma. Aquilo que se é constatado na reflexão metódica como “clareza”⁹³, “evidência” e “expressão” integra o próprio domínio fenomenológico. Para Husserl, qualquer análise reflexiva é, em essência, uma análise fenomenológica⁹⁴. Sua crítica à metafísica, assim como sua proposta de retorno

⁸⁹ HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006, p. 145-146.

⁹⁰ Ibid, p. 158.

⁹¹ Segundo Husserl, o campo de conhecimento eidético forma-se quando se toma os vividos puramente em sua essência própria. Trata-se de um campo infinito, em razão da multiplicidade de espécies e formas de vivido. Ibid., p. 143.

⁹² Ibid, p. 147.

⁹³ Segundo Husserl, “A *clarificação* consiste, pois, aqui em dois processos que se vinculam um ao outro: nos *processos de tornar intuitivo* e nos *processos de intensificação da clareza do já intuído*”. Ibid, p. 150.

⁹⁴ Ibid, p. 146.

ao empírico, ao mundo vivido, foram essenciais para o desenvolvimento posterior da filosofia, com importantes reflexos em todas as áreas do conhecimento, a exemplo do Direito.

Husserl tenta superar o solipsismo ao afirmar que o mundo é constituído a partir do recurso ao outro. O outro é necessário à própria constituição do sujeito⁹⁵. Coloca-se, todavia, dentro da perspectiva tradicional, que entende a linguagem como instrumento de designação de objetos. Essa concepção objetivista será posteriormente questionada, por ser incapaz de responder às questões fundamentais levantadas por uma teoria da frase.

Martin Heidegger analisou o problema ontológico por meio do método fenomenológico do seu mentor, Edmund Husserl. Procurou, entretanto, superar o idealismo presente no projeto de Husserl⁹⁶, por intermédio da transferência da questão do sentido para o âmbito mais originário da pertença ontológica ao *Lebenswelt*⁹⁷ (mundo da vida). Empreendeu, assim, um estudo fenomenológico da presença cotidiana do homem no mundo, buscando, portanto, contestar a filosofia da consciência⁹⁸, por ter se omitido de analisar o problema do ser do ente, ou seja, a filosofia do Cogito, ao buscar a verdade dos entes - tratados pela filosofia da consciência como objetos - esqueceu-se do ser. A partir dessas críticas, a hermenêutica e as condições para a sua realização são levadas para o centro da reflexão filosófica.

Heidegger desenvolveu uma concepção acerca da pré-estrutura da compreensão. A compreensão humana orienta-se a partir de uma pré-compreensão, que emerge da eventual situação existencial do intérprete⁹⁹.

A pré-estrutura significa que o ser-aí humano se caracteriza por uma interpretação que se encontra antes de qualquer enunciado. O enunciado seria o depois, sendo que a pré-compreensão fornece o “antes do que”.

⁹⁵ Nesse sentido: SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdígão. 23. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 303.

⁹⁶ Para Jacques Derrida, o ponto em comum nos pensamentos de Husserl e Heidegger encontra-se no recurso à tradição: “Ahora bien, a pesar de las más profundas desemejanzas, este recurso a la tradición —que no tiene nada de tradicionalismo— está orientado por una intención común a la fenomenología husserliana y a lo que llamaremos provisionalmente, por aproximación y comodidad, la «ontología» heideggeriana”. In: DERRIDA, Jacques. **La escritura e la diferencia**. Trad. Patricio Peñalver. Barcelona: Editorial Anthropos, 1989, p. 110.

⁹⁷ Nesse sentido: COSTA, Miguel Dias. Introdução à edição portuguesa. In: RICOEUR, Paul. **O conflito das Interpretações**: ensaios de hermenêutica. Porto, Portugal: Rés-Editora, s/a, p. II.

⁹⁸ Nesse sentido, afirma Paul Ricoeur: “Todos conhecem a primeira frase de Sein und Seit: ‘A questão do ser caiu hoje em dia no esquecimento’. Esta maneira de começar implica claramente que o acento se deslocou de uma filosofia que parte do *Cogito* como primeira verdade, para uma filosofia que parte da questão do ser como questão esquecida, e que é no *Cogito*”. Ibid., p. 220.

⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schubak. 14. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes / Universidade São Francisco, 2005, Parte I, p. 43.

A hermenêutica da facticidade de Heidegger consiste na hermenêutica daquilo tudo que trabalha por detrás da elocução, do que se expressa antes e por detrás de cada juízo¹⁰⁰. O filósofo defende que a hermenêutica se refere à explicação fenomenológica da própria existência humana. Entende que a compreensão e a interpretação são modos fundantes da existência humana¹⁰¹.

Para Heidegger, entender-se sobre algo significa estar apto a ele, poder arranjar-se com ele. Trata-se não de um saber, mas de um poder, uma habilidade. A compreensão é menos um conhecer o mundo e mais um situar-se no mundo. Ele a denomina de “existencial”¹⁰².

Esse entendimento cotidiano com o mundo permanece inexpresso. Por se tratar de um modo de ser, é atemático para si mesmo. O ser-aí distingue-se, pelo fato de, em seu ser, estar em jogo o seu próprio ser, de seu poder ser no mundo¹⁰³.

Para sobreviver ao mundo potencialmente ameaçador, a compreensão se orienta a partir de determinados esboços inexpressos, que corporificam possibilidades de ser, uma vez que entender significa poder.

A princípio, os esboços não são escolhidos pelo sujeito, pois eles compõem a pré-estrutura fática do seu compreender. Todavia, Heidegger não comunga da opinião defendida na noção corrente de círculo hermenêutico, de que o sujeito é colhido inexoravelmente pelos seus pré-conceitos.

Enquanto a hermenêutica tradicional entendia a interpretação como meio para a compreensão, Heidegger inverte essa relação teleológica. Para ele, a interpretação consiste na configuração da compreensão. Afirma que a compreensão possui a capacidade de entender-se sobre si própria. A interpretação ocorre após a primeira compreensão, com o intuito de completar a visão, que caracteriza a compreensão.

A interpretação contribui para tornar a pré-compreensão transparente. Trata-se da primeira tarefa da interpretação. Para que seja possível interpretar textos de forma correta, é necessário tornar transparente sua situação hermenêutica, a fim de evitar que os preconceitos não percebidos escondam o específico do texto.

Heidegger não defende que se deva sair do círculo hermenêutico, mas que se deve nele ingressar de forma adequada¹⁰⁴. Para Heidegger, a hermenêutica filosófica busca uma

¹⁰⁰ GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p.160.

¹⁰¹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Portugal: Edições 70, 1969, p. 51.

¹⁰² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schubak. 14. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes / Universidade São Francisco, 2005, Parte I, p. 87.

¹⁰³Ibid., p. 38.

autointerpretação da facticidade, ou seja, uma interpretação da interpretação, para que o ser-aí se torne transparente para si mesmo.

De acordo com o referido autor, a hermenêutica filosófica busca entender a própria interpretação e não elaborar uma teoria da interpretação. Uma sentença é hermenêutica quando estimula a uma ação pessoal de reflexão e, assim, à autoaplicação.

Para Heidegger, era necessário realizar uma abordagem histórica do ser, o que significava a destruição da tradição, no sentido de se realizar uma apropriação reflexiva da situação histórica da compreensão do ser-aí. Identificava como característica da realidade-humana o ser com os outros¹⁰⁵. Dessa forma, passa a relacionar a hermenêutica com as dimensões ontológicas da compreensão e com a fenomenologia específica, por ele criada.

2.3 A CRISE ÉTICA CONTEMPORÂNEA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO JURÍDICO

Na modernidade, a ideia de soberania individual e igualdade civil transformaram-se em valores fundamentais e inquestionáveis da moral universal, decorrentes de imperativos da razão moral. Tais princípios representam o valor absoluto dos tempos modernos: o indivíduo humano¹⁰⁶.

Ao buscar separar a razão de toda motivação empírica e sensitiva, Kant promove uma substituição da razão prático-material pela razão instrumental. Houve, com isso, uma “supressão simplificadora da complexidade orgânica da vida”¹⁰⁷.

Essa simplificação pode ser caracterizada pelos seguintes aspectos: racionalização da vida política e da vida cotidiana; descorporalização da subjetividade e desconsideração da ética na gestão econômica e política; individualidade solipsista que nega a comunidade; prevalência da razão instrumental; e busca por garantir a gestão da centralidade do sistema-mundo que a Europa representava¹⁰⁸.

¹⁰⁴ GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Brenno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 166.

¹⁰⁵ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 23 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 317.

¹⁰⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 02.

¹⁰⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 62.

¹⁰⁸ Ibid., p. 63.

Por outro lado, a crítica à metafísica conduziu o homem a um “imperialismo do eu como vontade-poder”¹⁰⁹ e levou a humanidade a um desastre, cujas consequências deram origem ao questionamento acerca dos caminhos até então traçados pela filosofia por meio da absolutização da vontade.

Conforme ressalta Marietta Auer, desde o início do século XVIII, tornou-se lugar comum na crítica à modernização, que faltava à sociedade moderna uma dinâmica imanente, o que a levou à desintegração e ao empobrecimento e, por fim, terminou por não poupar também sequer seus próprios pré-requisitos, a exemplo da individualização, racionalização e diferenciação, que se transformaram em problemas sociais, cuja solução não poderia ser encontrada por meio de uma maior individualização, racionalização e diferenciação¹¹⁰.

Constata-se, portanto, que a existência da crise é percebida desde a modernidade. As ciências sociais utilizam um conceito teórico sistêmico de crise e a identificam quando “a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver um problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema”¹¹¹.

Não obstante serem os sistemas conjuntos hipercomplexos, que alteram seus elementos sistêmicos e valores-metas, com o escopo de se manterem num novo nível de controle, é possível se falar, com Habermas, em crise do sistema em razão das dificuldades em problemas de condução da sociedade. Problemas de condução geram crise, quando não puderem ser resolvidos dentro do seu alcance de possibilidade, que é circunscrito pelo princípio organizacional da sociedade¹¹².

Habermas identifica uma crise de legitimação no que denomina de capitalismo avançado, marcada pela contradição entre os valores-metas permitidos no domínio de legitimação de uma ética comunicativa, o que os torna irreconciliáveis com o crescimento exponencial da complexidade do sistema. Tal paradoxo caracteriza-se pela existência de pretensões e intenções de indivíduos e grupos que são, em longo prazo, incompatíveis, especialmente em razão da distribuição assimétrica de possibilidades para a satisfação legítima de necessidades. A crescente socialização da produção traz consigo, por conseguinte, demandas irrealizáveis, porque paradoxais, uma vez que surgem imperativos mutuamente contraditórios, voltados para expandir a capacidade de planejamento do Estado, com o

¹⁰⁹ PIVATTO, Pergentino S. Apresentação. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre alteridade**. Trad. de Pergentino Pivatto [et. al.], (cord.) 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 11.

¹¹⁰ AUER, Marietta. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 06-07.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 2002, p. 13.

¹¹² Ibid., p. 13-14.

objetivo do lucro capitalista e, ao mesmo tempo, para limitar essa expansão, de modo a equilibrar as diversas demandas sociais¹¹³.

O capitalismo avançado cria, portanto, novas necessidades, ao mesmo tempo em que não é capaz de satisfazê-las. Para tanto, utiliza-se de uma justificação ideológica que busca ocultar tais problemas de distribuição. A dificuldade de legitimação é resolvida por intermédio de uma democracia formal, tendo em vista que uma democracia substancial, com efetiva participação, se tornaria consciente das contradições entre a produção socializada administrativamente e a contínua apropriação e uso privados da mais valia¹¹⁴.

Diante desse paradoxo é que se pode falar numa crise de legitimação do capitalismo tardio, crise essa que se transferiu do âmbito econômico para o sistema político, por meio da atividade reativa e precavida do governo.

Cláudia Lima Marques entende que a expressão pós-modernidade possui um conceito aberto e é utilizada para representar a crise que desde o final do século XX atinge as artes, a cultura, as ciências em geral e o Direito, bem como as modificações contrárias ou posteriores aos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade que caracterizaram o Direito moderno¹¹⁵.

Essa situação é agravada, segundo Habermas, pela prevalência da razão instrumental, que provoca uma inibição do “mundo da vida”, composto pelos processos de comunicação voltados para o entendimento e o consenso¹¹⁶.

A atual crise do Direito insere-se, portanto, no quadro geral de crise que atinge a sociedade contemporânea. Pietro Perlingieri identifica reflexos no âmbito da representação política, uma vez que o primado do elemento político tornou-se meramente aparente e formal, diante da mesclagem entre o poder político e o poder econômico, na qual os atores eleitos passaram a representar não apenas os interesses de terceiros, mas, principalmente, os próprios. E conclui afirmando que em “uma época de perda de moralidade e de decência: a ética dos negócios prevalece¹¹⁷”.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o maior problema do Direito na atualidade consiste em estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 2002, p. 83.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁵ LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Vol. I, 4. ed. Madrid: Santiliana, 2003.

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

comuns, capazes de fornecer enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, de modo que cada um possa escolher os seus atos e o direcionamento de sua vida particular¹¹⁸.

Segundo Castanheira Neves, essa conjuntura explica-se pelo fato de o Direito ter sido ultrapassado pela alta complexidade estrutural, dimensional e intencional das sociedades atuais, que originaram um mundo de questões novas, provocaram uma radical mutação dos referenciais axiológicos e culturais e o tornaram normativamente inadequado e institucionalmente ineficiente¹¹⁹. Como consequência, o Direito tornou-se um simples regulador funcional de uma sociedade individualista e sem valor, só interessada reivindicantes liberdades, transformadas em direitos subjetivos, que são desacompanhados de quaisquer deveres¹²⁰.

Em sentido semelhante, afirma Lênio Streck que o Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza estão baseados em um paradigma liberal-individualista que sustenta a desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei¹²¹. Essa ausência de efetividade do Direito, contudo, não decorreria apenas do modelo liberal-individualista, associado ao exegetismo presente na doutrina e na jurisprudência, mas também do crescimento das teorias voluntaristas, que apostaram na liberdade interpretativa dos juízes e tribunais¹²².

Por outro lado, a desfuncionalidade do Direito revela-se ainda no modo liberal-individualista-normativista de produção de suas normas, forjado para resolver disputas individuais e pouco preparado para solucionar demandas de natureza transindividuais¹²³. Trata-se de mais uma face da crise desse modelo.

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 71.

¹¹⁹ Ainda segundo o referido autor, “A implicar este déficit normativo e esta ‘exaustão institucional’, imediata e correlativamente, o que podemos dizer um fenómeno de retracção, quer pelo alargamento social do espaço dito por J. Carbonier como *non-droit* (espaço problemático-social que deveria ser seu, mas de que ele se retira, quer pelo movimento de uma deliberada desjuridicização (deslegalização, descriminalização, desjurisdicionalização etc.), quer ainda pelo abandono da sua intenção materialmente normativa a favor de esquemas tão só de organização ‘processual’ ou condicionantes de uma reconstrutiva ‘reflexividade’ autopoietica relativamente a todos os pólos e subsistemas sociais e auto-referentemente autonomizados.” CASTANHEIRA NEVES, A. Direito hoje e com que sentido? **Digesta**. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.43 e 44.

¹²⁰ *Ibid.*, p.44.

¹²¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

¹²² *Ibid.*, p. 17.

¹²³ Segundo o referido autor, “O direito não consegue atender a tais demandas não porque tal ‘complexidade’ não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo (que não deixa de ser uma espécie de ‘modo de produção de Direito’) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos individuais, continua trabalhando com a perspectiva de um direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual

Isso se reflete também na dogmática, que permanece trabalhando com modelos de conflitos interindividuais. E mesmo em tais conflitos, identifica-se um excesso de individualismo. No âmbito das relações privadas, pode ser citada como exemplo a definição tradicional acerca do contrato, que o conceitua como um mero acordo de vontades¹²⁴ contrapostas, sem enfatizar a função social¹²⁵ que todo contrato representa e sem compreendê-lo como um vínculo de colaboração¹²⁶, em que cada uma das partes busca não só atender aos seus interesses pessoais, mas também contribuir para atender às legítimas expectativas do outro contratante. Faz-se necessário, nesse sentido, superar o dogma da vontade¹²⁷.

Segundo Orlando Gomes, os acontecimentos que desencadearam a atual crise espiritual destruíram parcialmente o sistema de valores que condicionava a cultura jurídica e “determinaram não apenas a substituição das matrizes filosóficas do Direito Privado, dos seus fundamentos e finalidades, senão, também, de sua dogmática”¹²⁸.

Diante do exposto, é possível constatar a impossibilidade de a interpretação tradicional do Direito solucionar inúmeros conflitos de interesse na sociedade contemporânea.

Já no que diz respeito à interpretação-aplicação do Direito, Lênio Streck identifica o individualismo refletido na admissão do poder discricionário dos juízes, no livre convencimento e na livre apreciação das provas. Entende que tais fenômenos decorrem da

pena, processual civil etc.)” STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 44.

¹²⁴ Nesse sentido, pode ser citada a definição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. III. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 07.

¹²⁵ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o contrato seria “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. IV, Tomo 1: Teoria Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

¹²⁶ Nesse sentido, Roxana Cardoso Brasileiro Borges propõe que se abandone a ideia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes e se chegue à noção de atuação cooperativa entre os polos da relação contratual. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Reconstruindo o direito civil a partir do direito ambiental: contrato, bens, sujeito. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. N. 14. Salvador: Bahia, 2007.1, p. 103.

¹²⁷ Segundo Luiz Edson Fachin, atualmente “o contrato desenvolve uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de uma certa liberdade. Essa é a concepção que se propôs a superar o dogma da vontade na concretização de personalismo ético¹²⁷”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica o direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

¹²⁸ Em seguida, assevera: “A revolução na cultura jurídica não atinge apenas os pressupostos culturais do Direito Privado. Implica, também, sua renovação em vista da necessidade de focar as relações sociais desde outro ângulo, tão certo é, como atesta a experiência jurídica dos tempos presentes, que alguns princípios, construções e conceitos formulados, com rigor lógico, pela ciência pandectista, como summa expressão do positivismo científico, carecem de revisão ante a impossibilidade de se lhes ajustar novas formas de comportamento”. In: GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 05-06.

prevalência das teorias analíticas no âmbito da dogmática jurídica, que identificam a pluralidade de sentido das palavras e, com isso, admitem o subjetivismo na interpretação do Direito por parte do operador jurídico e a possibilidade, portanto, de existirem múltiplas respostas no momento da decisão¹²⁹.

A dogmática jurídica admite, diante de uma suposta multiplicidade de sentidos, o poder discricionário do juiz para decidir qual deles deve ser atribuído a um texto normativo, a fim de apresentar a solução para um caso concreto. Dessa forma, cada aplicador do Direito estaria autorizado a definir o que entende ser o Direito aplicável ao caso concreto. Tal comportamento contribui para aprofundar a crise pela qual passa o Direito, tendo em vista que essa discricionariedade dificulta a construção de um discurso coerente e adequado aos valores democraticamente reconhecidos na Constituição Federal.

Não obstante a atual percepção de que as normas privadas sofrem influência das alterações políticas, é possível afirmar ainda que a crise do modelo liberal-individualista do Direito não foi superada, o que exige a formulação de uma hermenêutica adequada à realização dos valores éticos constitucionalmente consagrados.

2.4 ALGUMAS PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DA CRISE ÉTICA

Alguns filósofos contemporâneos identificaram a crise que atinge a sociedade e buscaram apresentar propostas, com vistas à sua superação. Serão apresentadas, a seguir, aquelas contribuições consideradas adequadas para a construção de um arcabouço ético necessário ao desenvolvimento de novas formas de socialidade, à reconstrução do jurídico e à realização de uma efetiva solidariedade social.

2.4.1 Ética da responsabilidade em Hans Jonas

No final do século XX Hans Jonas buscou desenvolver uma ética para a civilização tecnológica. Ao constatar que a esfera do produzir teria invadido o espaço do agir essencial do homem, defendeu a necessidade de a moralidade invadir a esfera do produzir, por intermédio de políticas públicas¹³⁰.

¹²⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75 e 77.

¹³⁰ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p. 44.

Essa ética seria fundada na noção de responsabilidade. Apesar de não se tratar de um elemento novo para a moralidade, a esse valor foi concedida pouca atenção pela teoria ética. Isso em razão de tanto o conhecimento quanto o poder terem sido até então muito limitados, o que se refletia no fato de a ética tradicional concentrar-se apenas no ato momentâneo em si, fato que dificultou a inclusão do futuro em suas previsões, assim como do globo terrestre na consciência da sua causalidade.

Ademais, todo trato com o mundo extra-humano, ou seja, todo o domínio da técnica até então era considerado neutro, exceto a medicina. A ética relacionava-se apenas aos vínculos intersubjetivos, bem como às questões de cada um consigo mesmo. O ser humano era considerado constante em sua essência, não sendo objeto da técnica.

O bem e o mal evidenciavam-se na ação e não havia necessidade de previsão em longo prazo. Todos os mandamentos éticos tradicionais limitavam-se ao círculo imediato da ação. O universo moral restringia-se aos seres humanos existentes.

Para o referido autor, esse cenário alterou-se com o advento da tecnologia, em razão de as ações passarem a ter uma projeção causal sem precedentes em relação ao futuro, acompanhadas por uma consciência mais abrangente do que aquela até então existente. Por essas razões, a responsabilidade teria se deslocado para o centro da ética¹³¹.

Hans Jonas faz uma forte crítica ao imperativo categórico de Kant, que estabelece: “Aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral”. Nesse sentido, ressalta que o invocado “tu possas” significa um apelo à razão e à concordância consigo mesma; e que a ênfase em “poder” ou “não poder” evidencia que a reflexão básica da moral não é propriamente moral, mas lógica, pois expressa compatibilidade ou incompatibilidade, e não aprovação moral ou desaprovação. Ao se reduzir a ética a um raciocínio lógico, possibilitou-se que não se identificasse uma contradição em si na ideia de que a humanidade pudesse cessar de existir, nem no fato de que a felicidade das gerações presentes pudesse ser paga com a infelicidade ou a não existência das gerações futuras¹³².

O autor identifica Kant como um dos representantes da ética da imediatidade e propõe uma ética de previsão e responsabilidade, compatível com as novas dimensões do agir humano¹³³.

Na sociedade contemporânea, a tecnologia ocupa um lugar central na vida do ser humano. A necessidade de recompensa pelo sucesso e o orgulho pelo desempenho alimentam

¹³¹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p. 22.

¹³²Ibid, p. 47.

¹³³Ibid, p. 57.

a superioridade de um dos lados da natureza humana sobre todos os outros e, inevitavelmente, à custa dos demais. Qualquer outra característica que possa levar o ser humano à plenitude fica eclipsada pelo prestígio dado ao poder. Por outro lado, o homem passou a figurar entre os objetos da técnica.

O vácuo ético decorre do fato de o saber ter erodido os fundamentos sob os quais poderiam ser estabelecidas normas e destruiu a própria ideia de norma enquanto tal. Isso se deu por intermédio da “neutralização” da natureza sob o aspecto do valor, sendo seguida pelo mesmo fenômeno em relação ao homem.

Diante da incerteza em relação aos efeitos futuros de muitas ações humanas, seria necessário desenvolver uma ética da responsabilidade em relação ao futuro na teoria ética, a fim de que sirva como um novo princípio, segundo o qual não se deveria arriscar quando tais atos atingirem os fundamentos de todo empreendimento humano e forem irreversíveis.

Somente a prevenção de um mal maior e não a obtenção de um bem maior deveria justificar que se arrisque a totalidade dos interesses alheios. Apresenta forte crítica aos riscos da tecnologia, que não são assumidos para salvar o que existe ou abolir o insuportável, mas para melhorar ininterruptamente o alcançado. Dessa forma, conclui que o progresso se situa antes sob o signo da soberba do que da necessidade¹³⁴.

A ética do futuro extingiria a noção de reciprocidade, segundo a qual o meu dever é a imagem refletida do dever alheio, pois a ética almejada se preocupa com o que ainda não existe. Faz-se necessário reconhecer a existência de um direito das gerações futuras de existir de um modo que considerem valioso. O princípio da responsabilidade tem que ser independente tanto da ideia de direito quanto da ideia de reciprocidade¹³⁵.

Por outro lado, entende ser necessário reconhecer fins à natureza na própria compreensão do seu conceito. O autor busca demonstrar que a natureza cultiva valores, uma vez que cultiva fins. A natureza seria tudo, menos algo livre de valores. Nesse sentido, Hans Jonas defende a imanência dos fins no ser. A natureza demonstrou interesse na vida orgânica e o satisfaz por meio de uma variedade extraordinária de formas.

Para Hans Jonas, o mistério e o paradoxo da moral consistem no fato de que o eu deve esquecer-se de si em proveito da causa, de forma a permitir que um eu superior apareça (na verdade um bem em si). Nesse ponto, constata-se que o autor ainda se refere à moral enquanto sacrifício pessoal. Consoante se verá ainda neste capítulo, Gilles Lipovetsky

¹³⁴ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p. 85.

¹³⁵ Ibid, p. 89.

percebeu que essa compreensão da moral não encontra guarida na sociedade atual, caracterizada pela busca da felicidade e da satisfação pessoal.

De acordo com Hans Jonas, é da essência da natureza moral do ser humano que a inteligência transmita um apelo que encontra uma resposta em um sentimento. Trata-se do sentimento de responsabilidade.

A teoria da responsabilidade, como teoria ética, deve lidar com dois aspectos: o fundamento racional do dever, que justifica o caráter imperativo do dever ser; e com o fundamento psicológico da capacidade de influenciar a vontade. A ética tem, portanto, um aspecto objetivo e um subjetivo: o primeiro referente à razão e o segundo à emoção. Ao longo da história, um ou outro estiveram no âmago da teoria ética, mas o aspecto objetivo acabou tomando preferencialmente a atenção dos filósofos. A existência factual do sentimento é presumivelmente um potencial humano universal e, por isso, elemento cardinal da moral¹³⁶.

As pessoas são seres morais porque possuem essa capacidade de serem afetadas. A eficácia do imperativo moral depende do elemento subjetivo, do sentimento, tendo em vista que a faculdade de julgamento, instruída pelo sentimento, avalia as finalidades possíveis segundo a sua dignidade e as prescreve ao querer.

Sempre foi reconhecido pelos filósofos da moral que deveria haver uma união entre o sentimento e à razão, a fim de que o bem objetivo adquirisse poder sobre a vontade. Para que a moral possa se impor às emoções, a construção de suas normas depende da participação dos sentimentos. Para o autor, Kant foi o único dos grandes que admitiu essa situação, como uma concessão à nossa natureza sensível, ao invés de vê-la como um componente integral da ética. Para Hans Jonas, o elemento emocional na ética kantiana aparece na noção de respeito¹³⁷.

O objeto da responsabilidade é compreendido como o outro; não como algo melhor, mas como ele mesmo em seu próprio direito, sem que essa alteridade possa ser superada por uma aproximação. A alteridade apossa-se da responsabilidade individual e não se pretende aqui nenhuma apropriação.

Em relação à ideia de responder pelos próprios atos, ou seja, a mera imputação causal, a responsabilidade não fixa fins, pois se trata apenas de uma imposição formal de todo agir causal dos seres humanos. Ela é uma precondição moral, mas não a moral em si.

O sentimento que caracteriza a responsabilidade é moral, mas caso seja considerada do ponto de vista puramente formal, não seria capaz de fornecer um princípio efetivo para a

¹³⁶ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p. 157.

¹³⁷ Ibid, p.159.

teoria ética, cujo objetivo consiste em apresentar, reconhecer e motivar finalidades positivas para a humanidade.

Todo ser vivente é o seu próprio fim, mas os humanos têm a possibilidade de garantir os fins próprios aos demais seres. O primeiro objeto da responsabilidade são os outros homens. Nesse caso, a reciprocidade está presente, pois todos são responsáveis uns pelos outros.

Hans Jonas identifica a responsabilidade parental como o arquétipo¹³⁸ de qualquer responsabilidade tanto no que diz respeito à essência quanto do ponto de vista temporal, uma vez que os pais buscam fazer da criança o melhor dos seres, desde a sua existência física até seus mais elevados interesses, sem exigir, para tanto, nenhuma reciprocidade. Em seguida, cita Aristóteles para defender que o Estado deve buscar esse mesmo fim¹³⁹.

Para fundamentar o uso desse arquétipo, identifica a existência de uma relação de afeto entre o indivíduo político e a sociedade que ele pretende dirigir, cuja origem comum pode ser concebida na solidariedade de destinos. Dessa forma, entende ser possível atribuir ao Estado uma função semelhante àquela desempenhada pelos pais, uma vez que seria difícil, ou até mesmo impossível, assumir responsabilidade por algo que não se ame.

Qualquer responsabilidade por uma vida, seja individual, seja coletiva, estaria ocupada com o futuro. Por essa razão, na responsabilidade total, considerada pelo autor, o futuro de toda a existência tornar-se-ia objeto de atos singulares de responsabilidade, voltados para as necessidades mais próximas.

A responsabilidade em relação ao futuro cria um dever imperativo geral de nada fazer que viesse a impedir o aparecimento dos seus semelhantes na terra. Deve-se buscar garantir a possibilidade de um agir responsável no futuro.

A noção de responsabilidade não teria até então desempenhado um papel importante nas teorias morais tradicionais em razão de nunca ter aparecido como elemento afetivo da constituição da vontade moral. Em seu lugar, outros sentimentos distintos cumpriram essa função, a exemplo do amor e do respeito.

¹³⁸ Pode-se definir como arquétipo um paradigma ou modelo profundamente incrustado no consciente coletivo da humanidade. Os arquétipos são definidos por Jung como os conteúdos dos inconscientes coletivos. Já estes são conceituados como “um substrato psíquico comum de natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo”. Em seguida, afirma o autor: “O arquétipo representa essencialmente um conteúdo inconsciente, o qual se modifica através de sua conscientização e percepção, assumindo matizes que variam de acordo com a consciência individual na qual se manifesta”. JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 15, 16 e 17.

¹³⁹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p. 180.

Hans Jonas propõe uma inversão da ideia kantiana: “você pode, porque você deve”. Para ele, a máxima deveria ser: você deveria, porque você age e você age porque você pode”¹⁴⁰. Isso significa que a responsabilidade surge em razão de um exorbitante poder de agir, que já está sendo exercido.

Enquanto para Kant o dever significa a faculdade de submeter a inclinação ao dever, para Hans Jonas, poder significa liberar no mundo os efeitos causais, que devem então ser confrontados com o dever da responsabilidade¹⁴¹.

A dificuldade, ou o ponto crítico de sua teoria ética, estaria na passagem do querer ao dever. Essa transição seria mediada pelo fenômeno do poder, no seu significado humano singular, por meio do qual se vincula ao saber e à liberdade. O dever surge da vontade de autocontrole sobre esse poder, que é exercido conscientemente. Nascido do perigo, o dever clamaria por uma ética da preservação e da proteção.

A exploração econômica do outro é desmoralizante tanto para aqueles que obtêm vantagens quanto para os explorados. Os exploradores, por conta de sua culpa, sofrerão com a deformação moral da insensibilização e a consciência mentirosa. Tal exploração destrói a liberdade exterior de suas vítimas e gera um grande número de despossuídos, a degradação da sobrevivência e não deixa espaço para mais nada¹⁴².

O fato de a incerteza poder ser o destino permanente da humanidade geraria consequências morais. A esse fato pode-se acrescentar a irreversibilidade de algumas ações, o que deve tornar a prudência a melhor medida – será a melhor parte da coragem – e um imperativo da responsabilidade.

Hans Jonas não busca uma ontologia da eternidade, mas do tempo, pois entende que, uma vez abolido o ser transcendente, utópico, deve-se buscar o essencial naquilo que é transitório, pois somente assim a responsabilidade se tornará um princípio moral dominante. Em seguida, critica o Eros platônico com seu impulso em relação ao bem, em razão de ser voltado para a eternidade e não para a temporalidade. Platão desejava que o temporal se tornasse eterno por intermédio do Eros. Com isso, o Eros não era responsável pelo seu objeto, pois este consistia em algo superior, perfeito, que o tempo não poderia afetar. Sobre algo

¹⁴⁰ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p.215.

¹⁴¹ Ibid, p. 216.

¹⁴² Ibid, p. 274-275.

inalterável não se pode ser responsável, mas apenas por aquilo que é mutável, ameaçado, mortal¹⁴³.

Mais à frente, fez uma forte crítica às teorias que buscavam conceber um ser humano ideal. Afirmou que o “homem verdadeiro” sempre existiu, com seus altos e baixos, sua grandeza e sua mesquinhez. Reconheceu a ambivalência como parte integrante do ser humano e tentar eliminá-la significaria suprimir a humanidade e o caráter insondável da sua liberdade. Ao invés de se desejar um mundo utópico, deve-se desejar que toda satisfação produza uma insatisfação, toda paz, uma inquietude. Critica o que chama de um otimismo inclemente, que seria uma confiança utópica em um ser humano futuro (idealizado), ao lado de uma desconfiança em relação ao homem atual¹⁴⁴.

A ética da responsabilidade deve estipular uma limitação ao avanço desenfreado do progresso. Essa medida representa uma precaução inteligente, acompanhada de um sentimento de simples decência pelas futuras gerações.

O medo integraria a noção de responsabilidade. Não se trata, contudo, de um sentimento que paralisa, mas que assume responsabilidades diante do desconhecido, devido ao caráter incerto de qualquer esperança. Trata-se do que o autor denomina “coragem para assumir responsabilidade¹⁴⁵”.

Nessa situação em que o mal aparece junto com o bem a ser defendido, o infortúnio aparece junto com a salvação, o medo transforma-se na primeira obrigação preliminar de uma ética da responsabilidade histórica.

A responsabilidade deveria ser compreendida como cuidado, ou seja, como obrigação em relação a outro ser e que se torna “preocupação”, perante uma ameaça à sua vulnerabilidade.

Afirma, por fim, que o resgate das noções de respeito e de medo será capaz de apresentar à humanidade os possíveis descaminhos do seu poder, tendo em vista que tais sentimentos poderiam impedir que se pudesse desonrar o presente em relação ao futuro. Conservar intacto o patrimônio contra os perigos do tempo e a ação dos seres humanos não seria um objetivo utópico, mas a tarefa a que incumbe a responsabilidade pelo futuro da humanidade.

¹⁴³ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006, p.212.

¹⁴⁴ Ibid, p. 343-346.

¹⁴⁵ Ibid, p. 351.

Além de trazer a responsabilidade para o centro da ética, defendendo que os seres humanos são responsáveis uns pelo outros, Hans Jonas promoveu uma ampliação dessa noção para abranger não somente as gerações futuras, como também a vida em todo o planeta.

Ademais, procurou reconhecer igual importância tanto ao elemento racional quanto ao elemento psicológico, e os compreendeu como fundamentos complementares, uma vez que o sentimento torna os seres humanos receptivos aos apelos éticos, já que demonstrações racionais por si só não são suficientes para gerar uma força motivadora.

Não obstante se concorde, no presente trabalho, que a noção de reciprocidade perde importância para a definição de responsabilidade, especialmente em relação às gerações futuras, defende-se aqui, ao contrário do que preconiza Hans Jonas, que essa noção ética de responsabilidade pode e deve ser conduzida ao Direito. Em verdade, o Direito desenvolveu-se historicamente para impor aos seres humanos a responsabilidade pelos próprios atos. Tanto assim que se reconhece a noção de responsabilidade por determinados comportamentos como pertencente à Teoria Geral do Direito¹⁴⁶.

2.4.2 Emmanuel Lévinas e a Ética da Alteridade

Emmanuel Lévinas foi o primeiro autor a escrever sobre fenomenologia na França. No prefácio à edição alemã de sua obra “Totalidade e Infinito” reconhece nela uma forte inspiração fenomenológica, identificada por meio de longos contatos com os textos de Husserl e uma incessante atenção à obra “Ser e Tempo”, de Heidegger¹⁴⁷.

Não obstante sua forte influência fenomenológica, propôs uma superação da ontologia pela ética, que representa uma filosofia primeira e consiste no sentido da tarefa do filosofar e do próprio existir¹⁴⁸. O grande rompimento com Heidegger ocorreu com a discordância da ideia de que o outro é, inicialmente, objeto de compreensão, para depois ser considerado interlocutor.

Ao contrário de Heidegger, para quem o pré-ontológico seria o fático, o cotidiano, Lévinas defende a existência de condições metafísicas de possibilidade pré-ontológicas¹⁴⁹,

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 04.

¹⁴⁷ LÉVINAS, Emmanuel. “Totalidade e Infinito”: Prefácio à edição alemã. In: **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 252.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Jorge Miranda de. A alteridade na construção da ética de Kierkegaard e Lévinas. In: **Controvérsia**, v. 6, n. 1, p. 36-45, jan-mai 2010, p.37.

¹⁴⁹ Nesse sentido, afirma Paul Ricoeur: “Mas, é preciso considerar que esta anterioridade de um passado pré-original e an-árquico não se inscreve por si mesma no tempo sincronizável da memória e da história. É nesse sentido que ele é imemorial (ou melhor, imemorável)”. In: RICOEUR, Paul. **Outramente**: Leitura do livro

anteriores a essa cotidianidade ontológica da posição cognitiva do saber, ou seja, para o referido filósofo, antes mesmo da compreensão, há uma corporalidade vulnerável, em que se apresenta um desejar constituído como sensibilidade e se constitui como ética por meio do contato facial com o outro¹⁵⁰.

Para Lévinas, o outro é em si mesmo significação, palavra ética, e enquanto rosto é que o ser humano torna-se acessível¹⁵¹. Esse rosto não se apresenta como signo, mas como algo que se expressa por si mesmo, sendo, portanto, anterior ao signo¹⁵². Através do rosto, o outro se entrega pessoalmente como outro, como alguém que não se revela e não se deixa tematizar¹⁵³. O outro é único e não pertence a um gênero ou não permanece em seu gênero¹⁵⁴. Nesse ponto, realiza uma forte crítica à tradição filosófica ocidental por ter transformado o outro em objeto. A tematização e definição do outro não significa paz, mas supressão ou posse do outro¹⁵⁵.

Na linha dos filósofos contemporâneos, constatou a existência de uma crise ética, marcada pela desvalorização da vida humana. A partir desses pressupostos, buscou desenvolver uma perspectiva ética que retirasse o eu da centralidade e almejasse a abertura e o acolhimento ao outro.

A ética da alteridade propõe uma superação do individualismo e do solipsismo a partir da constatação de que a subjetividade somente se constitui a partir do outro. O outro é sempre anterior ao eu. É uma anterioridade que possibilita o ser e o existir do eu. Parte-se do pressuposto de que somente a partir da percepção do outro como condição para a existência do eu é que se pode compreender o verdadeiro sentido do existir.

Em sentido semelhante, Martin Buber desenvolveu uma filosofia do diálogo, da relação. O autor desenvolve uma ontologia da relação, em que a palavra é compreendida como diálogo. Para tanto, parte da compreensão de que o mundo seria duplo para o ser humano, de acordo com as palavras-princípio que ele utiliza e que são de duas espécies: Os pares de vocábulos EU-TU e EU-ISSO. O primeiro par se refere às relações entre seres

Autrement qu'être ou au-delà de l'essence de Emmanuel Lévinas. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 28.

¹⁵⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 366, e p. 409, nota de rodapé 509.

¹⁵¹ LÉVINAS, Emmanuel. A ontologia é fundamental? In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 29.

¹⁵² Nesse sentido: "El rostro no significa, no se presenta como un signo, sino que se expresa, dándose en persona, en sí, kath'autó: «La cosa en sí se expresa». Expresarse es estar detrás del signo". DERRIDA, Jacques. **La escritura e la diferencia**. Trad. Patricio Peñalver. Barcelona: Editorial Anthropos, 1989, p. 136-137.

¹⁵³ Ibid, p. 139.

¹⁵⁴ LÉVINAS, Emmanuel. Diálogos sobre pensar no outro. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 246.

¹⁵⁵ LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980, p.33.

humanos, enquanto o segundo se refere às relações com objetos. Quem diz TU, está proferindo também o EU da palavra-princípio. O mesmo ocorre quando se diz ISSO¹⁵⁶.

Com base nessas ideias, defende que o lugar do outro é essencial para a realização existencial de qualquer pessoa. Nesse sentido, afirma: “O EU se realiza na relação com o TU; é tornando EU que digo TU. Toda vida atual é encontro¹⁵⁷”. O autor define o amor como responsabilidade de um EU para com um TU.

Afirma que a grande melancolia do destino do ser humano é que o TU em nosso mundo deve tornar-se irremediavelmente um ISSO. Tão logo a relação deixe de atuar, o TU torna-se um objeto dentre objetos, ainda que seja talvez o mais nobre deles¹⁵⁸.

Para Buber, o ser humano individualiza-se, adquire personalidade a partir do outro, por meio do contato facial; e nessa relação dialógica é que ambas as partes adquirem consciência de si mesmas, pois atuam como aquele que simultaneamente exerce e recebe a ação¹⁵⁹.

Também em Sartre, o outro é identificado como o mediador indispensável entre mim e mim mesmo. Nesse sentido, o outro não apenas revela ao sujeito o que ele é, mas o constitui como um novo tipo de ser que deve sustentar qualificações novas. O autor ressalta, todavia, que esse novo ser que aparece para o outro não reside no outro; o próprio sujeito é responsável pelo novo¹⁶⁰. Ademais, o sujeito se descobre não apenas no conflito, mas também em comunidade com o outro, o que o remete à noção de *Mitsein* (ser-com) de Heidegger¹⁶¹.

Lévinas parte da premissa de que o pensamento começa no momento em que a consciência se torna consciência de sua particularidade, o que significa conceber a exterioridade para além da natureza do ser vivente, ou seja, consciência de si mesmo, ao mesmo tempo em que consciência da exterioridade que ultrapassa sua natureza. O pensamento é a relação do sujeito com a totalidade, no qual o eu considera aquilo que ele não é, sem se dissolver nisso que ele não é. O pensamento tem início nos seres viventes com a

¹⁵⁶ “Não há EU em si, mas apenas o EU da palavra-princípio EU-TU e o EU da palavra princípio EU-ISSO”. BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Cortez & Moraes, 1977, p. 03-04.

¹⁵⁷ Ibid, p. 13.

¹⁵⁸ Ibid, p. 19.

¹⁵⁹ “O homem se torna EU na relação com o TU. O face-a-face aparece e se desvanece, os eventos de relação se condensam e se dissimulam e é nesta alternância que a consciência do parceiro, que permanece o mesmo, que a consciência do EU se esclarece e aumenta cada vez mais”. Ibid, 1977, p. 32.

¹⁶⁰ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 23 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 290.

¹⁶¹ Ibid, p. 512.

possibilidade de se conceber uma liberdade exterior àquela que é própria. A relação do sujeito com a totalidade é uma relação dos seres humanos nos quais se reconhece o rosto¹⁶².

Entretanto, o outro, enquanto carnalidade sensível, surge para o contato não apenas como rosto, mas como vítima, o que cria para o sujeito uma responsabilidade irrecusável, anterior a todo consentimento livre, a todo contrato, e que obriga eticamente a pessoa perante a vítima¹⁶³.

Em Lévinas, a subjetividade é construída como responsabilidade perante o outro. Para chegar a essa conclusão, observa que a palavra “ser” exprime o advir ou o acontecimento do ser; exprime que, no ser, importa ser, ou seja, nela há um instinto de conservação, um egoísmo, um inter-essamento. A ética, o cuidado reservado ao outro-que-si-mesmo, a não-indiferença para com a morte de outrem e a possibilidade de morrer por outrem seria o abrandamento do significado ontológico que o verbo ser possui, seria um des-inter-essamento, o que abriria a ordem do humano, da graça e do sacrifício¹⁶⁴.

Paul Ricoeur chama a atenção para o uso, por Lévinas, das hipérboles, de sua “subida aos extremos”. Como exemplo, cita a transformação da proximidade com outro em obsessão e na defesa da ideia de que, desse modo, a diferença entre o mesmo e o outro se torna não-indiferença¹⁶⁵.

E essa reviravolta, essa prioridade dada ao outro seria produzida por intermédio do encontro com o rosto de outrem, em que este se revela indefeso, mortal. O rosto do outro¹⁶⁶ apela para que o “eu interpelado” adie ou apague as obrigações que deve a si próprio, pois é o âmbito em que a preocupação pela morte de outrem pode ser mais importante para o eu do que a preocupação consigo mesmo¹⁶⁷. Trata-se, segundo Lévinas, da “Possibilidade do sacrifício como sentido da aventura humana!”¹⁶⁸.

¹⁶² LÉVINAS, Emmanuel. O eu e a totalidade. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 35-37

¹⁶³ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 370 e 371.

¹⁶⁴ LÉVINAS, Emmanuel. Diálogos sobre pensar no outro. In: **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 241-242.

¹⁶⁵ RICOEUR, Paul. **Outramente**: Leitura do livro *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* de Emmanuel Lévinas. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 34.

¹⁶⁶ O autor ressalta que o termo “rosto” não deve ser interpretado de forma estrita, como se fosse apenas a face, os olhos e o nariz, pois “Esta possibilidade para o humano de significar em sua unicidade, na humildade de sua indignância e mortalidade, a altura do seu apelo – palavra de Deus – que lembra minha responsabilidade por ele e minha eleição de único a esta responsabilidade, pode vir da nudez de um braço esculpido por Rodin.” LÉVINAS, Emmanuel. O outro, utopia e justiça. In: **Entre nós**: ensaios sobre alteridade. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 265.

¹⁶⁷ Ibid., p. 260-261.

¹⁶⁸ Ibid, p. 261.

Haveria, portanto, um desejar, que não é erótico nem narcisista, mas transcendental, voltado para o outro, ou seja, desejo de alteridade, que chama o sujeito à responsabilidade pelo outro, o retirando da sua paz e segurança, em busca da luta pela justiça, pelo outro¹⁶⁹.

Para Lévinas, o núcleo do ser está em algo que esse ser não escolheu nem pode dominar: a responsabilidade pelo outro. O sujeito deixa de se definir por sua soberania e passa a ser definido por sua passividade, que significa algo aquém da própria consciência, algo que não depende da escolha da pessoa, algo anterior a tudo mais. Com essa definição, busca o autor identificar o surgimento da moral em um momento anterior à objetificação do outro pelo eu. Isso significa que a moral é algo anterior a tudo mais¹⁷⁰. Esse sentido foi desenvolvido posteriormente (1967) por Lévinas e se aproxima do discurso de Derrida¹⁷¹.

Uma das importantes categorias desenvolvidas por Levinas consiste na noção de “assimetria”, que significa uma gratuidade integral de mim mesmo em relação ao Eu-Outrem, ou seja, significa responsabilidade por outrem¹⁷² e por sua miséria essencial e pessoal¹⁷³, sem esperar por reciprocidade, que seria o retorno do movimento à sua origem, mas não algo com que se deva importar.

A responsabilidade pelo outro representa o que define o sujeito e o faz ser o que é. Trata-se de uma responsabilidade heterônoma, pois não se funda no título de propriedade sobre meus atos, mas no outro¹⁷⁴. No mesmo sentido, a liberdade em Lévinas não é identificada com autonomia – capacidade do eu de autojustificar-se, assim como fez Kant, mas com heteronomia, ou seja, não como a capacidade de estabelecer lei a si próprio, mas que receba sua lei do outro. Antes mesmo de ser livre, o sujeito é responsável pelo outro e a ética funda-se na heteronomia do outro¹⁷⁵.

Enquanto Hans Jonas defende uma responsabilidade *a posteriori*, relacionada à vida no planeta e às consequências dos nossos atos na terra, Lévinas propõe uma responsabilidade

¹⁶⁹ Nesse sentido: DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 408-409, notas de rodapé 487 e 489.

¹⁷⁰ BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e em Lévinas. **Conjectura: Filosofia e Educação**. Caxias do Sul, vol. 18, n.3, p. 166-183, set.-dez. 2013, p. 178.

¹⁷¹ MORENO, Érica Soto. **Vocación de Herencia. El concepto de hospitalidad em Jaques Derrida e Emmanuel Lévinas**. 2006-2008 Tesis Doctoral – Departament de Filosofia Teorètica e Pràctica. Facultat de Filosofia. Universitat de Barcelona. Programa de Doctorado. Tradicions e crisis, p. 232.

¹⁷² “... responsabilidade que lhe incumbiria imediatamente na própria percepção de outrem, mas como se nesta representação, nesta presença, ela já precedesse essa percepção, como se ela já estivesse aí, mais velha que o presente, e, por isso, responsabilidade indeclinável[...]”. LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010., p. 260.

¹⁷³ Nesse sentido: ALMEIDA, Jorge Miranda de. A alteridade na construção da ética de Kierkegaard e Lévinas. **Controvérsia** - vol. 6, n° 1: 36-45 (jan-mai 2010), p.38.

¹⁷⁴ MORENO, op.cit., p. 236.

¹⁷⁵ BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e em Lévinas. **Conjectura: Filosofia e Educação**. Caxias do Sul, vol. 18, n.3, p. 166-183, set.-dez. 2013, p. 179.

a priori, que exige do ser humano um dever ao se defrontar com a vítima e sua dor, sua necessidade. Se a dor do outro nos afeta, nos atinge, é porque já trazemos previamente conosco essa noção de responsabilidade. Há, portanto, um sentido prévio de responsabilidade, anterior ao encontro com a vítima. A decisão sobre o que fazer – o que inclui um não fazer – perante o apelo do outro já representa um *ato a posteriori*¹⁷⁶. O ato de ignorar o outro também confirma a responsabilidade prévia, uma vez que ignorar já consiste em um julgamento a partir dessa responsabilidade.

A alteridade foi compreendida como caridade e amor. Identifica-se, portanto, na obra de Lévinas, um forte conteúdo religioso. Consoante restou demonstrado, os autores do Iluminismo buscaram secularizar esse conteúdo.

O próprio autor reconhece o seu pensamento como bastante clássico, ao afirmar – tanto no prefácio escrito para a tradução alemã da sua obra “Totalidade e Infinito”, quanto em entrevista posterior publicada na obra “Entre Nós” – que repete Platão, ao admitir não ser a consciência a responsável por fundar o bem, pois, em verdade, seria este que fundaria a consciência, tendo em vista ser preciso saber, comparar, julgar e formar conceitos para que se possa fazer justiça¹⁷⁷.

Essa referência ao bem, à bondade a que apela o rosto do outro, à ideia de sacrifício e à busca por uma santidade possível demonstra, por um lado, a vinculação da ética da alteridade à longa tradição filosófica ocidental, que remonta a Platão, consoante demonstrado anteriormente. Por outro lado, tais afirmações conferem à ética da alteridade em Lévinas um caráter bastante ideal e vinculado a preceitos religiosos – sua ética é a religião – tendo em vista que ele exige respeito ao outro em nome de sua semelhança com Deus¹⁷⁸, o que a fragiliza e dificulta a aplicação de sua ética em tempos pós-modernos, em que há pouco espaço para a noção de sacrifício e dever desinteressado, consoante demonstrou Lipovétsky, além de se privilegiar o respeito à diferença e à diversidade, o que inclui naturalmente a diversidade religiosa.

¹⁷⁶ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 366, e p. 411, nota de rodapé 528.

¹⁷⁷ LÉVINAS, Emmanuel. Diálogos sobre pensar no outro. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 244.

¹⁷⁸ Nesse sentido: MORENO, Érica Soto. **Vocación de Herencia. El concepto de hospitalidad em Jaques Derrida e Emmanuel Lévinas**. 2006-2008 Tesis Doctoral – Departament de Filosofia Teorètica e Pràtica. Facultat de Filosofia. Universitat de Barcelona. Programa de Doctorado. Tradicions e crisis, p. 244.

2.4.3 A filosofia da libertação de Enrique Dussel

Na obra “Ética da Libertação”, Enrique Dussel inicia o seu pensamento demonstrando que os sistemas éticos que se desenvolveram e influenciaram praticamente todo o mundo atual têm origem anterior à Grécia antiga – ou seja, na África e na Ásia. Desse modo, busca refutar o helenocentrismo e o eurocentrismo que marcam o pensamento científico dos últimos séculos. Em seguida, ao analisar a formação histórica dos valores desenvolvidos durante a modernidade, comprova também que aqueles não foram forjados apenas no interior da Europa (Medieval), uma vez que a maioria das ideias já estava presente na cultura islâmica durante a sua dominação no Mediterrâneo e se desenvolveram por intermédio de uma dialética entre a Europa-centro e sua periferia. Com isso, o autor busca suplantar a visão novamente eurocêntrica acerca da crise da modernidade, considerando-a uma “falácia reducionista”, e almeja indicar um caminho para a sua superação, que inclua também os países periféricos¹⁷⁹.

Dussel posiciona-se dentre aqueles que entendem ter o sistema civilizatório moderno chegado ao seu fim. Afirma ser possível recuperar o que for recuperável da modernidade, mas considera essencial rejeitar a exclusão e dominação presentes no atual sistema-mundo. Propõe uma ética da libertação das diversas vítimas oprimidas e/ou excluídas e define sua teoria como transmoderna, já que considera os pós-modernos ainda eurocêntricos e, por essa razão, incapazes de compreender o problema em toda sua abrangência¹⁸⁰.

Para o referido filósofo, a modernidade – ou o capitalismo – teria dois limites absolutos: o primeiro consiste na morte da vida em sua totalidade pelo uso indiscriminado de uma tecnologia antiecológica, formada apenas com base no critério da gestão quântica do sistema-mundo da modernidade; o segundo é a destruição da própria humanidade, por meio da pobreza e da exclusão social geradas pela busca do aumento da produtividade.

Ao defender que a Modernidade não pode ser compreendida como um fruto exclusivo da Europa, o autor ressalta também que o próprio contradiscurso europeu é o fruto no centro, mas oriundo da periferia-dominada, e cita como exemplo o fato de a crítica de Bartolomeu de Las Casas à Espanha somente ter sido possível em razão de ele ter residido na periferia. Para Dussel, o contradiscurso à Modernidade remonta há cinco séculos e foi iniciado na Ilha Hipaníola, quando Antonio de Montesinos criticou as injustiças que eram

¹⁷⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 64.

¹⁸⁰ Ibid, p. 65.

feitas com os índios, até que seu trabalho teórico chegou às aulas de Salamanca, momento em que se exprimiu nas lições de Francisco de Vitoria, que deu prosseguimento às críticas iniciadas por Bartolomeu de las Casas em 1514¹⁸¹.

O contradiscurso é, portanto, um produto dialético, forjado por um diálogo crítico, a partir da alteridade. O outro é a origem do contradiscurso europeu. Nem mesmo a filosofia europeia pode ser compreendida como um produto exclusivo da Europa, mas como uma produção da humanidade situada na Europa como centro, por meio de um diálogo constitutivo essencial com as culturas periféricas¹⁸².

O autor apresenta a Filosofia da Libertação como um contradiscurso, uma filosofia crítica que nasce na periferia – a partir das vítimas, dos excluídos – e defende uma ética da corporalidade e da vida, com pretensão de mundialidade¹⁸³.

O autor parte da premissa de que o conteúdo da ética é a vida humana e, por isso, é possível desenvolver uma ética de conteúdo ou material, bem como um princípio universal para toda a ética, que consiste no princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade. Não basta, portanto, apenas garantir a conservação da vida humana, mas também o seu pleno desenvolvimento. A pobreza impossibilitaria a efetivação desse princípio.

Dussel critica a segunda Escola de Frankfurt, que tem em Habermas e Apel seus maiores expoentes, em razão de terem abandonado a negatividade presente na primeira Escola e que se apresentava como crítica aos efeitos negativos da Modernidade para as vítimas do Iluminismo, e criado uma corrente de pensamento formalista, fundada na razão discursiva, que excluiu a materialidade do âmbito ético. Em seguida, propõe-se a desenvolver uma ética capaz de subsumir tanto a razão discursiva quanto a razão dialética crítico-material, pois entende que a razão discursiva pura se torna cúmplice do sistema dominador, ao não reconhecer critérios éticos que possam ser utilizados para identificar os efeitos negativos de determinados comportamentos em relação às suas vítimas. Por essa razão, afirma que as teorias da razão discursiva não seriam críticas.

Ademais, faz uma releitura dos autores da Primeira Escola de Frankfurt para concluir que o sistema civilizatório cria uma contradição inevitável entre os “instintos de reprodução” – que, em seu objetivo de afastar a dor e a morte (autoconservação), criam instituições

¹⁸¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 70.

¹⁸² Ibid, p. 71-72.

¹⁸³ Ibid, p. 73-75.

repressoras¹⁸⁴ – e os “instintos do prazer”, que desafiam a dor, a morte para alcançar a felicidade. A prevalência dos instintos de reprodução impede a busca pela a felicidade, pois esta coloca em risco a segurança, a fim de criar o novo.

Essa ênfase na autoconservação, por meio da racionalização e disciplina do corpo para atender às exigências do aparato técnico, gera a alienação do sujeito. Conservar a vida é necessário, mas não suficiente, pois não promove criatividade, crescimento e desenvolvimento do sistema. A superação dessas condições pela Ética da Libertação exige a integração do intelecto e da vontade, de modo que a materialidade das pulsões mantenha-se articulada com a racionalidade material, a racionalidade formal discursiva (validade intersubjetiva), bem como com a factibilidade e negatividade da razão instrumental, prática e crítica¹⁸⁵.

A negatividade¹⁸⁶ identificada por Enrique Dussel consiste na descoberta da vítima enquanto vítima e na impossibilidade de reproduzir sua vida, ou seja, tais condições não permitem à vítima viver, negam-lhe sua dignidade de sujeito e a excluem do discurso. A existência de vítimas representa uma refutação material da verdade do sistema que a origina. A partir dessa negação crítica, surge a afirmação acerca da necessidade do “re-conhecimento” da dignidade do sujeito autônomo, do outro como outro, o que transforma cada ser humano em um sujeito responsável pelo outro no sistema. Ademais, a própria vítima, quando é crítica, solidária e comunitariamente, torna-se capaz de reconhecer, de forma responsável, as outras vítimas como tais¹⁸⁷.

O autor cita Popper para reconhecer a impossibilidade de um planejamento perfeito que não produza vítimas, uma vez que, para tanto, seria necessária uma inteligência infinita que funcionasse com uma velocidade infinita. Desse modo, é preciso reconhecer o mal como origem oculta que causa vitimização. Essa ocultação decorre de um processo de fetichização, no qual se busca fundamentar como uma pretensa verdade a “não verdade” do sistema¹⁸⁸.

¹⁸⁴ “O ‘sistema civilizatório’ como tal gera uma contradição inevitável – fato necessário em toda cultura – entre o que chamaremos os ‘instintos de reprodução’ – que diante do horror da morte e da dor e para afastá-las produzem as instituições ‘repressoras’ da vida – e os ‘instintos do prazer’ – que lhe permitem afrontar a dor e a morte para alcançar a felicidade, mas colocam em questão a ‘segurança’.” DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 340.

¹⁸⁵ Ibid, p. 340-346.

¹⁸⁶ Dussel ressalta que julgar com um “não” o sistema consiste em um “não” querer causar vítimas. E o não querer é antecedido pela anterior assunção da responsabilidade por elas. Isso explica porque “os imperativos mais antigos e veneráveis da humanidade foram sempre negativos”. Ibid, p. 379.

¹⁸⁷ Ibid, p. 375-376.

¹⁸⁸ A não verdade do sistema estaria em sua produção de vítimas. Já a fetichização consiste na obstinação em legitimar o cumprimento tradicional de um sistema que produz vítimas. Segundo Dussel, trata-se da divinização fetichista do sistema indicada inicialmente por Feuerbach. Ibid., p. 377.

Essa não verdade se evidencia pela produção de vítimas, excluídas do discurso, e que não podem desenvolver adequadamente suas vidas.

O “re-conhecimento” da vítima ainda não é, entretanto, um ato ético propriamente dito. É preciso afirmar – com Lévinas – a responsabilidade por ela, que seria um “tomar a cargo” essa pessoa. Não basta reconhecê-la como um sujeito igual, mas sim como outro, como vítima, que pede solidariedade a partir da sua corporalidade sofredora. O “tomar a cargo” situa-se num momento anterior à decisão de assumir ou não a responsabilidade. Aquele que nada faz não deixa de ser responsável pelo sofrimento do outro, pois se torna cúmplice, em razão de se tratar de outro ser humano, “destinado à responsabilidade comunitária da vulnerabilidade compartilhada de todos os viventes”¹⁸⁹.

Essa responsabilidade deve atuar como momento de crítica e transformação das causas de vitimização dos seres humanos. A proposta da Ética da Libertação consiste em cumprir as orientações gerais e exigências transformadoras de toda norma, ação, microestrutura, instituição e sistema de eticidade, em abstrato, bem como dos critérios e princípios para a ação, em concreto, empírica e cotidianamente. O princípio material universal da ética não se encontra apenas na reprodução da vida (com a razão reprodutora ou pulsões de felicidade do mesmo tipo), mas no desenvolvimento da vida humana na história, o que se daria por meio dos impulsos criadores, dos que se arriscam a enfrentar a dor e a morte pelo outro e da razão crítica, que questiona a não verdade de um sistema que gera vítimas¹⁹⁰.

O respeito e reconhecimento do outro como outro é tratado como o momento ético originário, em que se dá “lugar ao outro” para que participe da argumentação não apenas como igual, mas como livre, como outro, como sujeito de novos direitos. Não basta, contudo, reconhecê-lo como igual no processo argumentativo, faz-se necessário identificar algum “aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) e afetado-excluído (*principium exclusionis*)¹⁹¹”. O outro não deve ser reconhecido apenas como exterioridade formal, sem conteúdo, mas como um ser autêntico em sua exterioridade cultural.

A responsabilidade pelo outro é anterior a qualquer decisão, compromisso, expressão linguística ou comunicação. Dussel denomina de “razão ético-originária” um tipo específico de racionalidade – distinta da razão discursiva, estratégica, instrumental, emancipatória – capaz de reconhecer a vítima como excluída. Essa razão seria o primeiro momento racional,

¹⁸⁹ DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 378.

¹⁹⁰ Ibid., p. 381-383.

¹⁹¹ Ibid., p. 421.

anterior a todo outro exercício da razão, por meio da qual se assume a responsabilidade pelo outro antes de qualquer decisão ou compromisso a esse respeito¹⁹².

O autor realiza uma crítica contundente à Ética do Discurso, relativa à pressuposição de uma simetria entre os participantes da argumentação, o que criaria uma aporia inevitável, decorrente da impossibilidade empírica de existir tal simetria entre os sujeitos do discurso, em razão de o sistema gerar vítimas e, portanto, desigualdade. Em seguida, propõe a superação dessa aporia com base em sua Ética da Libertação, que parte da percepção de que as vítimas excluídas assimetricamente da comunicação hegemônica se reúnem em uma comunidade crítico-simétrica e, dessa forma, podem participar da argumentação, em busca do seu reconhecimento. Dessa forma, admite a possibilidade de convivência entre comunidades de comunicação ideais e empíricas, bem como entre as hegemônicas e aquelas compostas pelas vítimas¹⁹³.

Essa convivência pressupõe, portanto, a possibilidade de coexistência de valores rivais não apenas no âmbito social, mas também na ciência. Dussel busca, a partir de uma análise das contribuições oferecidas por Feyerabend, Lakatos e Popper, realizar uma crítica epistemológica às concepções acumulativas e lineares da ciência, de modo a reconhecer em seu âmbito pluralidade, conflito e revoluções. Com isso, admite a coexistência de programas de investigação científica rivais, uns articulados às comunidades hegemônicas, outros aos grupos de oprimidos e excluídos. Propõe, então, a elaboração de uma epistemologia pluralista, plástica e flexível, que possa analisar a complexa convivência de diferentes programas científicos, funcionais e/ou críticos, dentro dos sistemas sócio-históricos existentes e, simultaneamente, em confronto com os mesmos¹⁹⁴.

Dussel defende a existência de um princípio ético crítico-discursivo comunitário de validade. Para tanto, utiliza a denominada razão prático-material crítica e sua referência à realidade, que tem como escopo alcançar uma verdade prática, capaz de diferenciar, com base em um juízo de fato, o que é veneno do que é alimento para a vida. Por intermédio dela se reconhece a negatividade de um sistema que produz vítimas. Em seguida, a partir da razão ético pré-origenária ou crítica, o outro é reconhecido não apenas como igual, mas como outro em sua alteridade.

¹⁹² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 421.

¹⁹³ “[...] a moral procedimental não é capaz de superar o ‘círculo’ da única comunidade de comunicação (quer ideal ou empírica), que lhe impede realizar empiricamente mediante a argumentação uma simetria inexistente – não havendo simetria a argumentação prática moral não é possível. A Ética da Libertação, muito mais complexa, pode contar com comunidades de comunicação ideais e empíricas, hegemônicas e de vítimas”. Ibid, p. 467- 468.

¹⁹⁴Ibid., p. 446-454.

Esse reconhecimento fundamenta a ordem da razão crítico-discursiva que será exercida para realizar duas tarefas prioritárias: 1) a crítica científica da eticidade vigente, presente em normas, atos, instituições ou sistemas e que deve ser compreendida como momento negativo ou de razão crítica desconstrutiva; 2) a projeção criativa, por meio da razão crítica utópico-construtiva, que se trata da função crítica em seu momento positivo¹⁹⁵.

A realização de tais tarefas permite que a comunidade das vítimas crie um novo paradigma prático, composto por novos valores. Trata-se de um novo consenso, criado pela intersubjetividade crítica, composta pela comunidade das vítimas, fundada numa argumentação racional e motivada por uma pulsão solidário-alterativa. A partir do momento em que essa comunidade luta pelo seu reconhecimento, atacando a verdade e validade do sistema, em razão de sua impossibilidade de viver, o dissenso crítico torna-se público e alcança simetria como fruto de uma luta pela verdade. Esse novo consenso deve ser construído por meio de um procedimento democrático-crítico¹⁹⁶, no qual as vítimas tomam consciência dos mecanismos de exclusão assimétrica.

Caberá ao cientista demonstrar materialmente o que impede a vítima de viver, em razão de sua responsabilidade ética perante ela, a quem tomou a seu cuidado. Desse modo, poderá construir uma ciência social ou humana crítica. O autor reconhece, portanto, um componente ético como constitutivo originário das ciências humanas ou sociais críticas.

Deve ser criada, então, uma utopia possível¹⁹⁷, como um programa de ação, fundado na factibilidade do horizonte da vida, factibilidade crítico-prática, capaz de formular e realizar ações críticas estratégico-práticas. O autor defende, portanto, a ética da libertação como uma ética possível dentro de toda ação cotidiana, cujo critério de verdade e validade insubstituível encontra-se no sujeito da vida humana – ou seja, no sujeito vivo – através do reconhecimento solidário do outro. Não se trata, assim, de uma redução abstrativa.

A partir da crítica ao sistema, realizada pelas vítimas, cuja subjetividade é constituída intersubjetivamente, por meio da comunidade linguística, da cultura e da tradição, surgem projetos comuns, fundados numa esperança solidária. Deve ser criticada a chamada fetichização dos sistemas formais, que identificam uma realidade como uma lei social

¹⁹⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 473.

¹⁹⁶ Ibid, p. 469-471.

¹⁹⁷ Segundo Dussel, “A utopia e o projeto possível, racional, com a colaboração da ciência e da técnica, fruto da discursividade democrático-intersubjetiva, não é então: a) a utopia do impossível do anarquista, b) nem tampouco a utopia do sistema vigente, c) nem uma ideia meramente reguladora e transcendental (como a comunidade de comunicação ideal da Ética do Discurso). É uma utopia que passou pela prova da factibilidade a partir do horizonte das exigências ético-materiais e moral-formais”. Ibid., p. 477.

necessária. Todo sistema produz efeitos não intencionais que, em razão de não serem conscientes, criam a sensação de se tratarem de leis naturais ou de leis necessárias e semelhantes às leis naturais, a exemplo da aparência de autorregulação do mercado, tratada por Hayek, ou de que o capital produz valor, reconhecida por Marx¹⁹⁸.

A ciência social crítica deve demonstrar científico-criticamente que as leis sociais não são imutáveis, mas apenas tendências sócio-históricas; deve tornar evidente também a impossibilidade em longo prazo – *in the long run* – do sistema dominador, cujos efeitos perversos não intencionais se tornam intoleráveis e podem ser evitados, a fim de que se possa promover a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético¹⁹⁹. Esse objetivo deve ser garantido por todo e qualquer sistema institucional, que deve contar com meios jurídicos e instrumentais suficientes, convencidos discursivamente em simetria por aqueles que foram afetados por seus efeitos negativos.

A crítica e transformação realizadas buscam obter uma ordem político-legal legítima, que será alcançada quando houver aceitação de uma coação institucional, mutuamente convencionalizada pelo consenso, e voltada para a factibilidade ética das funções sociais. A coação legítima será ética desde que cumpra as exigências do princípio material, formal, discursivo e de factibilidade ética: garantir a vida de todos os afetados, que participam simetricamente das decisões de mediações factíveis eticamente. A coação não pode ser confundida com violência, que deve ser compreendida como o uso negativo e perverso da coação, como nas hipóteses em que a força é utilizada contra novos direitos que vão sendo criados histórico-progressivamente²⁰⁰.

O autor formula o chamado princípio libertação, entendido como um momento deontológico ou de dever ético-crítico de transformação, cujo conteúdo visa assegurar a possibilidade de reprodução e desenvolvimento da vida humana. Esse princípio determina o dever de libertar a vítima por meio de uma transformação factível dos momentos que causam sua negatividade material, bem como a obrigação de construir novas normas, ações, microestruturas, instituições ou até sistemas completos de eticidade nos quais essas vítimas possam viver e participar de forma igual e plena. A práxis da libertação deve considerar sempre o sujeito histórico próprio com referência a uma comunidade de vítimas, além de

¹⁹⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 534.

¹⁹⁹ Ibid, p. 536.

²⁰⁰ Ibid., p. 545-547.

buscar transformações possíveis, factíveis, a partir das circunstâncias dadas, em favor daqueles que sofrem.

A partir do reconhecimento histórico e social da diversidade intersubjetiva de comunidades sócio-históricas, quando descobrem e lutam por seus novos direitos, o autor busca encontrar a universalidade na profundidade de cada ser diverso, em que se reflete o que há de particular na alteridade de outros sujeitos históricos²⁰¹.

Por fim, reconhece a ética como o último recurso de uma humanidade em perigo de extinção. Sua corresponsabilidade solidária, com validade intersubjetiva, partindo do critério de verdade vida-morte, poderá ajudar os seres humanos a saírem de tal situação²⁰².

A ética da libertação de Enrique Dussel desenvolve-se a partir de um vasto e rico conjunto de referências. Com base nas críticas e observações às ideias dos diferentes pensadores analisados, o autor busca desenvolver uma teoria ética com pretensão de mundialidade, mas que se apresenta como bastante adequada para a realidade brasileira e sul-americana, uma vez que nesses países da periferia do capitalismo mundial a quantidade de vítimas é muito mais expressiva. Ademais, reconhece que da realidade desses sujeitos é que surgirão propostas de superação desse sistema, a exemplo da teoria por ele desenvolvida.

O pensamento de Enrique Dussel exerce forte influência sobre o presente trabalho, especialmente quando identifica valores éticos subjacentes a sistemas e instituições sociais, a exemplo do Direito, e reconhece a possibilidade de transformação de tais sistemas. Importante também é a admissão de um componente ético como constitutivo essencial das ciências sociais críticas, capaz de questionar a eticidade presente em atos, normas, institutos e instituições sociais. Essas seriam as principais tarefas do cientista social: a crítica, como um momento de negação dos efeitos prejudiciais do sistema e a formulação de propostas de superação. Essa é a tarefa a que se propõe o presente trabalho, a partir do Direito e, mais especificamente, do Direito Privado, compreendido como sistema no qual prevalece uma eticidade individualista geradora de vítimas.

O diálogo com o pensamento de Lévinas, em que se reconhece a vítima enquanto outro; e a responsabilidade anterior – pré-ontológica, que cria laços de solidariedade e permite que as vítimas possam participar do discurso em busca do seu reconhecimento –, aprofundam a noção de alteridade e trazem elementos essenciais para as ideias que serão desenvolvidas a seguir.

²⁰¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 568.

²⁰² Ibid, p. 574.

Defende-se, na presente tese que, a partir dos valores éticos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda pouco efetivados, apesar de expressamente previstos dentre os objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º) será possível realizar uma transformação na interpretação do Direito Privado, capaz de promover uma libertação factível de momentos essenciais que causam uma negatividade material à vítima, a exemplo da pobreza, das desigualdades sociais e do desrespeito à diferença e à diversidade.

2.4.4 O pós-moralismo de Gilles Lipovetsky

No final da década de 1980, o filósofo francês Gilles Lipovetsky escreveu a obra intitulada “A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos”, na qual identificava a derrocada da noção de dever moral e de sacrifício como resultado da exacerbação da cultura individualista, caracterizada pelo consumo de massa e pela busca da máxima realização pessoal.

Para o referido autor, as sociedades encontram-se em uma nova etapa do processo de secularização da moral, que deixa de ressaltar a estrita observância a preceitos superiores e deprecia o ideal de abnegação, em virtude do estímulo sistemático às aspirações imediatas. Trata-se da era do pós-dever ou do pós-moralismo, caracterizada pelo repúdio à retórica do dever rígido, e simultaneamente, pela valorização dos direitos individuais referentes à autonomia e às aspirações de ordem pessoal²⁰³.

Para melhor compreender o momento atual, o autor realiza uma análise histórica acerca da formação da sociedade moderna. Dessa forma, percebe que a modernidade, ao buscar elaborar uma moral dissociada dos ideais religiosos, construiu uma ordem fundada apenas na razão e na condição humana, e gerou um individualismo, cujo efeito atual consiste na recusa ao sacrifício e à negação de si mesmo.

Inicialmente, os modernos compreenderam os deveres como algo intransigente e absoluto, por meio de uma sobrevalorização do princípio do desinteresse absoluto como requisito para a prática da virtude. Houve um deslocamento dos imperativos religiosos para o âmbito dos deveres individuais e coletivos. Segundo o autor, a modernidade criou a religião do dever, que tem em Kant o apogeu da noção de prática incondicional do dever, quando este transforma Deus em princípio da razão prática²⁰⁴.

²⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Barueri, SP: Manole, 2005, Introdução, p. xxix e xxx.

²⁰⁴ Ibid, p. 08.

Consoante se afirmou anteriormente, Kant buscou construir uma filosofia moral pura, que denominou de metafísica dos costumes, afastada de todo o empírico, ou seja, de inclinações e sensações, pois entendia que estas se vinculam às necessidades individuais e se distanciam da racionalidade. Acreditava que somente dessa forma poderiam ser encontrados princípios supremos da moralidade.

Em seguida, diversos autores, que vão de Stirner a Freud, de Marx a Nietzsche, de Sade aos surrealistas, passaram a compreender a moral como utopia e falsidade mental, como atrofia da vida e aparência enganosa de uma busca por vantagens pessoais, hipocrisia ou disfarce de paixões morais. Dessa forma, a modernidade apresentou-se sob duas formas: a primeira como uma idolatria moral; a segunda como uma radical negação de sua legitimidade²⁰⁵.

A denominada religião moderna do dever teve como escopo afirmar a autonomia moral do indivíduo, que deveria obedecer apenas à lei de sua natureza e em consonância com sua razão, ou a uma regra de conduta livremente aceita.

Após realizar essa análise histórica, Lipovetsky identifica o advento da civilização do bem-estar consumista como o momento em que ideologia do dever chega ao fim. Nela, os imperativos coativos foram erradicados pela lógica do consumo de massa, fundada numa cultura em que a felicidade se sobrepõe à moral, os prazeres à proibição, a fascinação ao dever. O capitalismo de massa aboliu a aura dos ideais. A noção de dever se tornou imprópria em uma cultura fundada na autoexaltação e no estímulo constante ao prazer.

Atualmente, vive-se uma cultura de promoção dos direitos subjetivos, em que a noção de dever perde o sentido e a felicidade se torna um direito natural do homem. A noção de sacrifício pessoal deixa de ter justificação social. O dogma da corrupção original do homem foi excluído e, com isso, o prazer deixou de ser visto como símbolo da miséria humana.

A atual moralidade é pós-moralista, admite que todo sujeito possa pensar e agir livremente, desde que não cause dano a terceiros. Para Lipovetsky, trata-se mais de uma indiferença pelo outro do que um preceito da razão. É mais um direito subjetivo do que um dever categórico²⁰⁶.

Segundo o referido autor, o discurso do dever não se encontra mais no cerne da cultura do ocidente; em seu lugar há chamamentos à boa vontade e promessas de felicidade e

²⁰⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 07.

²⁰⁶ Ibid., p.127.

liberdade aqui e agora. Extinguiu-se a cultura do sacrifício do dever. O que se difunde é a ética, mas não um dever irreduzível²⁰⁷.

Não obstante a renúncia ao dever, Lipovetsky identifica uma renovação da ética como um ideal que fortalece os vínculos intersubjetivos e renova o espírito das democracias ocidentais. Entende que a ética tem crescido em importância em todos os setores sociais.

O retorno ao discurso acerca da ética não teria provocado, todavia, o regresso da antiga ética dos antepassados, mas uma regulamentação ética de gênero inusitado, uma moral sem obrigações nem sanções, que apresenta uma inclinação para um individualismo-hedonista democrático.

Isso significa que a sociedade busca regras justas e equilibradas, mas não uma renúncia a si mesmo em prol do outro; busca regulamentações, mas não imposições. Essa erosão da cultura do dever absoluto equivaleria a uma marcha irresistível em direção a valores individualistas e eudemonistas. Ao invés do imperativo hiperbólico da virtude, prevaleceriam atualmente os direitos subjetivos, a qualidade de vida e a realização individual.

A ideia de viver para o próximo teria perdido importância, pois pensar apenas em si não seria mais tido como algo imoral. O altruísmo, como princípio de vida, teria se tornado um valor depreciado. Não há oposição, contudo, ao auxílio caritativo; o que se recusa é o ideal de sacrificar-se. Deseja-se ajudar os outros, sem se comprometer muito. Há uma tendência à solidariedade, desde que não envolva por completo o indivíduo. O individualismo gerou, segundo o referido filósofo, um altruísmo indolor de massa²⁰⁸.

A era pós-moralista caracteriza-se pelo despojamento das responsabilidades morais em face da coletividade e uma revalorização da esfera estritamente individual da via ética, desde que ela esteja afastada da sua conotação imperativa²⁰⁹.

O ressurgimento do debate ético decorreria da crise relativa à representação de futuro e ao enfraquecimento da fé no racionalismo tecnicista e positivista. Esse renascimento não representaria uma ruptura com a tradição democrático-individualista, mas sim um elemento adicional do processo de secularização da moral.

Não há obrigações morais explícitas, mas sim restrições legais e sanções penais. Há uma prevalência do Direito enquanto normas reguladoras de conflitos. Não se crê mais nos sistemas pedagógicos, mas no Direito, para moralizar a iniciativa pública. O momento atual

²⁰⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 26.

²⁰⁸ Ibid., p. 109.

²⁰⁹ Ibid., p.174.

caracterizar-se-ia menos pelo retorno da moral do que pelo retorno do Direito. Constatase, portanto, uma marcha ascendente de regulamentações jurídicas.

Da essência da cultura pós-moralista surgiria o princípio da responsabilidade. Não obstante esteja vinculado a um dever moral, não exige a autorrenúncia em prol de ideais superiores. Busca uma harmonização dos valores com as conveniências particulares, dos princípios dos direitos individuais com as coerções da vida social, econômica e científica. O escopo consiste em compensar a ampliação da lógica individualista através da legitimação de novas obrigações coletivas, visando à conciliação entre presente e futuro, o bem estar individual e a proteção ao meio ambiente, entre as liberdades e o respeito às pessoas²¹⁰.

Essa responsabilidade pós-moralista pode ser definida como um dever desonerado da noção de sacrifício. Vive-se um momento em que se deve exaltar a responsabilidade sem fronteiras nas esferas ecológica, bioética, humanitária, econômica ou midiática.

A afirmação acerca de ter se desenvolvido na sociedade atual uma moral sem obrigações nem sanções é exagerada e, em certa medida, contraditória, uma vez que obrigações e sanções são inerentes a qualquer sistema moral. O autor traz, entretanto, algumas importantes contribuições.

A primeira consiste em identificar que a noção de sacrifício e renúncia em prol do outro perdeu seu apelo social. Com isso, é possível afirmar que as tentativas de reconstrução de uma ética fundada nesses valores terão pequena probabilidade de êxito. Há grupos sociais que defendem esse retorno, mas que são identificados pelo autor como reações frustradas às atuais mudanças de valores.

Por conseguinte, a reconstrução de uma ética que se aproxime da realidade e que seja mais facilmente aceita pela sociedade deve levar em consideração que a solidariedade em relação ao próximo não pode ser construída com base na ideia de sacrifício ou de renúncia pessoal, pois o que a sociedade busca é a felicidade e a realização pessoal. Faz-se necessário construir uma ética capaz de harmonizar interesses individuais e coletivos.

Outra contribuição importante é o reconhecimento da crescente importância atribuída à noção de responsabilidade, que permitiria equilibrar os interesses particulares com obrigações perante a coletividade, o que promove um afastamento da noção de autorrenúncia e sacrifício pessoal.

Por fim, mas não menos importante, é a constatação de Lipovetsky do papel cada vez mais relevante exercido pelo Direito na regulação dos conflitos sociais. É inegável que o

²¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 186.

Direito tem se tornado mais abrangente e regula esferas que até então eram destinadas à moral. Concomitantemente, critica-se sua ineficácia social, em decorrência da hipertrofia legislativa, que impede o adequado acompanhamento pela sociedade. Diante desse paradoxo, percebe-se a necessidade de reconstrução do Direito, a partir de valores éticos mais plurais e democráticos, a fim de que possa atender aos atuais reclamos sociais.

2.5 O RESPEITO AO OUTRO EM SUA ALTERIDADE E A RESPONSABILIDADE COMO PRINCÍPIOS ÉTICO-FILOSÓFICOS NECESSÁRIOS PARA A CONSTITUIÇÃO DE UMA ÉTICA ADEQUADA AO SÉCULO XXI

Conforme foi demonstrado anteriormente, a ética surge como um instrumento voltado para tornar habitável o ambiente em que são estabelecidas as relações humanas e, para tanto, regula as condutas desses sujeitos. Com esse escopo, desenvolveram-se, consoante se demonstrou acima, desde os primeiros sistemas éticos de que se tem conhecimento, normas marcadas pela preocupação com o outro, com os mais vulneráveis, a exemplo do chamado Sistema sumério, mesopotâmico e semita – um dos centros éticos do primeiro sistema inter-regional – que teve no Código de Hammurabi uma menção expressa ao objetivo de proteção aos mais fracos.

Não obstante não ter havido essa preocupação no segundo sistema ético inter-regional, de origem indo-europeia, que, ao contrário, não ofereceu voz aos oprimidos e aprofundou a exclusão social existente, esse conteúdo foi retomado no terceiro estágio do sistema inter-regional, fortemente influenciado pelo cristianismo e pelo islamismo. Mais uma vez desenvolveu-se uma ética elaborada por povos até então dominados, escravizados, excluídos, marcada por sua natureza crítica ao sistema então vigente, e que prevaleceu mesmo após a crise do império romano e a dominância do islamismo no mediterrâneo, com duração de aproximadamente 500 anos, até o século XIII. Em razão de o cristianismo e o islamismo possuírem uma origem ética comum e uma forte influência em quase todo o mundo, as ideias centrais nesse sistema influenciaram os pensadores da modernidade e permanecem presentes nos dias atuais.

Na Grécia Antiga, que sofreu forte influxo do pensamento egípcio –responsável pela criação do primeiro sistema ético inter-regional –, surge Platão como um dos filósofos que mais inspiraram a formação do pensamento ocidental. O ponto central do seu sistema ético encontra-se na virtude da moderação ou da cautela. Nessa seara, pode ser identificada em

Platão a preocupação com a noção de cuidado perante o outro, especialmente quando afirma ser sábio e bom aquele não deseja tirar vantagem do seu semelhante. Ademais, afirma que quando um membro sofre, sofrem todas as pessoas e que quando um cidadão vivencia algo bom ou ruim, todo o Estado com ele se alegra ou sofre. É possível se identificar aqui também a noção de solidariedade que deve haver entre os membros da sociedade.

O cristianismo foi responsável pela criação do conceito de liberdade e pela difusão da noção de igualdade entre todos os seres humanos. Ademais, tais valores, associados à noção de caridade e de fraternidade, foram essenciais para o desenvolvimento posterior da ideia de solidariedade.

Já na Modernidade, é possível identificar, mesmo em Hobbes – para quem o ser humano busca de forma incessante cada vez mais poder, com o escopo de afastar o temor da morte e, com isso, vive numa guerra ininterrupta de todos contra todos, que termina por ser limitada pela razão e pelas leis naturais –, a compreensão de que se trata de uma lei natural o dever de fazer o outro feliz, na mesma medida de liberdade que a pessoa concederia a si mesma. Percebe-se, nesse pensamento hobbesiano, a presença do valor solidariedade, uma vez que o referido autor defende ser necessária para a realização de tal dever uma participação/colaboração de cada membro da sociedade. Identifica-se também, no pensamento do referido filósofo, a noção de respeito à diferença/alteridade, quando este afirma haver um dever de adaptação ao outro. Adaptar-se ao outro exige aceitar o seu modo de ser, suas peculiaridades, enfim, sua alteridade.

Kant também considera um dever moral a busca pela felicidade do outro, e demonstra que tal obrigação se encontra em consonância com seu imperativo categórico – segundo o qual deve ser reconhecida a dignidade inerente a todo ser humano. De acordo com o referido filósofo, há uma íntima relação, racionalmente identificável, entre o amor próprio e a necessidade de ser amado, o que fundamenta a exigência de uma benevolência ativa, prática, que remete a um atuar e requer, portanto, solidariedade diante dos demais seres humanos. Por outro lado, no momento em que defende ser necessário que cada sujeito, ao adotar uma conduta beneficente – tendo por escopo a promoção da felicidade do outro –, leve em consideração o que o beneficiado entende por felicidade, Kant demonstra uma preocupação que pode ser identificada como um esboço do que hoje se denomina de alteridade, enquanto respeito à diferença, por compreendê-la não apenas como característica inerente ao ser humano, mas também como essencial à sua liberdade e felicidade.

É possível afirmar que Kant compreende a imposição de um modelo de felicidade a outrem como uma arbitrariedade, um autoritarismo, que nega a dignidade inerente a todo ser humano, ao transformá-lo em meio para a obtenção de um fim por ele não escolhido. Cada sujeito deve ser livre para escolher seus próprios fins, de modo a alcançar a própria felicidade, desde que tais finalidades estejam de acordo com a lei universal (imperativo categórico) e, assim, não ofenda os direitos dos demais seres humanos. Kant concede destacada ênfase à noção de autonomia, ao afirmar que o livre arbítrio somente teria como limite a liberdade de todos os demais, de acordo com a lei universal, ou seja, a lei ética somente pode ter como conteúdo o que um sujeito racional atribuiria a si mesmo, e tal concepção abrange também decisões acerca da própria felicidade.

Não obstante o individualismo presente nesse pensamento, não se pode deixar de reconhecer o grande legado que esse conjunto de ideias representou, dentre as quais importa ressaltar, na presente tese, a noção de liberdade kantiana como respeito às normas que exigem o respeito ao outro em sua dignidade e diferença, consoante se verá a seguir.

Com Edmund Husserl ocorre uma importante crítica à metafísica e em seu lugar se propõe um retorno às vivências, ou seja, ao mundo real, aos fenômenos. Desse modo, o ser humano concreto, histórico e suas intuições voltam a ocupar o centro das reflexões filosóficas. Martin Heidegger aprofunda essa concepção fenomenológica, ao compreender o sujeito como um ser-no-mundo. Essa situação existencial do intérprete dá origem a uma pré-compreensão, essencial à compreensão e à interpretação. Para Heidegger, isso não significa, entretanto, que o sujeito será sempre guiado por seus pré-conceitos, mas que deve se valer da hermenêutica para tornar transparente essa pré-compreensão, de modo a poder realizar uma interpretação adequada.

A descrição das principais ideias dos autores acima mencionados, escolhidos como representantes de determinados momentos históricos, tem por escopo demonstrar que os valores éticos propostos no presente trabalho remontam a uma longa tradição histórico-cultural e permanecem presentes no seio das distintas sociedades contemporâneas, com um conteúdo constantemente renovado e atualizado. Desse modo, deseja-se enfatizar que o propósito do que aqui se propõe não consiste em criar, de modo solipsista e abstrato, um modelo ético desvinculado da realidade histórica da sociedade contemporânea. Ao contrário, propõe-se uma interpretação desses valores compreendida como mais adequada às experiências históricas, aos valores culturais e à realidade atualmente vivida no seio da sociedade brasileira. Busca-se, portanto, na linha do que propôs Heidegger, tornar

transparente a pré-compreensão característica da cultura ético-jurídica brasileira, de modo a permitir uma interpretação dos valores éticos que pautam a atual sociedade e que deverão atuar como norteadores da interpretação jurídica.

Com o advento da crise da modernidade, inúmeros autores apresentaram propostas de superação dessa conjuntura. Diante do atual cenário, Maria do Céu Patrão Neves identifica a necessidade de substituição do imperativo científico (científico-tecnológico) pelo imperativo ético²¹¹. Já para Boaventura de Souza Santos, essa era tecnológica exige uma nova ética, que não seja colonizada nem pela ciência nem pela tecnologia, mas parta de um princípio novo²¹². Defende-se, aqui, que essa novidade surge a partir de uma atualização de determinados sentidos, bem como da complementação de algumas ideias até então desenvolvidas, tendo como base a realidade empírica vivida no atual momento histórico brasileiro.

Para tanto, parte-se das ideias defendidas por Hans Jonas, que percebeu, diante da invasão da esfera do produzir no espaço do agir essencial dos seres humanos, a necessidade de a moralidade invadir a esfera do produzir. Em razão de a tecnologia ter assumido um significado ético, por conta do lugar central que ela ocupa subjetivamente nos fins da vida humana, a ideia de responsabilidade teria se deslocado para o centro da ética.²¹³

Hans Jonas propôs uma ética da responsabilidade, que deve ser compreendida como “cuidado reconhecido a outro ser, que se torna ‘preocupação’ quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade²¹⁴”. Afirma, por fim, ser necessário recuperar o respeito e o medo que projetam aos seres humanos os possíveis descaminhos do seu poder, pois somente o respeito protegeria a humanidade de desonrar o presente em relação ao futuro²¹⁵.

Não há dúvida que o poder de atuação cria para os sujeitos a responsabilidade perante toda a sociedade. De acordo com Karl Larenz, a capacidade das pessoas para assumir e suportar responsabilidades representa um elemento inseparável da existência humana. Dessa forma, o princípio da responsabilidade residiria na *Sorge*, que consistiria na preocupação ou

²¹¹ PATRÃO NEVES, Maria do Céu. **O que é bioética?** Cadernos de Bioética, 1996, p.11.

²¹² SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6 ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007, p.111.

²¹³ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 43-44.

²¹⁴ Ibid, p. 352.

²¹⁵ Ibid, p. 353.

cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro²¹⁶.

Na presente tese, é reconhecida, com Hans Jonas, a insuficiência da ética tradicional, preocupada apenas com atos momentâneos dos seres humanos existentes e a necessidade de desenvolver uma ética da responsabilidade em relação ao planeta e às futuras gerações. Tornou-se uma exigência indispensável à sobrevivência do planeta a superação dessa ética da imediatidade, que teve em Kant um dos seus principais representantes, em direção a uma ética de previsão e responsabilidade. Além disso, exige-se o retorno da emoção, do sentimento, dos aspectos subjetivos e das vivências, a fim de influenciar a vontade e contribuir na formação de uma ética da responsabilidade, como uma exigência moral. Conforme reconheceu Jonas, Kant trouxe esse elemento subjetivo a partir da noção de respeito, mas ainda de forma bastante incipiente.

Hans Jonas afirma que o ser humano é um ser moral justamente porque possui a capacidade de ser afetado. Nesse ponto, pretende-se estabelecer uma ponte com o pensamento de Emmanuel Lévinas, para quem o fenômeno “ser afetado” é a origem da noção de alteridade e de responsabilidade pelo outro.

De acordo com o referido filósofo, o outro – em sua corporalidade vulnerável – é anterior à cotidianidade ontológica da posição cognitiva do saber, ou seja, anterior à própria compreensão e, portanto, pré-ontológico. Para Lévinas, o que explica o fato de a dor do outro atingir os demais seres humanos é a existência dessa responsabilidade anterior. O rosto do outro representaria um apelo para que o sujeito adie suas obrigações consigo mesmo, em busca da satisfação das necessidades do seu semelhante.

Vale ressaltar, contudo, as diferenças no pensamento de ambos os autores. Enquanto a responsabilidade em Hans Jonas é *a posteriori* e voltada para o futuro, uma vez que está relacionada às consequências da ação humana para a vida no planeta Terra, Lévinas a compreende como um elemento *a priori*, existente antes mesmo de o ser humano se confrontar com o sofrimento do outro e exige de todos o dever de atender às necessidades das vítimas. Essas definições, trabalhadas pelos autores acima citados, oferecem importantes contribuições para o conceito que será desenvolvido a seguir.

A noção de responsabilidade, percebida como preocupação e cuidado com o outro, possui forte relação com o futuro não só dos seres humanos, mas também de toda a natureza.

²¹⁶ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 73.

Karl-Otto Apel apresenta uma proposta semelhante à de Hans Jonas – também uma ética da responsabilidade – construída por meio do processo comunicativo proposto por Habermas, em direção a um consenso. Apel sugere considerá-la uma metanorma, capaz de tornar possível o pluralismo valorativo contemporâneo²¹⁷.

Habermas afirma que os sistemas sociais expandem seu controle tanto sobre a natureza externa (recursos da circunstância não humana) quanto sobre a natureza interna, sendo esta última compreendida como o substrato orgânico dos membros da sociedade. A integração da natureza interna é feita através de normas que necessitam de justificação. Isso implica uma pretensão de validade que só pode ser redimível discursivamente. Diante da crise anteriormente descrita, faz-se necessária a reorganização do comportamento, feita por intermédio de estruturas de intersubjetividade produzidas linguisticamente²¹⁸.

Para Habermas, as questões práticas admitem verdade e, portanto, podem ser tratadas discursivamente²¹⁹. Para explicar a pretensão de validade das normas, é preciso recorrer a um acordo motivado racionalmente ou à convicção de que o consenso sobre determinadas normas possa se efetuar com base em razões. Ademais, o consenso seria capaz de permitir uma generalização de interesses, a partir de uma realidade plural²²⁰.

Não obstante as relevantes contribuições oferecidas por Habermas e Apel, é preciso reconhecer que a ética discursiva por eles proposta é de difícil aplicação nos países do capitalismo periférico, pois suas teorias pressupõem uma comunidade de comunicação composta por sujeitos livres e iguais, em que prevaleça a lógica do melhor argumento, na qual todos possam argumentar em iguais condições. Nos países latino-americanos, ainda existem sujeitos alienados, explorados e oprimidos, que não têm satisfeitas suas necessidades fundamentais e, por isso, não alcançam o patamar mínimo para compor a comunidade de comunicação ideal, nos moldes propostos pelos referidos autores²²¹.

Por outro lado, a ética proposta pelos referidos filósofos possui natureza formal e exclui a materialidade da vida, consoante ressalta Enrique Dussel. Impõe-se, portanto, a elaboração de uma ética material, com conteúdo e capaz de oferecer voz a todos, incluindo as vítimas e os excluídos, de modo que possam desenvolver plenamente suas personalidades. A

²¹⁷ APEL, Karl-Otto. **Ética e responsabilidade**: o problema da passagem para a moral pós-convencional. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p.255.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002, p. 21.

²¹⁹ Ibid, p. 141 e 149.

²²⁰ Ibid, p. 137.

²²¹ Nesse sentido: SILVA, José Carlos Moreira da. **Filosofia jurídica da alteridade**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 256.

construção das noções de cuidado e de responsabilidade é pautada pela ideia de alteridade, enquanto exigência de reconhecimento e respeito ao outro em suas especificidades e diferenças.

Importante contribuição para a ética apresentada no presente trabalho é oferecida pela Teoria da Libertação, que tem em Enrique Dussel um dos seus mais importantes teóricos. Sua proposta supera as dificuldades criadas pelo formalismo presente no pensamento de Habermas e Apel e oferece voz às vítimas, aos excluídos, de modo a conceber uma ética material, como um contradiscurso desenvolvido pela comunidade de vítimas, no qual se busca o reconhecimento da sua dignidade como seres humanos. Para tanto, o autor propõe a integração do intelecto com a vontade, numa clara remissão aos primeiros sistemas éticos, que analisaram a dicotomia entre razão e desejo, ou razão e vontade.

Enrique Dussel sugere uma complementação ao imperativo categórico kantiano acerca da necessidade de não se tratar a pessoa como um meio, com a afirmação de que o ser humano também não pode ser considerado um fim, mas um sujeito ético que estabelece e julga todos os fins²²².

A partir das contribuições dos diversos autores anteriormente citados, que representam ideias integrantes de um sistema ético que se tornou mundial, torna-se possível desenvolver uma noção de responsabilidade mais abrangente, capaz de atender às necessidades da atual sociedade, fundada na ideia de alteridade.

Parte-se da compreensão de que é admissível o consenso acerca de valores éticos que devem reger determinada sociedade. Esse consenso se realiza com base em um debate pautado pela razão, assim como pela vontade, pelos desejos e pelos sentimentos que, juntos, são capazes de desenvolver uma ética comunicativa.

A ética da alteridade propõe uma superação do individualismo e do solipsismo, a partir da constatação de que a subjetividade somente se constitui a partir do outro. O outro é sempre anterior ao eu. É uma anterioridade que possibilita o ser e o existir do eu²²³. A própria capacidade de se pensar como indivíduo e de definir as qualificações dessa individualidade é amplamente determinada pelas relações sociais²²⁴.

Essa afirmação está em consonância com o que defendeu Jaques Lacan – a partir da leitura que fez de Freud –, para quem o sujeito não se desenvolve a partir do interior do núcleo

²²² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 497, nota de rodapé n. 358.

²²³ KROHLING, Aloisio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102/103.

²²⁴ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: EDUSC, 1999, p. 101.

do ser durante a infância, mas é formada nas relações com os outros. Naquilo que denominou de fase do espelho, a criança não possui qualquer autoimagem como pessoa “inteira”, e se vê refletida, seja literalmente no espelho, ou figurativamente no “espelho” do olhar do outro²²⁵.

A identidade do sujeito não surge, portanto, de uma plenitude que já se encontra dentro dos indivíduos, mas de uma falta de inteireza, que é preenchida pelas formas nas quais cada pessoa imagina ser vista pelos outros²²⁶.

A noção do outro como espelho, que permite ao sujeito se enxergar a partir da diferença, é importante para um maior reconhecimento e proteção da diferença, entendida como elemento fundamental para a constituição de uma identidade própria.

Ademais, afirma Byington que o arquétipo²²⁷ da alteridade sempre existira na psique e na matéria viva dos seres humanos, mas foi ativado pelo Mito Cristão²²⁸, ou seja, antes do Mito Cristão esse arquétipo encontrava-se em um estado de latência. A partir do Cristianismo, o referido autor identifica três características da posição dialética de alteridade: a proposta de direitos iguais de expressão entre o Ego e o Outro; a mensagem de acolhimento aos oprimidos²²⁹; e a pregação da salvação pelo reconhecimento e arrependimento diante do pecado²³⁰.

Esse arquétipo, contudo, ainda não teria sido plenamente assimilado, em razão da abrangência da transformação que provoca no paradigma arquetípico patriarcal. Ademais, o mito cristão foi patriarcalizado pela Igreja, o que o distanciou da dialética da alteridade. Isso pode ser constatado, por exemplo, no modelo hierárquico, na estrutura piramidal da administração da Igreja e na inferiorização da posição da mulher²³¹.

Ainda segundo o autor, a dialética da alteridade é criativa e difícil para o Ego entender, praticar e, mais ainda, manter. Para tanto, faz-se necessário realizar um “exercício intenso e simultâneo da função estruturante transcendente da imaginação, da função

²²⁵ De acordo ainda com Lacan: “A assução jubilatória de sua imagem especular por esse ser ainda mergulhado na impotência motora e na dependência da amamentação que é o filhote do homem nesse estágio de *infans* parecer-nos-á pois manifestar, numa situação exemplar, a matriz simbólica em que o [eu] se precipita numa forma essencial, antes de se objetivar na dialética da identificação com o outro e antes que a linguagem lhe restitua, no universal, sua função de sujeito”. E adiante afirma: “A função do estádio do espelho revela-se para nós, por conseguinte, como um caso particular da função da imago, que é estabelecer uma relação do organismo com sua realidade – ou, como se costuma dizer, do Innenwelt com o Umwelt”. LACAN, Jaques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 97 e 100.

²²⁶ HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 39.

²²⁷ Sobre a definição de arquétipo, vide nota de rodapé n. 137 supra.

²²⁸ Segundo o referido autor, o mesmo pode ser dito acerca do Mito do Buda. BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana**. São Paulo: Editora Linear B, 2008, p. 266.

²²⁹ Como foi visto anteriormente, esse conteúdo remonta no mínimo ao Código de Hammurabi.

²³⁰ BYINGTON, op.cit., p. 262-264.

²³¹ Ibid., p.266-267.

sacrificial e da função ética, condições árduas, mas fundamentais para serem assumidas plenamente no humanismo²³²”.

A alteridade, portanto, como arquétipo, encontra-se presente na psique humana e nos Mitos Cristão e do Buda, que influenciaram boa parte do mundo. Faz-se necessário compreendê-la e aplicá-la. Vale ressaltar, entretanto, que, na defesa da alteridade como fundamento ético, não se busca oferecer uma arcabouço ético completo e acabado, válido universalmente, mas um princípio que permita aos diferentes grupos decidir, de forma democrática e participativa, como atender às necessidades humanas fundamentais, sem excluir ou marginalizar o outro, ao contrário do que ocorre nos dias atuais, marcados pela prevalência da ética liberal-individualista e do arquétipo patriarcal. Nesse sentido, entende-se, com Apel, que a busca por valores universais não prejudica a diferença e a particularidade, uma vez que atualmente, mais do que nunca, constata-se a necessidade de uma ética planetária²³³.

Ao analisar a formação do povo brasileiro, Emmanoel Fenelon Saraiva Câmara demonstra a influência dos portugueses que, ao longo de sua história, mantiveram relações de convívio criativo com diversos povos que vieram a se fixar em seu território, a exemplo dos mouros e dos judeus, o que contribuiu para a formação de dominância arquetípica de consciência pautada pela alteridade²³⁴.

Segundo o referido autor, tal consciência estrutura-se por uma relação dinâmica entre os arquétipos patriarcal e matriarcal, e a diferenciação da consciência é percebida pelo ego por intermédio do outro. O outro é visto como a si mesmo e se consegue com ele criar empatia. Ocorre um desapego do amor narcísico e se admite amar ao próximo como a si mesmo. Essa consciência da alteridade teria sido transmitida para o povo brasileiro²³⁵. Dessa forma, é possível reconhecer a alteridade não como um valor importado de forma solipsista a partir da leitura de autores europeus, mas como um elemento constitutivo da identidade brasileira.

Nesse sentido, concorda-se com a afirmação de Antônio Carlos Wolkmer, para quem é possível edificar novas instâncias de normatividade social a partir de uma ética concreta da alteridade, capaz de superar os formalismos técnicos e os abstracionismos metafísicos, a fim

²³² BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana**. São Paulo: Editora Linear B, 2008, p. 266.

²³³ APEL, Karl-Otto. **Ética e responsabilidade: o problema da passagem para a moral pós-convencional**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, p. 13.

²³⁴ CÂMARA, Emmanoel Fenelon Saraiva. **Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira**. Brasília: Editora Centro-Hinterlândia, 2013, p. 20.

²³⁵ *Ibid.*, p. 23.

de revelar-se como expressão autêntica dos valores culturais e das condições histórico-materiais do povo sofrido e injustiçado da periferia latino-americana e brasileira. Também considera possível e acertado compreender a mundialidade a partir do cruzamento, concorrência e convivência entre valores éticos racionais universalizantes e aqueles particulares e específicos, inerentes à historicidade, aos costumes e às tradições de cada contexto social²³⁶. Essa perspectiva encontra-se em consonância com os fins da presente tese, pois é compreendida como um interessante caminho em direção ao respeito às ordens jurídicas plurais e à diferença.

Nessa senda, parte-se do pressuposto de que é possível identificar no Brasil um consenso em relação a valores éticos fundamentais com base nos princípios e regras constitucionais. Após décadas de submissão a um regime ditatorial, a sociedade brasileira buscou a redemocratização. Para tanto, foi composta uma assembleia constituinte, formada por representantes dos mais diversos setores sociais. Essa pluralidade de representação se refletiu nos princípios consagrados Constituição Federal de 1988, dentre eles o pluralismo político (CF, art. 1º, V), além da consagração de princípios aparentemente conflitantes, o que pode ser identificado em diversas passagens, a exemplo do art. 170 que, ao tratar dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, reconheceu o direito de propriedade ao lado de princípios como a redução das desigualdades sociais, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego e a defesa do meio ambiente.

Não obstante a presença de múltiplos valores, o que se pode denominar de pluralismo estrutural²³⁷, é possível se identificar valores éticos fundamentais no texto constitucional, especialmente no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em que são reconhecidos: “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos²³⁸”.

Tais valores devem ser concretizados por meio de diversos instrumentos, dentre os quais se destaca, para os fins da presente tese, a realização dos objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da Constituição Federal: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais; o respeito à

²³⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p.268 e 272.

²³⁷ Acerca do pluralismo jurídico e, em especial, do pluralismo estrutural, vide o tópico 3.5.

²³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

diferença (alteridade); o desenvolvimento econômico, cuja realização deve ser feita em harmonia com o princípio do respeito ao meio ambiente.

Por conseguinte, defende-se a liberdade, a justiça, a solidariedade, o respeito à diferença e ao meio ambiente – na busca pelo bem-estar – como alguns dos valores éticos que se universalizaram com o advento da globalização, mas que também se difundiram no Brasil e acabaram por ser consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se também que liberdade e justiça somente podem ser alcançadas em uma sociedade solidária, razão pela qual tais valores foram previstos de forma conjunta dentre os objetivos fundamentais da República brasileira²³⁹. A liberdade só pode ser obtida socialmente, uma vez que pressupõe a participação do outro, responsável por respeitar certos limites, a fim de não invadir a esfera de liberdade alheia. Esse comportamento só se efetiva em uma sociedade solidária, em que todos contribuem para a liberdade e o bem estar alheio.

A sociedade brasileira compreendeu que haverá justiça quando forem realizados tais objetivos, de modo que a todos seja garantido o pleno exercício dos direitos fundamentais. Com essa afirmação não se pretende reconhecer um estado ideal de coisas como um ponto de chegada, ou seja, como algo estático, mas que tais valores terão seus conteúdos sempre reinterpretados/atualizados, de modo a promover o bem estar de todos de forma cada vez mais abrangente e em consonância com o momento histórico vivenciado pela sociedade.

A partir dos valores fundamentais, positivados no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se oferecer uma interpretação capaz de construir um sistema ético-jurídico adequado às demandas sociais desse início de século XXI. Para tanto, parte-se da compreensão de que não apenas o outro, mas toda a exterioridade, o que abrange a totalidade da natureza, representa um apelo aos seres humanos no sentido de criar uma responsabilidade irrecusável, voltada à manutenção de equilíbrio e harmonia na natureza, o que inclui, evidentemente, as relações humanas. Essa noção origina-se do fato de que não apenas o outro – o rosto –, mas tudo o que circunda os seres deve ser considerado como elemento indispensável à constituição e ao desenvolvimento pleno da vida em geral e, por conseguinte, da personalidade única de cada ser humano.

Em face de tais afirmações, surge a noção de responsabilidade pelo outro e pelo meio ambiente, como um contradiscurso desenvolvido pelas vítimas, pelos excluídos. Desenvolve-se, assim, uma ética material, com conteúdo, e que se propõe não apenas a

²³⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade, como sugere Dussel, mas também a garantir a existência e harmonia das demais vidas existentes no ecossistema.

Essa responsabilidade não está vinculada à noção de sacrifício, a exemplo do que propôs Lévinas, em razão dela não ser mais compatível com os valores da atual sociedade, denominada por Gilles Lipovetsky de pós-moralista. Entende-se, então, em consonância com as ideias do referido filósofo, que, em face do individualismo e da busca pela máxima realização pessoal que caracteriza a sociedade contemporânea, o ideal de abnegação em prol do outro não é capaz, nesse momento histórico, de motivar os sujeitos e de voltar a se tornar um ideal ético.

Não obstante afirmar que na sociedade atual, pós-moralista, há o ocaso do dever, ou seja, não há obrigações morais explícitas, o referido autor reconhece que se conserva a ética minimalista da defesa dos outros e da sociedade²⁴⁰. Nesse sentido, ainda é possível se identificar uma predisposição voltada ao auxílio dos necessitados, ou seja, à ideia de solidariedade, desde que isso não signifique sacrifícios pessoais ou a renúncia a si mesmo.

Não se propõe no presente trabalho, portanto, um retorno ao passado, à moral tradicional, ou aos bons costumes. Em forte crítica a essa concepção, denominada por Lipovetsky de eticismo, o filósofo identifica a crença na ética como uma panaceia universal ou curinga, transformada na nova ilusão ideológica, assumida a partir do fracasso das religiões seculares, cuja função atual mais parece uma operação cosmética do que um instrumento capaz de corrigir vícios e excessos de um universo individualista e tecnocientífico²⁴¹.

A defesa de ideias extremistas representa, ainda segundo o referido filósofo, uma reação desesperada a uma tendência de emancipação que joga por terra a moral tradicional²⁴², fundada na noção sacrifício e renúncia pessoal. Diante desse quadro, é preciso desenvolver éticas concretas e inteligentes, mais voltadas para as necessidades concretas dos homens do que para a realização de desígnios abstratos, mais inovadoras do que apenas teóricas, mais

²⁴⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 85.

²⁴¹ Ibid., Introdução, p. xxxii.

²⁴² SILVA, Juremir Machado. O vazio do crepúsculo na cultura hiperespetacular. Apresentação ao livro: LIPOVETSKI, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, p. xvi.

abertas a mudanças realistas do que a concepções dogmáticas, mais atentas à responsabilização pessoal do que ao indiciamento compulsório²⁴³.

Nesse sentido é que se apresenta a presente proposta, voltada ao desenvolvimento de uma ética pautada pelo respeito e pela responsabilidade diante dos demais seres e por tudo o que constitui elemento indispensável ao pleno desenvolvimento das diferentes formas de vida na Terra. O que aqui se propõe está em consonância com o que o Papa Francisco denominou de ecologia integral, preocupada com a inter-relação entre as dimensões humanas, sociais e ecológicas, ou seja, entre os sistemas naturais e os sistemas sociais²⁴⁴.

Por conseguinte, constrói-se uma definição mais abrangente de responsabilidade, uma vez que não se restringe ao antropocentrismo marcante na obra de Lévinas. A noção aqui desenvolvida possui dois aspectos. Em primeiro lugar, deseja-se ampliar a concepção de responsabilidade desenvolvida por Lévinas, para compreender que não apenas o outro, mas toda a exterioridade – o que inclui o meio ambiente – em seu conjunto são condições para a constituição do eu; toda a exterioridade afeta o ser humano e cria essa responsabilidade anterior por tudo o que o cerca, o que abrange também, evidentemente, os seres humanos. Essa responsabilidade anterior exige de todo sujeito uma postura de cuidado e de cautela, a fim de permitir o pleno desenvolvimento de todas as formas de vida e de evitar condutas nocivas e danosas.

O segundo aspecto da responsabilidade complementa o sentido até então desenvolvido, ao voltar os olhos para o futuro, a partir da preocupação com os efeitos em longo prazo do atual comportamento da humanidade – na linha do que foi defendido Hans Jonas –, tendo em vista que tais atos passaram a ter uma projeção causal sem limites no que se refere ao porvir e ameaçam a vida no planeta Terra²⁴⁵.

A partir de ambos os aspectos, busca-se resgatar a intuição subjacente quando da transposição metafórica do termo *ethos* – cujo sentido originário designava a morada ou

²⁴³ LIPOVETSKI, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP:Manole, 2005, Introdução, p. xxxiv.

²⁴⁴ “Hoje, a análise dos problemas ambientais é inseparável da análise dos contextos humanos, familiares, laborais, urbanos, e da relação de cada pessoa consigo mesma, que gera um modo específico de se relacionar com os outros e com o meio ambiente”. In: FRANCISCO. **Carta Encíclica *Laudato Si'***: Sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 87.

²⁴⁵ Como exemplo, pode ser citada a produção de lixo atômico. O plutônio, na forma utilizada pelos seres humanos, possui uma vida de 500.000 anos, ou seja, uma vez no meio ambiente, esse material se propaga, contaminando-o, durante meio milhão de anos. E não se desenvolveram recipientes capazes de armazenar essa substância por tão longo período, o que ameaça a vida no planeta. Sobre o tema, cf: CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 236-240.

abrigo dos animais – para a esfera humana, que revelava a preocupação com a natureza enquanto morada de todos os seres do mundo²⁴⁶.

As noções de alteridade, de respeito à diferença, à diversidade e de responsabilidade pelo outro devem ser desenvolvidas especialmente a partir das vítimas, dos excluídos e de suas necessidades concretas. Dessa forma, surge uma ética capaz de oferecer voz a tais sujeitos, de modo a construir formas de superação dessas condições e a promover a inclusão social, em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Tais ideias se aproximam do quanto defendido por Franz Hinckelammert, que sugere o desenvolvimento da noção de eficiência reprodutiva – capaz de garantir a conservação, reprodução e desenvolvimento do ser humano e da natureza –, pois entende que, sem essa noção, a eficiência do mercado perde toda a orientação e não pode levar a outra consequência senão à destruição da natureza²⁴⁷. A partir de então, propõe que seja criada uma ética do bem comum, de natureza histórica, em razão de decorrer da experiência vivida por aqueles que são afetados pelas distorções que o mercado produz em sua vida e na natureza. Tal ética propõe um equilíbrio e uma mediação que permitam a reprodução contínua das condições de possibilidade da vida humana e se funda em valores pautados no reconhecimento e respeito mútuo entre seres humanos e no reconhecimento e consideração à natureza externa a eles²⁴⁸.

Em sentido semelhante, o Papa Francisco entende que a noção de bem comum desempenha um papel central e unificador na ética social. Essa ideia teria como pressupostos: o respeito pela pessoa humana como tal, assim como titular de direitos fundamentais e inalienáveis, voltados para o seu desenvolvimento integral; a existência de dispositivos voltados para a segurança social, o bem-estar e o desenvolvimento de grupos intermédios; e, por fim, a paz social, entendida como estabilidade e segurança de certa ordem, que somente

²⁴⁶ Acerca da intuição presente no significado originário do termo, esclarece Henrique Vaz: “Nesse seu uso, que irá prevalecer na linguagem filosófica, *ethos* (*eta*) é a transposição metafórica da significação original com que o vocábulo é empregado na língua grega usual e que denota a morada, covil ou abrigo dos animais, donde o termo moderno Etologia ou estudo do comportamento animal. A transposição metafórica de *ethos* para o mundo humano dos costumes é extremamente significativa e é fruto de uma intuição profunda sobre a natureza e sobre as condições de nosso agir (*praxis*), ao qual ficam confiadas a edificação e preservação de nossa verdadeira residência no mundo como seres inteligentes e livres: a morada do *ethos* cuja destruição significaria o fim de todo sentido para a vida propriamente humana”. VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia IV**: introdução à ética filosófica. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 13.

²⁴⁷ “La producción de la riqueza tiene que hacerse en términos tales que las fuentes de riqueza – el ser humano e la naturaleza – sean conservadas, reproducidas y desarrolladas juntas con la riqueza producida.” In: HINKELAMMERT, Franz. *Solidaridad o suicidio colectivo*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2005, p. 33.

²⁴⁸ “[...] valores que no se justifican por ventajas calculables em términos de la utilidad o del interés propio y que, no obstante, son la base de la vida humana, sin la cual ésta se destruye em el sentido más elemental de la palabra”.Ibid., p. 74.

se realiza caso se conceda especial atenção à justiça distributiva, cuja violação gera sempre violência²⁴⁹.

Para se superar as atuais condições, que geram desigualdade social e destruição do meio ambiente, é preciso que se consolide na sociedade a ideia de que a diferença é uma característica inerente à vida na terra; e que a diversidade acresce ao mundo uma riqueza de conteúdo indispensável ao progresso da humanidade. Trata-se de um processo contínuo e em constante construção.

A imposição de modelos e padrões de conduta no que diz respeito às decisões acerca da própria felicidade, desde que tais escolhas não ofendam os direitos fundamentais de outros sujeitos, representa um ato de violência e de ofensa à liberdade individual. Esse tipo de imposição tem gerado exclusão ou marginalização de diferentes grupos sociais e não mais se adéqua à sociedade brasileira, cada vez mais plural e multicultural, cuja Constituição fixa dentre seus mais importantes princípios a exigência de respeito à diversidade, consoante dispõe o *caput* do seu art. 2º.

A partir da noção de respeito à diferença, será realizado o adequado reconhecimento do outro e da sua condição humana, indispensáveis à sua autorrealização, conforme será demonstrado no capítulo seguinte. Esse reconhecimento é indispensável para que se desenvolva no sujeito a autoconfiança, essencial para o alcance de uma verdadeira liberdade²⁵⁰.

Não se defende aqui a ética como uma instância estática e apriorística, a exemplo do que foi proposto pela tradição aristotélico-tomista, que acreditava em um bem comum anterior à sociedade e que se expressava em leis naturais vigentes para todos os tempos e todas as sociedades. Ao contrário, acredita-se que a construção de tais valores ocorre de uma forma dialógica, consensual, democrática, pois se trata de um movimento sempre inacabado, que exige sempre uma reflexão, a partir das transformações vividas pela sociedade e que faz surgir novas necessidades e exigências.

²⁴⁹ FRANCISCO. **Carta Encíclica *Laudato Si'***: Sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 95.

²⁵⁰ Nesse sentido, defende Axel Honneth que “[...] ‘espontaneidade’ [*Ungezwungenheit*] ou ‘liberdade’ não pode referir-se, com vista a um tal processo, simplesmente à ausência de coerção ou influência externa; ela significa ao mesmo tempo, a falta de bloqueios internos, inibições psíquicas e angústias; mas, num sentido positivo, essa segunda forma de liberdade deve ser compreendida como uma espécie de confiança dirigida para fora, que oferece ao indivíduo segurança tanto na expressão das carências como na aplicação de suas capacidades”. E acrescenta: “As formas de reconhecimento do amor, do direito e da solidariedade formam dispositivos de proteção intersubjetivos que asseguram as condições de liberdade externa e interna, [...]”. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 273 e 274.

Defende-se também que, a partir das noções de alteridade, respeito à diferença e responsabilidade pelo outro, realiza-se um aprofundamento em relação ao conteúdo e, simultaneamente, é outorgada uma maior efetividade ao princípio da igualdade, uma vez que se atribui maior intensidade ao aspecto material do conteúdo jurídico desse princípio.

É evidente que o princípio da igualdade deve ser realizado tanto em sua esfera formal – o que exige a aplicação da lei a situações idênticas – quanto na esfera material, referente à exigência de tratamento desigual na medida das desigualdades. Os movimentos de luta por reconhecimento e de emancipação das últimas décadas tornaram evidentes, todavia, as opressões que foram criadas a partir das noções de liberdade e igualdade, quando limitadas aos aspectos meramente formais e contratuais. Fundadas na liberdade e na igualdade contratuais, foram criadas situações de opressão aos trabalhadores, aos consumidores, às mulheres e a diversos outros grupos de sujeitos vulneráveis.

Por essa razão, o Brasil, acompanhando as tendências globais de proteção aos mais vulneráveis, elaborou, nas últimas décadas, normas que procuraram oferecer um tratamento diferenciado a determinados grupos, a fim de promover a igualdade material entre seus cidadãos. Com esse escopo, foram promulgados: o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, a lei que estipulou quotas nas universidades para estudantes das escolas públicas²⁵¹, dentre outras. Tais diplomas legais são não apenas compatíveis²⁵², como também promovem os valores reconhecidos na Constituição Federal, especialmente a igualdade, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana.

Para Habermas, é por intermédio da teoria do discurso que se torna possível identificar o caráter derivativo dos direitos contra o Estado, uma vez que a formação de um poder estatal é essencial para que seja realizado o direito a iguais liberdades subjetivas. O autor identifica no reconhecimento recíproco e, portanto, intersubjetivo, de direitos, a possibilidade de os sujeitos serem tratados como livres e iguais²⁵³.

²⁵¹ Lei n. 12.711 de 29 de agosto de 2012.

²⁵² De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “as discriminações são compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁵³ “Direitos que brotam do acordo politicamente autônomo de membros do direito livremente associados têm apenas o sentido intersubjetivo de um estabelecimento de relações simétricas de reconhecimento recíproco. Na medida em que os indivíduos se atribuem reciprocamente esses direitos, adquirem a posição de sujeitos do direito ao mesmo tempo livres e iguais”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 311.

Essa afirmação torna evidente a íntima vinculação, ou melhor, interdependência, entre liberdade e igualdade. Por um lado, somente um tratamento igualitário das restrições às liberdades colidentes é capaz de garantir uma adequada liberdade; por outro, limitar as liberdades, a fim de evitar abusos, é condição *sine qua non* para a realização do princípio da igualdade.

Ademais, defende-se aqui, a partir das condições do discurso desenvolvidas por Habermas, desde que adaptadas à realidade dos países periféricos, consoante propôs Enrique Dussel, a possibilidade de difundir e desenvolver a noção de alteridade e de respeito à diferença, tendo em vista que o discurso obriga cada um a assumir a perspectiva dos demais membros, o que permite se colocar na posição do outro²⁵⁴.

Ao analisar o direito de igualdade tal como foi previsto no art. 3º,§1º, da Constituição Alemã²⁵⁵, que afirma serem todos iguais perante a lei, Robert Alexy reconhece que tal texto expressa um importante postulado de racionalidade prática, mas que não significa um grande avanço, uma vez que nada diz sobre quais características, de quais indivíduos, como devem ser tratadas e de que forma o dispositivo deve ser aplicado. Ressalta ainda que a fórmula tradicional da igualdade deve ser interpretada como uma exigência dirigida ao conteúdo das normas e não às suas formas lógicas, ou seja, como uma exigência material de igualdade. Dessa forma, a igualdade formal deve levar à questão da valoração correta, ao tema sobre o que seja uma legislação correta, racional e justa²⁵⁶.

No Brasil, o princípio da igualdade encontra sua previsão no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. A sua vinculação aos direitos e garantias fundamentais já lhe concede um importante conteúdo, capaz de nortear o aplicador do direito no sentido de realizar uma valoração correta no momento da sua concretização. Essa interpretação não estará, todavia, completa sem que se proceda a uma interpretação sistemática da Constituição, que conceda especial atenção ao conteúdo do art. 3º desse diploma, responsável por consagrar os objetivos fundamentais da República Federativa brasileira.

A sociedade brasileira – ao reconhecer como objetivos fundamentais da República Federativa a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como a erradicação da

²⁵⁴ Nesse sentido, Habermas afirma: “Sob as condições do discurso, que obrigam cada um a assumir a perspectiva dos demais membros e até de todos os outros, é possível uma modificação racionalmente motivada das tomadas de posição iniciais”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 339.

²⁵⁵ Tradução nossa. No original: “Art 3 (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich”. “Art. 3 (1) Todas as pessoas são iguais perante a lei”.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-400.

pobreza e da marginalização – optou por uma concepção de igualdade designada por Ronald Dworkin como “igualdade de recursos” e que exige uma compensação pela herança desigual de riqueza, saúde e talento, por meio da redistribuição de recursos²⁵⁷.

Nessa perspectiva, assiste razão a Lucas Abreu Barroso, quando afirma que “qualquer alusão a uma democracia verdadeiramente participativa pressupõe uma incessante persecução pela isonomia material, com respaldo na igualdade econômica”²⁵⁸.

Por conseguinte, faz-se necessário, no Brasil, analisar o conteúdo do princípio da igualdade – previsto no art. 5º da Constituição – em conjunto com o art. 3º do mesmo diploma. A interpretação sistemática dos referidos dispositivos permite que seja realizada uma adequada valoração não apenas no que diz respeito à questão sobre o que significa uma legislação correta, racional e justa, mas também à atribuição de tais qualidades ao processo de interpretação/aplicação do Direito.

Desse modo, será alcançada uma perspectiva multiculturalista da igualdade, que leva em consideração o direito à diferença, muito bem enunciada por Boaventura de Souza Santos: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”²⁵⁹.

Não obstante ter havido avanços no tratamento dado a diversos grupos de sujeitos vulneráveis, percebe-se que, no âmbito do Direito Civil, essas mudanças ainda se refletem de forma bastante tímida, o que exige daqueles que se propõem a pensar em mudanças a realização de críticas e reflexões voltadas para a construção de uma realidade diferente.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem defendem como característica do “Novo Direito Privado”, a concessão de um tratamento específico e protetivo aos mais vulneráveis, ou seja, a necessidade de “diferenciar para proteger”²⁶⁰. Ressaltam que essa distinção deve ser feita de modo a respeitar a diversidade, sem retirar o

²⁵⁷ Para o referido autor, trata-se de uma concepção mais adequada, pois “ajusta-se da mesma maneira a nossas práticas jurídicas e morais e é melhor em teoria moral abstrata”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 362.

²⁵⁸ E complementa: “Ocorre que desde uma perspectiva principiológica resta nítida a insuficiência do novo Código Civil enquanto instrumento plasmador da pretendida igualdade material (art. 3º, III, da Constituição Federal)”. BARROSO, Lucas Abreu. Propriedade Privada, justiça social e cidadania material. In: BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 163.

²⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun 1997. Disponível em <HTTP://migre.me/lbq83>. Acesso em 16. fev. 2016.

²⁶⁰ Expressão utilizada por: LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114.

acesso ou capacidades, mas garantindo condições de convivência e atuação, ou seja, sem excluir, vitimizar ou acabar com as diferenças²⁶¹.

Para tanto, é preciso reconhecer o multiculturalismo como uma característica presente no atual mundo globalizado e que se reflete no âmbito jurídico, seja com a positivação de múltiplos valores (pluralismo jurídico estrutural) em determinado ordenamento jurídico – o que pode gerar choques e exige sua conciliação ou a prevalência daquele considerado mais relevante –, seja com a criação de ordens jurídicas paralelas à ordem estatal. É esse o caminho que se pretende trilhar a seguir, com o escopo de oferecer uma contribuição para a construção desse novo Direito Privado, adequado a uma sociedade plural, multicultural, que deve se pautar pelo respeito à diversidade.

²⁶¹ LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 115-116.

3 A ÉTICA DA ALTERIDADE E DA RESPONSABILIDADE COMO FUNDAMENTO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INDIVIDUALISTA

“Vamos celebrar
Nossa própria maneira de ser
Essa luz que acabou de nascer
Quando aquela de traz se apagou”
Paulinho Moska

Como foi visto anteriormente, defendeu-se que a subjetividade se constitui a partir do outro, assim como de toda a exterioridade que cerca o ser humano; o outro e o ambiente que o cerca são essenciais para a realização existencial de qualquer sujeito. As noções de alteridade e de responsabilidade exigem um cuidado com o outro, de modo que ele possa desenvolver plenamente sua personalidade. Tais valores são fundamentais para a construção de uma ética adequada ao século XXI, pautada no respeito à diferença, como condição para o exercício da liberdade, que só pode ser alcançada socialmente, uma vez que os limites para o seu exercício somente podem ser fixados intersubjetivamente.

No presente capítulo, busca-se demonstrar a importância da ética da alteridade e da responsabilidade – que pressupõe respeito e reconhecimento do outro e de suas diferenças – para o desenvolvimento de uma noção adequada de solidariedade social, apta a promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Liberdade e justiça somente podem ser alcançadas em uma sociedade solidária, em que todos contribuam para a plena realização de cada membro da sociedade. Por essa razão, é relevante compreender o significado de solidariedade social numa sociedade plural, multicultural, bem como seus efeitos para a interpretação/aplicação do Direito.

3.1 A DIFICULDADE DO SER HUMANO EM CONVIVER COM A DIFERENÇA

A percepção da diferença e a ideia de estranhamento marcam a história da humanidade. Na tradição ocidental, é possível identificar como importante marco histórico a utilização do termo “bárbaro” pelos gregos para designar outros povos. Esse uso somente ocorreu após os gregos passarem a se identificar por meio de um nome comum, já que, em um primeiro momento, a diversidade cultural desses povos impedia essa identidade única e, por

consequente, a distinção em relação àqueles que passaram a ser chamados de bárbaros. Não é possível se determinar com exatidão quando tal fato passou a ocorrer. Há indícios, contudo, de que entre o final do século VIII e começo do século VII a.C. começa a se desenvolver a ideia de unidade na Grécia²⁶².

Inicialmente, o termo era utilizado para designar aquele que não falava o idioma grego. Com o desenvolvimento do chamado pan-helenismo e com a colonização grega no mediterrâneo, o termo adquire também um significado pejorativo. O bárbaro passa a ser identificado como selvagem, não civilizado, ou seja, como um antimodelo cultural. O termo bárbaro tem, portanto, como pressuposto, a concepção de uma superioridade grega, desenvolvida em sua política imperialista naquele momento histórico²⁶³.

Na 1ª Epístola aos Coríntios, São Paulo retoma o sentido originário do termo para relativizar o conceito de bárbaro, ao demonstrar que bastaria desconhecer a língua do outro para que se pudesse ser considerado bárbaro²⁶⁴. Por esse raciocínio, aquele assim designado também poderá utilizar o termo, caso perceba que o outro não domina o seu idioma.

Já no século XV, com as grandes navegações, essa vinculação entre o termo bárbaro e o sentido de inferioridade intensificou-se, como forma de justificar a exploração e escravidão de povos indígenas e africanos. Bartolomeu de Las Casas, fervoroso cristão, baseia-se nos escritos de São Paulo para chegar à conclusão de que não se podem considerar os índios como bárbaros²⁶⁵.

Muitos séculos transcorreram e a humanidade ainda se depara com políticas imperialistas, que utilizam o discurso de considerar determinadas culturas como associadas à barbárie, ao não civilizado, ao terror. O teor pejorativo do termo tem como pressupostos uma equivocada convicção acerca da superioridade dos valores culturais específicos daquele que a utiliza, bem como a exigência de sua universalização.

²⁶² Nesse sentido: SANTIAGO, Rosa-Araceli. *Griegos y Bárbaros: Arqueología de una alteridad*. Faventia 20/2, Barcelona: Bellaterra, p. 33-45, 1998, p. 35.

²⁶³ A autora Rosa-Araceli Santiago identifica o desenvolvimento da concepção negativa a partir do desenvolvimento da propaganda imperialista de Atenas, bem como da ideologia pan-helênica. Ibid, p. 42. Essa concepção levou Aristóteles a considerar a escravidão o estado natural dos bárbaros.

²⁶⁴ 10. Há, por exemplo, tanta espécie de vozes no mundo, e nenhuma delas é sem significação. 11. Mas, se eu ignorar o sentido da voz, serei bárbaro para aquele a quem falo, e o que fala será bárbaro para mim". In: São Paulo. **1ª Epístola aos Coríntios**. Capítulo 14. Disponível em: <<http://www.di.ubi.pt/~jpaulo/biblia/1Corintios.htm>>. Acesso em 29.dez. 2015. Numa versão Espanhola da Bíblia, optou-se por utilizar o termo "estrangeiro" ao invés de "bárbaro": "10 Por muchos idiomas que haya en el mundo, cada uno tiene sus palabras, 11 pero si yo no conozco el significado de las palabras, seré un extranjero para el que habla, y el que habla será un extranjero para mí". LA BIBLIA. Edición Revisada. Madrid: San Pablo/Editorial Verbo Divino, Nuevo Testamento, 1995, p. 296.

²⁶⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 70.

Em regra, em torno de pessoas ou grupos considerados diferentes do padrão estabelecido são criados estereótipos e preconceitos, construídos por rumores públicos que circulam na sociedade. Essas imagens e juízos prévios funcionam como pontos de referência iniciais. Os estereótipos são uma forma de racionalizar e esquematizar a diferença²⁶⁶ – pois oferecem uma explicação para o que é considerado distinto e permitem enfrentar a angústia diante do desconhecido – e nem sempre são negativos²⁶⁷.

Segundo Heidegger, a noção de identidade remete a uma relação “com”, ou seja, a uma mediação, uma síntese: a união numa unidade. Em qualquer parte onde o sujeito mantenha relação com qualquer tipo de ente, ele é interpelado pela identidade²⁶⁸. Dessa forma, a identidade é pensada a partir da relação, e não como algo estático.

Heidegger reconhece na expressão “comum-pertencer” dois significados essenciais para a compreensão da identidade do ser. No primeiro sentido, enfatiza o termo “comum” da expressão para pensar o ser a partir da comunidade, ou seja, da sua unidade e com o significado de estar integrado, inserido na ordem de uma comunidade. No segundo sentido, ao ressaltar o termo “pertencer” da expressão, propõe uma mudança de perspectiva, a fim de que se experimente a comunidade como determinada a partir do pertencimento²⁶⁹. Para o referido filósofo, a formação da identidade do ser deve ser pensada, portanto, por meio desse processo, dessa mediação.

Aqueles que se manifestam de forma preconceituosa, discriminatória – em razão de não aceitar a diferença, a alteridade do outro – não percebem o importante papel desempenhado por aquele que é identificado como não pertencente, ou seja, pela exceção, na formação da própria ideia de pertencimento a um grupo ou à sociedade. Consoante afirma Giorgio Agamben, o exemplo e a exceção são conceitos simétricos, e ambos contribuem para a formação de todo e qualquer sistema, pois enquanto o pertencimento a uma classe só pode

²⁶⁶ Nesse sentido: MONNET, Nadja. **Alteridad y Convivencia**. La imagen del “otro” e las relaciones de convivencia em el Casc Antic de Barcelona. Fundació CIDOB de Barcelona, 1997, p. 88.

²⁶⁷ Como exemplo de estereótipo positivo, a autora cita o exotismo, ligado ao etnocentrismo, em que há uma supervalorização do outro, transformado em um sujeito mítico e idealizado, no qual se invertem as insatisfações e frustrações geradas pela cultura da pertinência. Para a autora, isso impede o conhecimento real do outro: “No todos los estereotipos son negativos. Así, el exotismo, ligado al etnocentrismo, es un ejemplo de estereotipo positivo. En este caso, se trata de una sobrevaloración del «Otro» y de la otra parte. El «Otro» corresponde, entonces, a un otro mítico, idealizado, elaborado por el sueño y el deseo de desorientación (paraíso perdido, alteridad radical) en el cual se invierten las insatisfacciones y las frustraciones generadas por la cultura de pertenencia. Esta actitud impide un conocimiento real del «Otro».” Ibid, p. 88).

²⁶⁸ E complementa: “O apelo da identidade fala desde o ser do ente”. In: HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – a filosofia?** Identidade e diferença. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2013, p. 39 e 40.

²⁶⁹ Ibid., p. 42 e 43.

ser identificado com um exemplo, ou seja, fora dela, o não pertencimento somente é demonstrado em seu interior, ou seja, como exceção²⁷⁰.

Sendo assim, é possível afirmar a diferença como elemento fundamental para a construção da própria identidade, bem como que toda forma de excluir a diferença, por meio da imposição de determinados padrões de comportamento, como, no mínimo, irracional, em razão de dificultar a identificação das características de um determinado grupo social. Para Ricardo Lorenzetti, o direito de ser diferente caracteriza a quarta geração dos direitos fundamentais, que surge “de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro”²⁷¹. Trata-se, todavia, de direitos que vem sendo negados, especialmente em razão de diferentes culturas serem consideradas primitivas ou bárbaras.

Todorov, após reunir as principais características e atributos historicamente relacionados ao termo “bárbaro”, constrói uma interessante definição, em que considera bárbaro aquele que nega ao outro a condição humana e o assimila aos animais, seja por consumi-los, seja por não lhes reconhecer a capacidade de refletir²⁷². Essa postura, quando não recusa completamente ao outro o reconhecimento da sua condição humana, nega-lhe o direito à própria identidade e a ser diferente de um modelo pré-estabelecido.

A crítica à crença na superioridade de uma cultura específica e à busca por sua universalização não significa, entretanto, admitir uma relativização de tudo e aceitar todo e qualquer comportamento, pois é possível definir critérios capazes de estabelecer quais atos se aproximam da barbárie e quais conduzem a humanidade em direção à civilização.

Com o intuito de demonstrar o equívoco presente no ato de designar como bárbaro, ainda nos dias atuais, todo aquele cuja cultura se diferencia de um padrão pré-estabelecido, Todorov propõe uma interessante classificação para os países do mundo. Constata, entretanto, que se tornaram obsoletas as classificações baseadas nos regimes políticos adotados por cada país, a exemplo do que ocorreu durante a Guerra Fria, ou em divisões geográficas – era frequente a separação dos países em Norte e Sul ou em Ocidente e Oriente. Reconhece ainda que a sua proposta termina por generalizar e simplificar realidades que, ademais,

²⁷⁰ E prossegue: “... exceção e exemplo são conceitos correlatos, que tendem, no limite, a confundir-se e entram em jogo toda vez que se trata de definir o próprio sentido da participação dos indivíduos, do seu fazer comunidade. Tão complexa é, em todo sistema lógico como em cada sistema social, a relação entre o dentro e fora, a estranheza e a intimidade”. In: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Trad. De Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 29-30.

²⁷¹ E complementa: Trata-se de questões tais como o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

²⁷² TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**: para além do choque das civilizações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 26.

caracterizam-se por ser bastante mutáveis e passíveis de identificação no seio de um mesmo país²⁷³.

Consideradas todas as advertências ressaltadas pelo autor, essa classificação oferece um interessante panorama acerca das atuais relações existentes entre os diversos países, a partir das suas diferenças culturais e da forma como reagem diante dessa nova conjuntura.

O primeiro grupo é designado como grupo do apetite, composto pelos países que se sentiram descartados da distribuição da riqueza e que agora pretendem usufruir da globalização, do consumo e do lazer. Nele, podem ser identificados o Japão, o Brasil, a África do Sul e o México.

No segundo grupo, encontram-se os países marcados pelo ressentimento decorrente de uma humilhação, real ou imaginária, imposta pelos países mais ricos e poderosos, cuja população é predominantemente muçulmana. Vale pontuar que essa atitude pode ser identificada em Estados localizados em uma área compreendida entre o Marrocos e o Paquistão.

O terceiro grupo caracteriza-se pelo medo e é composto pelos países ocidentais, que dominaram o mundo por muitos séculos. O medo diz respeito à possibilidade de perder o poderio econômico para os países do grupo do apetite, assim como dos atentados terroristas oriundos dos países do ressentimento.

Há ainda um quarto grupo designado pelo termo “indecisão” e que corre o risco de ser influenciado pelo apetite ou pelo ressentimento, mas que por enquanto se encontram distanciados dessas paixões.

O autor ressalta que o medo, ao se tornar uma paixão dominante, transforma-se num sentimento perigoso, em razão de ser utilizado como justificativa para a prática de atos desumanos. Isso tem se verificado em relação ao chamado medo dos “bárbaros”, cujo efeito consiste em transformar aqueles que se sentem ameaçados em bárbaros²⁷⁴, pois em nome do medo vem sendo negada a muitas pessoas a condição humana, através da prática de homicídios, torturas, violações à privacidade, à intimidade, à liberdade e a muitos outros direitos humanos.

²⁷³ TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**: para além do choque das civilizações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 11-13.

²⁷⁴ “O medo dos bárbaros é o que ameaça converter-nos em bárbaros. E o sofrimento que vamos nos infligir irá superar aquele que havia provocado nosso receio. A história nos ensina: o remédio pode ser pior que a enfermidade. Os totalitarismos apresentaram-se como um recurso para sanear a sociedade burguesa de seus defeitos; e acabaram engendrando um mundo mais perigoso do que aquele que havia sido alvo do seu combate”. Ibid, p. 15.

Para Todorov, barbárie significa negar ao outro a condição humana. Nesse sentido, entende o autor tratar-se de uma característica humana, pois nenhum povo ou sujeito está imune de praticar tais atos. Com isso, o autor não busca legitimá-los, mas alertar para o fato de que, em qualquer cultura, esses comportamentos podem se concretizar e que um dos principais objetivos da humanidade consiste em buscar constantemente evitá-los²⁷⁵.

Essa afirmação encontra fundamento em Sigmund Freud, que na obra “O mal estar da civilização” descreveu a existência humana como um ambiente no qual se enfrentam dois instintos: aquele relacionado à civilização e outro relacionado à barbárie, à agressão²⁷⁶.

O termo oposto a “bárbaro” – ou seja, “civilizado” – é utilizado para significar aquele que reconhece humanidade no outro, ou seja, que se coloca no lugar do outro. Isso se assemelha ao que Kant defende como a capacidade de proferir juízos que levem em consideração representações próprias aos demais seres humanos da terra²⁷⁷.

Infelizmente, essa cultura do medo vem se manifestando no Brasil, tendo em vista que já terem sido praticados atos de violência e intolerância contra refugiados de guerra, a exemplo dos haitianos²⁷⁸ e sírios²⁷⁹, que buscaram asilo no Brasil, assim como em relação aos adeptos da religião muçulmana²⁸⁰.

Esse quadro de desrespeito e intolerância reforça a necessidade de desenvolvimento de uma ética pautada na alteridade, no respeito à diferença e na convivência pacífica entre povos de diferentes culturas. Para tanto, faz-se necessário afastar exigências de padronização

²⁷⁵ TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**: para além do choque das civilizações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 31-32.

²⁷⁶ “Mas a esse programa da cultura se opõe o instinto natural de agressão dos seres humanos, a hostilidade de um contra todos e de todos contra um. Esse instinto de agressão é o derivado e representante maior do instinto de morte, que encontramos ao lado de Eros e que partilha com ele o domínio do mundo. Agora, acredito, o sentido da evolução cultural já não é obscuro para nós. Ela nos apresenta a luta entre Eros e morte, instinto de vida e instinto de destruição, tal como se desenrola na espécie humana. Essa luta é o conteúdo essencial da vida, e por isso a evolução cultural pode ser designada, brevemente, como a luta final da espécie humana”. FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 68.

²⁷⁷ A respeito, confira o tópico 2.1.2.

²⁷⁸ Em Santa Catarina, um haitiano foi espancado até a morte por um grupo de dez jovens, tão somente por conta de sua origem. SPERB, Paula. Haitiano é agredido até a morte em Santa Catarina. **Folha de São Paulo**, Porto Alegre. 20 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1696121-haitiano-e-agredido-ate-a-morte-em-santa-catarina.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁷⁹ De acordo com a reportagem o preconceito está mais relacionado à origem pobre do que ao fato de estar fugindo de conflitos. FERNANDES, Sarah. Preconceito é mais forte contra migrantes vindos de países de pobres. **Rede Brasil Atual**, s/l, 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/11/preconceito-tem-a-ver-o-fato-de-refugiados-virem-de-paises-pobres-diz-instituto-adus-8234.html>>. Acesso em 15 dez. 2015.

²⁸⁰ Há relatos de atos de vandalismo contra mesquitas e agressões aos praticantes dessa religião. JARDIM, Carolina. No Brasil, muçulmanos combatem intolerância religiosa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 jan. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/no-brasil-muculmanos-combatem-intolerancia-religiosa-15131063>>. Acesso em 15 dez. 2015.

que se baseiam tão somente no preconceito e no desrespeito às diferentes crenças e culturas, a exemplo da proibição do uso do véu em escolas francesas²⁸¹. No item subsequente, será analisado como esse poder disciplinar termina por negar as diferenças, ao impor um padrão de comportamento a todos os membros de uma sociedade.

3.2 O PODER DISCIPLINAR E A NEGAÇÃO DA ALTERIDADE

Dominações, opressões e desrespeito ao outro surgem no seio de relações sociais, caracterizadas por uma concentração de poder em um dos polos. Em toda relação interpessoal há certo grau de poder. Como não é possível existir identidade de poderes em cada polo das relações sociais, em razão das desigualdades existentes entre os seres humanos, verifica-se que há um diferencial de poder em favor de um deles²⁸². O problema surge quando esse desequilíbrio gera dominação e opressão.

Os seres humanos organizam-se para conviver e, dessa forma, melhor atender às suas necessidades. Essa organização exige um centro de poder, pressuposto necessário à existência da sociedade. Calmon de Passos, valendo-se dos ensinamentos de Castoriadis, define o poder como “a capacidade, para qualquer instância que seja (pessoal ou impessoal) de levar alguém (ou vários) a fazer (ou não fazer), o que, entregue a si mesmo, ele não faria necessariamente (ou faria talvez)”²⁸³.

Ao longo do século XX, passou-se a perceber como o poder disciplinar, ao fixar uma padronização, um modelo de comportamento, acabou por negar a diferença, a alteridade e a pluralidade, como características inerentes à humanidade.

Nesse sentido, Hannah Arendt defendeu a pluralidade como condição da razão humana, ao afirmar que, apesar de as pessoas serem iguais – em razão de serem humanas –, jamais alguém é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá, o que traz consigo, portanto, o potencial para o surgimento do novo, do diferente. Percebeu, entretanto, que, na modernidade, a sociedade, em todos os seus níveis, passou a excluir a possibilidade de ação, pois exigiu dos seus membros certo tipo de comportamento, o que gerou uma padronização ou uma “normalização” de todos que a integram e, assim, terminou por excluir qualquer ação

²⁸¹ No Brasil, houve um episódio recente de uma estudante de Direito que se sentiu prejudicada ao ser interrompida duas vezes durante o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, em razão de utilizar o hijab, véu muçulmano que esconde cabelos, orelhas e pescoço das mulheres. GONÇALVES, Gabriela. Estudante muçulmana é interrompida durante o Exame da OAB por usar véu. **G1**, São Paulo. 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-muculmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>. Acesso em 15 dez. 2015.

²⁸² CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.47.

²⁸³ Ibid., p. 45.

espontânea ou façanha extraordinária²⁸⁴, eliminando, assim, as condições para a manifestação da pluralidade.

Afirmou ainda que, na sociedade de massas, o “comportamento social” converteu-se em modelo para todas as áreas da vida. Ademais, diante do individualismo, por ela designado de privatismo, em que cada um se torna prisioneiro da própria subjetividade e deixa de ouvir e ser ouvido pelo outro²⁸⁵, a sociedade de massas tornou-se insuportável, em razão de o mundo entre as pessoas ter perdido seu poder de congregá-las, relacioná-las e separá-las²⁸⁶.

Agamben identifica a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como o momento em que se inaugura a biopolítica da modernidade, uma vez que suas normas fazem referência à vida natural – ao considerar o simples fato do nascimento como fonte de direitos – como base do ordenamento²⁸⁷ e, assim, como critério para a tomada de decisões políticas.

A análise desse fenômeno, bastante presente nos dias atuais, foi aprofundada por Michel Foucault, que passou a designá-lo como poder disciplinar, caracterizado por ser a forma dominante na atualidade, sendo responsável por deslocar o poder jurídico ou legal. O poder disciplinar é gerado pelo conhecimento científico produzido pelas ciências humanas e aplicado por corpos profissionais em escolas, hospitais, quartéis, prisões, família e fábricas. Para compreendê-lo, segundo Foucault, é preciso saber, como precaução metodológica, que não se deve tomá-lo como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas como algo que circula e que só funciona em cadeia²⁸⁸.

Foucault desenvolve seu pensamento a partir da identificação de duas principais formas de poder: o jurídico, fundado na ideia de soberania, caracterizado por uma organização centralizada, por ser exercido do topo para a base e por fundamentar-se num discurso de direitos, obediência e normas; e o disciplinar, caracterizado por não ter um centro, ser

²⁸⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 10 e 49.

²⁸⁵ Hannah Arendt identifica como hipótese de destruição do mundo comum quando “os homens tornam-se inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes. O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite apresentar-se em uma única perspectiva”. Ibid., p. 71.

²⁸⁶ Ibid., p. 64.

²⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134. O referido autor afirma também: “Uma das características essenciais da biopolítica moderna (que chegará ao nosso século [século XX], à exasperação) é a sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora”. Ibid., p. 137-138.

²⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p.183.

exercido em toda a sociedade, ser fragmentário e capilar, bem como por partir de um discurso científico de normalização e padronização. Para o referido autor, essas duas formas são incompatíveis e o poder científico e normalizador das disciplinas tornou-se a forma mais difundida na sociedade²⁸⁹.

Nesse ponto, Boaventura de Souza Santos discorda da separação entre os poderes jurídico e disciplinar (científico) feita por Foucault e afirma que a autonomia entre direito e ciência foi fruto de uma transformação isomórfica do primeiro em um *alter ego* da segunda, uma vez que a gestão científica da sociedade foi protegida contra eventuais oposições por intermédio da integração normativa e da força coercitiva do direito²⁹⁰. Isso pode ser constatado, na modernidade, quando são apresentadas afirmações normativas como científicas e afirmações científicas como normativas²⁹¹.

Dessa forma, decisões políticas acabam por se legitimar por conta de um suposto caráter científico, assim como o científico é identificado como o melhor, o mais correto ou o mais adequado, excluindo qualquer outro conhecimento ou fundamento ético. Essa simbiose entre direito e ciência foi utilizada, dentre outras coisas, para legitimar a identificação do sujeito burguês como padrão de ser humano.

Boaventura de Souza Santos também discorda da afirmação de Foucault de que o poder está disperso, acêntrico e fragmentado. Defende que, caso o poder esteja em todo lado, não estará em lugar algum. Por conseguinte, entende ser necessário existir um princípio de estruturação e hierarquização, sob pena de não haver um enquadramento estratégico para a emancipação. Em uma teoria crítica, o conceito de poder deve se assentar na ideia de superação em relação às relações de dominação²⁹².

Calmon de Passos, em sentido diverso, afirma inexistir convivência humana livre de relações de poder e, por isso, o escopo não seria eliminá-lo das relações humanas, mas domesticá-lo, consoante expressa Bertrand Russel, por meio de sua funcionalização da forma mais adequada possível, minimizando o negativo da pura dominação e fazendo excelente a sua dimensão de integração e solidariedade²⁹³.

²⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p.187-190.

²⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007, p.52.

²⁹¹ Ibid, p. 53 e 54.

²⁹² Ibid, p. 269.

²⁹³ CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49.

Já para Foucault, na luta contra o poder disciplinar, não se deve marchar em direção ao que denomina de velho direito da soberania²⁹⁴ – ou seja, o Direito formal –, mas em direção a um novo direito antidisciplinar e, ao mesmo tempo, liberado do princípio da soberania²⁹⁵, tendo em vista estar este princípio vinculado à finalidade de se ocultar a dominação social.

Constata-se, portanto, que, apesar dos avanços promovidos pela ciência e pelo Direito em direção à melhoria das condições de vida dos seres humanos em muitos aspectos, ambos desenvolveram também vieses que se caracterizaram pelo excesso de disciplina e pela opressão, uma vez que, ao estabelecer padrões de comportamento, negaram as múltiplas e as diferentes identidades, marginalizando aquelas culturas que não se enquadravam no padrão preestabelecido.

O Papa Francisco, em sua Encíclica *Laudato Si'*, faz uma interessante relação entre a imposição de um modelo de comportamento econômico e cultural que provoca a degradação do meio ambiente e a conseqüente destruição dos diferentes modos de viver que compõem a identidade cultural de diferentes povos, ao afirmar que “A imposição de um estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas²⁹⁶”. Dessa forma, procura demonstrar que não apenas o meio ambiente vem sendo destruído, mas também as diferentes culturas e modos de vida.

Diante desse quadro, é importante que se desenvolva uma cultura de resistência à imposição de um padrão de vida que nega as especificidades de cada povo, destrói identidades, além de se apresentar como insustentável, em razão de estabelecer modelos de consumo que já têm levado ao esgotamento dos recursos naturais e à destruição de muitas formas de vida no planeta Terra, representando, assim, uma grave ameaça de destruição da vida humana e do meio ambiente. Como foi visto anteriormente, essa resistência deverá ser realizada pelos povos e grupos oprimidos, cuja identidade se encontra ameaçada pelo poder disciplinar. Por meio da participação dessas coletividades poderá se desenvolver uma ética de respeito à alteridade, na linha do que se propõe na presente tese.

Dentro do paradigma da modernidade, com os postulados que a fundamentam, não é possível se pensar em convivência humana livre das relações de poder. Nesse momento de

²⁹⁴ “... porque soberania e disciplina, direito da soberania e mecanismos disciplinares são duas partes intrinsecamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade”. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010, p.190.

²⁹⁵ Ibid., p. 190.

²⁹⁶ FRANCISCO. **Carta Encíclica *Laudato Si'***: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 89.

transição paradigmática²⁹⁷, faz-se necessário, todavia, repensar as relações humanas, em busca de formas alternativas de socialidade, capazes de impedir opressões e dominações, cujo reflexo poderá ser identificado na criação de um direito plural e antidisciplinar, forjado no seio de uma sociedade multicultural.

3.3 O MULTICULTURALISMO E A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE

Pressuposto para a compreensão do multiculturalismo consiste em apreender o significado atual do termo “cultura”. Johann Gottfried (von) Herder foi o primeiro autor a usar o termo no sentido de cultura de identidade, a significar um modo de vida sociável e tradicional²⁹⁸. Como ressalta Bhikhu Parekh, Herder acabou, entretanto, por ignorar a enorme influência do poder econômico na formação da cultura. Para o referido autor, o erro de muitos teóricos consiste em desconsiderar as diferenças entre sociedades e períodos históricos distintos, bem como em pensar que o mesmo fator exerceu mais ou menos uma influência idêntica em relação aos demais na formação da cultura em cada um deles²⁹⁹.

²⁹⁷ Caracterizado pela crise do paradigma da modernidade e incerteza quanto ao novo paradigma. Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007, passim.

²⁹⁸ EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005, p. 43.

²⁹⁹ “Marx, for example, gave pride place to the model of material production, rightly arguing that culture did not exist in a social vacuum, that it often performed the ideological role of legitimizing the prevailing system of economic and political power, that it could not be understood independently of the later, and that it object to constant reinterpretation and manipulation. He was, however, wrong to think that material production occurred in a material vacuum, that it was logically and temporally prior to culture, and that the latter lacked the power to exercise an independent influence on it. Herder saw this more clearly than Marx, but made the opposite mistake of ignoring the enormous power of the economic system. Montesquieu rightly stressed the influence of climate and geography. Hegel that of ideas, and Weber that of religion, but each again went wrong in neglecting the influence of other factors. All, alike, made the further mistake of ignoring the differences between societies and historical periods and thinking that the same factor exercised more or less the same influence in all of them”. Tradução nossa: “Marx, por exemplo, concedeu uma relevante posição para o modelo de produção material, justamente argumentando que a cultura não existiria em um vácuo social, que muitas vezes desempenhou o papel ideológico de legitimar o sistema predominante de poder econômico e político, que não poderia ser entendido independentemente desse último, e ser objeto de constante reinterpretação e manipulação. Ele estava, no entanto, errado ao pensar que a produção material ocorreu em um vácuo material, que era lógica e temporalmente anterior à cultura, e que esta última não tinha o poder de exercer uma influência independente sobre ele. Herder viu isso mais claramente do que Marx, mas cometeu o erro oposto de ignorar o enorme poder do sistema econômico. Montesquieu justamente sublinhou a influência do clima e geografia. Hegel as ideias, e Weber a religião, mas cada um cometeu o erro de negligenciar a influência de outros fatores. Todos, da mesma forma, cometeram o erro mais grave de ignorar as diferenças entre as sociedades e períodos históricos e pensar que o mesmo fator teria exercido mais ou menos a mesma influência em todos eles”. PAREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and political theory**. Second edition. Chippenham and Eastbourne: Palgrave Macmilian, 2006, p. 151.

Para Lévi-Strauss, a cultura pode ser definida como todo conjunto etnográfico que apresenta, em relação a outros, distinções significativas, do ponto de vista da pesquisa. Segundo o referido autor, essa definição não impede que sejam identificadas diferenças culturais no interior de um mesmo grupo³⁰⁰.

Não obstante a existência de diversos significados acerca da palavra cultura, considerada uma das mais complexas da língua³⁰¹, aqui deve ser entendida como um conjunto de mecanismos simbólicos, ou sistema de significados, através do qual o ser humano dá forma, ordem, objetivo e direção às suas vidas³⁰².

Não se pretende, aqui, fazer uma análise detalhada da evolução histórica desse conceito, mas entender, com Todorov, a cultura como o nome atribuído a um conjunto de características da vida social, às formas de viver e pensar, aos modos de organização no tempo e no espaço, o que inclui a língua, a religião, as formas de comer, de se vestir, de criação de utensílios etc. A cultura é formada coletivamente e é um dos resultados da comunicação³⁰³.

Esse conjunto de elementos não deve ser entendido como algo estático, uma vez que toda cultura se encontra em um constante processo de construção, desconstrução e reconstrução, no qual as instituições políticas, econômicas e sociais desempenham um importante papel. Consoante afirma Bhikhu Parekh, constitui um erro acreditar que a sociedade desenvolve primeiro a cultura e só então as instituições, ou vice versa. Ambos se desenvolvem juntos, exercem influências recíprocas, e são igualmente vitais para a própria sobrevivência.

Importante também ressaltar que não há culturas puras, uma vez que o contato cultural é um fato universal. Nesse sentido, todas as culturas são mistas³⁰⁴. Isso não significa que não seja importante analisar e identificar o conteúdo de cada cultura. Ao contrário, deve-se fazê-lo, de modo a respeitar o que cada uma tenha de singular.

A partir da segunda metade do século XX, pessoas socialmente excluídas passaram a se organizar em grupos, a fim de lutar pelo reconhecimento e respeito à sua identidade

³⁰⁰ LÉVI-STRAUSS, *Antropologia Estrutural*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995, p. 30-33.

³⁰¹ Acerca dos diferentes significados da palavra cultura: EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Tradução Sandra Castelo Branco. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

³⁰² Nesse sentido: GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 37.

³⁰³ TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros: para além do choque das civilizações**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 38.

³⁰⁴ Nesse sentido: CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 137 e 140.

cultural. Dentre elas, destacam-se as mulheres, os negros, os índios, os homossexuais e os imigrantes.

Não obstante esses grupos terem desempenhado e ainda desempenharem um importante papel, faz-se necessário afirmar que a identificação ou participação em um deles não é capaz de definir isoladamente a identidade de uma pessoa, uma vez que cada sujeito possui afinidades com diferentes grupos, em razão dos diversos papéis sociais que desempenha. Sua identidade vai se formando por meio das diferentes relações sociais que são travadas ao longo da vida.

Iris Young ressalta que cada sujeito constitui sua própria identidade, apesar de não escolher as condições sob as quais ela é formada. Não tem escolha e compõe a identidade a partir das posições que ocupa em determinadas relações com os outros, ou seja, a partir dos sentidos, práticas, condições estruturais, bem como suas interações, sob os quais o sujeito se encontra inserido. Por outro lado, o sujeito é um agente, o que lhe permite fazer algo da sua própria maneira, a partir das restrições e possibilidades que condicionam a sua vida³⁰⁵.

A formação de grupos que reivindicavam o reconhecimento ocorreu como reação ao fato de que, sob o manto de uma aparente neutralidade, a sociedade e o Estado ocultavam a defesa de valores burgueses, fundados na ideologia liberal-individualista, que estabelecia um modelo de sujeito (homem, branco, proprietário, contratante, heterossexual) excludente de tudo quanto se distanciava do referido padrão. Ademais, essa ordem mercantilista transformou a força de trabalho em mercadoria. Com isso, o ser humano perdeu sua condição de sujeito, o que gerou ainda mais violência e exclusão.

O multiculturalismo surge como reação a este quadro, diante da necessidade de reconhecimento e respeito às diferenças culturais, bem como do combate a valores universalizantes e totalizantes, criticados em razão de terem promovido a dominação por uma raça, um sexo e uma classe social.

Um importante pressuposto para que se possa compreender o multiculturalismo é a noção de diferença, que pode ser identificada tanto entre distintas sociedades como também no interior de uma mesma comunidade. É possível falar em multiculturalismo em ambos os sentidos. Ademais, um mesmo sujeito possui identidades plurais e distintas no seio do ambiente social do qual participa, em razão de desempenhar múltiplos papéis. Entende-se, portanto, que a diferença é uma característica humana e social, que se transforma ao longo da história.

³⁰⁵ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 101.

Essas diferenças acirraram-se com o processo de globalização, marcado, segundo Stuart Hall, por descontinuidades, em razão da inexistência de um princípio articulador ou organizador único. Identifica-se, na modernidade tardia – também chamada de pós-modernidade³⁰⁶ – uma pluralidade de centros de poder, que cria divisões e antagonismos sociais, produzindo uma variedade de posições de sujeito, ou seja, de identidades³⁰⁷.

As novas tecnologias de comunicação e representação provocam uma explosão de imagens e saberes que complicam todas as formas de identidade social, criam dúvidas existenciais que dificultam a ação coerente e trazem consigo o medo da falta de sentido das coisas. O dilema pós-moderno consiste em enfrentar esse caos aparente³⁰⁸.

Diante desse quadro, passou-se a admitir a necessidade de reconhecimento e proteção às diferentes identidades. A pesquisa da identidade cultural é um tema da pós-modernidade, que recolocou o indivíduo e seu estado mental, em vista do desenvolvimento tecnológico, no centro das atenções³⁰⁹.

Essa necessidade surgiu em virtude da verificação que a identidade de um sujeito é formada pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros. As duas últimas hipóteses podem afetar negativamente a pessoa e ser consideradas formas de agressão³¹⁰. A identidade de uma pessoa é formada a partir da relação com “outras-importantes³¹¹”.

³⁰⁶ David Harvey identifica como uma das características mais espantosas do chamado pós-modernismo a total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico: “Portanto, na medida em que não tenta legitimar-se pela referência ao passado, o pós-modernismo tipicamente remonta à ala de pensamento, a Nietzsche em particular, que enfatiza o profundo caos da vida moderna e a impossibilidade de lidar com ele com o pensamento racional. Isso, contudo, não implica que o pós-modernismo não passe de uma versão do modernismo; verdadeiras revoluções da sensibilidade podem ocorrer quando ideias latentes e dominadas por um período se tornam explícitas e dominantes em outro. Não obstante, a continuidade da condição de fragmentação, efemeridade, descontinuidade e mudança caótica no pensamento modernista pós-moderno é importante”. HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 49.

³⁰⁷ Nesse sentido: HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 16-18.

³⁰⁸ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.16.

³⁰⁹ Nesse sentido: JAYME, Eric. *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. In: JAYME, Eric. (org.) **Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht**. Heidelberg. C.F. Müller Verlag, 2003, p. 06.

³¹⁰ Nesse sentido, afirma Axel Honneth: “É do entrelaçamento interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resulta aquela vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificado com o conceito de ‘desrespeito’: visto que a autoimagem normativa de cada ser humano, de seu ‘Me’, como disse Mead, depende da possibilidade de um resseguro constante no outro, vai de par com a experiência de desrespeito o perigo de uma lesão, capaz de desmoronar a identidade da pessoa inteira”. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 213-214.

³¹¹ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org.) **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 56.

Enrique Dussel entende que a afirmação plena e positiva da própria cultura no sistema mundial vigente pressupõe dois importantes momentos: 1) a descoberta, feitas pelas vítimas, da opressão e exclusão que atinge sua cultura; 2) a conscientização crítica e autorreflexa acerca do próprio valor³¹².

Os laços de solidariedade entre os membros de uma comunidade são elementos fundamentais na formação das identidades culturais, composta pela união de memórias, tradições e mitos partilhados³¹³.

A recusa ao tratamento igualitário do outro pode prejudicar as pessoas visadas, pois a projeção de uma imagem de alguém como um ser desprezível pode, realmente, ter um efeito de distorção e de opressão, a ponto de essa imagem ser interiorizada. Esse discurso é válido tanto na esfera pública, quanto na íntima. Por isso, o respeito devido não é um ato de gentileza, mas uma necessidade humana vital³¹⁴.

Portanto, deve haver o reconhecimento e respeito às diferentes identidades culturais dos cidadãos. Essa ideia nasceu sob a designação de multiculturalismo, cujo escopo consiste em permitir a coexistência harmônica entre subjetividades distintas.

De acordo com Andrea Semprini, enquanto a identidade corresponde a uma noção de pertencimento a determinado grupo e, assim, representa o potencial e os limites da formação identitária do sujeito, a experiência da diferença permite que o indivíduo possa se distanciar de sua identidade, questioná-la e fazê-la evoluir, ao compará-la com outros modelos identitários, daí a importância da valorização da diferença³¹⁵. Tais perspectivas pressupõem um olhar para o outro, ou seja, alteridade e multiculturalismo.

Para Nestor Canclini, essa hibridização representa a oportunidade de relativizar os fundamentos nacionais, religiosos, políticos e étnicos que absolutizam certos patrimônios e discriminam os demais³¹⁶. Exemplo de discriminação cultural pode ser identificado na classificação de certos objetos como arte e outros como artesanato.

Não obstante a nobreza do multiculturalismo, constata-se que o seu recrudescimento tem levado à conduta de, “a pretexto de preservar determinados valores não universais,

³¹² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 420.

³¹³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? In: BEZERRA, Paulo. Cesar Santos (org.). **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2012, p. 246.

³¹⁴ TAYLOR, Charles (org.). **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-46.

³¹⁵ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: EDUSC, 1999, p. 103-104.

³¹⁶ CANCLINI, Néstor García. **Culturas Híbridas - estratégias para entrar e sair da modernidade**. Trad. Ana Regina Lessa e Heloísa Pezza Cintrão. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 294.

manter-se um isolacionismo cultural³¹⁷”. No mesmo sentido, reconhece Denys Cuche que a exaltação da diferença pode levar, em sua forma mais pernicioso, à justificação de regimes segregacionistas, transformando o direito à diferença em obrigação de diferença³¹⁸. Em verdade, defende-se, aqui, o multiculturalismo como convivência integrada, harmônica e respeitosa entre diferentes culturas.

Nas sociedades democráticas, marcadas pelo multiculturalismo, não se pode considerar a cidadania como uma identidade universal globalizante, porque: 1) as pessoas são indivíduos únicos, auto-formantes e criativos, conforme afirmam John Stuart Mill e Ralph Emerson; 2) as pessoas são “portadoras de cultura” e as culturas de cada uma diferem consoante as suas identificações passadas e presentes³¹⁹.

O multiculturalismo põs em cheque o projeto da modernidade, marcado pela ideologia universalista, ao defender o respeito à diferença e não apenas o direito à igualdade, bem como ao exigir o cumprimento das promessas da modernidade, dentre elas a promoção da justiça e a emancipação dos sujeitos.

Em 2001, a UNESCO reconheceu, em uma declaração universal, a diversidade como direito humano e patrimônio cultural da humanidade, além de importante fonte de intercâmbio, inovação e criatividade; voltado para garantir a originalidade e a pluralidade de identidades³²⁰. Em seguida afirmou a necessidade de se implementar políticas de inclusão social, capazes de garantir a interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades distintas, plurais. O pluralismo cultural seria a resposta política adequada à realidade da diversidade cultural³²¹.

³¹⁷ AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: A desigualdade em razão da orientação sexual. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. (org.) **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 81.

³¹⁸ CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 241.

³¹⁹ GUTTMAN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles (org.) **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 25.

³²⁰ Texto original: “**Article 1 – Cultural diversity: the common heritage of humanity**

Culture takes diverse forms across time and space. This diversity is embodied in the uniqueness and plurality of the identities of the groups and societies making up humankind. As a source of exchange, innovation and creativity, cultural diversity is as necessary for humankind as biodiversity is for nature. In this sense, it is the common heritage of humanity and should be recognized and affirmed for the benefit of present and future generations”. Tradução nossa: “**Artigo 1 - A diversidade cultural: o patrimônio comum da humanidade**

A cultura assume diversas formas no tempo e no espaço. Esta diversidade se consubstancia na originalidade e na pluralidade das identidades dos grupos e sociedades que compõem a humanidade. Como fonte de intercâmbios, de inovação e criatividade, a diversidade cultural é tão necessária para a humanidade como a biodiversidade é para a natureza. Nesse sentido, é patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício de gerações presentes e futuras”.

³²¹ Texto original: “**Article 2 – From cultural diversity to cultural pluralism**

In our increasingly diverse societies, it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with plural, varied and dynamic cultural identities as well as their willingness to live together. Policies for the inclusion and participation of all citizens are guarantees of social cohesion, the vitality of civil society and

A defesa da diversidade cultural foi declarada como um imperativo ético, essencial à dignidade da pessoa humana e se reconheceu a necessidade de respeito à identidade cultural de todos.

Axel Honneth identifica três padrões de reconhecimento como fundamentais para a plena realização do sujeito: na experiência do amor, desenvolve-se a autoconfiança; na experiência do reconhecimento jurídico, o autorespeito; e, na experiência da solidariedade, a autoestima³²².

Ademais, afirma que as formas de desrespeito consistentes em privação de direitos e exclusão social não representam somente uma limitação violenta da autonomia pessoal, mas também um vínculo com a ideia de não ser atribuído ao outro o *status* de um membro com igual valor na interação social, o que significa, portanto, uma lesão à expectativa intersubjetiva de “ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral³²³”. Assim, junto com a experiência de privação de direitos, ocorre também uma perda de autorrespeito, na qual o sujeito deixa de se perceber como alguém em posição de igualdade em relação aos demais³²⁴.

O autor identifica, todavia, no desrespeito a base motivacional para que o ofendido lute por seu reconhecimento. A partir das reações emocionais negativas causadas pelo desrespeito, a exemplo da vergonha ou ira, vexação ou desprezo, poderão se formar sintomas psíquicos que levarão o sujeito a perceber que a consideração social lhe é negada de forma injustificada³²⁵ e, a partir daí, buscar sua adequada realização.

Esse pensamento se coaduna com o de Enrique Dussel e é por este complementado, conforme foi anteriormente apresentado. Na presente tese, defende-se, portanto, que, uma vez constatada a recusa ao reconhecimento, os diversos grupos compostos pelas vítimas, pelos oprimidos, devem se organizar, a fim de reivindicar sua participação nos debates, com o

peace. Thus defined, cultural pluralism gives policy expression to the reality of cultural diversity. Indissociable from a democratic framework, cultural pluralism is conducive to cultural exchange and to the flourishing of creative capacities that sustain public life”. Tradução Nossa: "**Artigo 2 - Da diversidade cultural ao pluralismo cultural**

Em nossas sociedades cada vez mais diversas, é essencial para garantir a interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais plurais, variadas e dinâmicas, bem como a sua vontade de viver juntos. Política de inclusão e participação de todos os cidadãos são garantias de coesão social, a vitalidade da sociedade civil e da paz. Assim definido, o pluralismo cultural dá expressão política à realidade da diversidade cultural. Indissociável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício ao intercâmbio cultural e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que sustentam a vida pública ". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. <Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php>>. Acesso em 25.jun.2015.

³²² HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 272.

³²³ Ibid., p. 216.

³²⁴ Ibid, p. 217.

³²⁵ Ibid, p. 220.

escopo de formar um contradiscurso pautado pela defesa do desenvolvimento da vida humana concreta de todo sujeito ético no interior da comunidade.

No Brasil, a Constituição Federal, ao estabelecer diretrizes para o Plano Nacional de Cultura, admite que o processo civilizatório nacional contou com a participação de diferentes grupos e ressalta a importância de se promover a proteção às distintas manifestações culturais, além de estabelecer a valorização da diversidade étnica e regional dentre seus objetivos³²⁶. A Emenda Constitucional n. 71 de 2012 acrescentou o art. 216-A à Constituição e instituiu o Sistema Nacional de Cultura, que tem como um dos seus princípios a diversidade das expressões culturais³²⁷.

Os referidos dispositivos expressam não apenas a constatação da diversidade cultural brasileira, como também a necessidade de valorização e respeito às suas distintas manifestações. Ademais, refletem o entendimento segundo o qual todos os cidadãos devem desfrutar de direitos iguais, nos quais precisam estar incluídos não apenas o repertório tradicional de direitos civis, políticos e econômicos, mas também a defesa da sua cultura, cujo conteúdo deve garantir a possibilidade de expressar, manter e transmitir sua identidade cultural, compreendida como parte integrante dos direitos humanos e fundamentais³²⁸.

Para tanto, é preciso compreender o Direito como um fenômeno cultural e, assim, poder identificar uma cultura jurídica desenvolvida em cada sistema, a fim de considerar as conhecidas peculiaridades ou o estilo de cada ordenamento jurídico. Nesse sentido, Erik Jayme entende ser necessário analisar a dimensão cultural da regra jurídica em oposição à sua

³²⁶ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º [...]

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

[...]

V - valorização da diversidade étnica e regional.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun.2015.

³²⁷ “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;[...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 jun.2015. grifo nosso.

³²⁸ Nesse sentido: PAREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and political theory**. Second edition. Chippenham and Eastbourne: Palgrave Macmillan, 2006, p. 211.

consideração racional-econômica, especialmente a partir do reconhecimento pelo Direito de práticas e costumes que se encontram impregnados na sociedade³²⁹.

A partir dessa dimensão cultural, entende-se ser possível identificar como o multiculturalismo se reflete nas normas jurídicas, naquilo que se convencionou chamar de pluralismo jurídico estrutural, conforme se verá no próximo tópico desse capítulo.

Para Boaventura de Souza Santos, o lugar dos sujeitos hoje é multicultural, um ambiente que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades. Segundo o referido autor, não há um princípio único de transformação social, consoante acreditavam as tradições sociológicas anteriores, pois são múltiplas as formas de dominação. Sendo também múltiplas as resistências, não há como reuni-las sobre a alçada de uma grande teoria comum. Por essa razão, defende a necessidade de uma teoria de tradução que torne as lutas mutualmente inteligíveis e permita aos atores coletivos conversarem sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam³³⁰.

Para se alcançar tal desiderato, defende-se aqui que a teoria de tradução se consubstancia na ideia de alteridade no sentido de respeito e responsabilidade pelo outro, como valores éticos capazes de garantir a plena realização de todos os sujeitos em um ambiente social marcado pelo multiculturalismo. Dessa forma, será possível superar as diversas formas de opressão, sejam elas institucionalizadas ou não. Nesse sentido, deve o Direito, em suas múltiplas manifestações, pautar-se em tais valores, a fim de que os vieses ainda existentes e que geram dominação sejam afastados, de modo a se transformarem em fatores de desenvolvimento pleno dos sujeitos, em seus distintos projetos de vida. Para se alcançar esse desiderato, faz-se necessário superar a perspectiva monista, que marca a interpretação do Direito nos Estados modernos desde a sua formação, em prol do pluralismo jurídico, mais consentâneo com a ideia de democracia.

3.4 O PLURALISMO JURÍDICO COMO REFLEXO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

O pluralismo jurídico não é algo recente. Em verdade, trata-se de uma constante na vida social e representa o reflexo do multiculturalismo como uma realidade presente e cada

³²⁹ JAYME, Eric. Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. In: JAYME, Eric. (org.) **Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht**. Heidelberg. C.F. Müller Verlag, 2003, p. 13.

³³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007, p. 27.

vez mais frequente na maioria das sociedades atuais, devido ao processo de globalização. Esse fenômeno acabou por ser negado e marginalizado durante o surgimento do Estado moderno.

Existem diferentes teorias acerca do pluralismo, desde aquelas que afastam a identificação do Direito com o direito positivo e admitem a existência do Direito sem Estado, até as que admitem o pluralismo positivado num sistema jurídico (pluralismo estrutural)³³¹. Em todos esses casos, é reconhecida a produção normativa realizada por diversos grupos sociais. O fundamento filosófico do pluralismo jurídico encontra-se na percepção da diversidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade como característica da vida humana.

O pluralismo jurídico resulta da concepção de que o processo de decisão político-jurídica não decorre de uma vontade transcendente individual ou coletiva, mas é fruto de uma multiplicidade de valores e visões de mundo presentes em toda sociedade. Parte, portanto, do reconhecimento de que Estado e o Direito oficial não podem assumir o papel de únicos centros de decisão político-jurídica³³².

Para Joaquim Falcão, o pluralismo jurídico deve ser compreendido como um esforço teórico voltado para explicar a convivência contraditória entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade³³³. Já Wolkmer define esse fenômeno como uma multiplicidade de práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço sociopolítico, marcado por conflitos e consensos, cuja razão de ser se encontra nas necessidades existenciais, materiais e culturais³³⁴.

Boaventura de Souza Santos ressalta que o seu conceito de pluralismo jurídico não é aquele teorizado pela antropologia jurídica, segundo o qual há coexistência, no mesmo espaço geopolítico, de duas ou mais ordens jurídicas autônomas e geograficamente segregadas, mas pluralismo como sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos, tanto nas atitudes quanto em comportamentos. Para o referido autor, vive-se um momento de porosidade ética e jurídica, de um direito constituído por múltiplas ordens de redes que forcem as pessoas a constantes transições e transgressões. A interlegalidade seria a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Consistiria num processo dinâmico, uma vez que os

³³¹ Acerca das diferentes formas de pluralismo: PAREKH, Bhikhu. **Rethinking Multiculturalism: Cultural diversity and political theory**. Second edition. Chippenham and Eastbourne: Palgrave Macmillan, 2006, passim.

³³² FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 280.

³³³ FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Conflito e direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 80-83.

³³⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 219.

espaços jurídicos não são sincrônicos e, por isso, as misturas são sempre desiguais e instáveis³³⁵.

Essa última noção de pluralismo o reconhece como uma realidade presente no cotidiano das sociedades moderna e contemporânea, cuja existência foi negada pela dogmática monista. Em verdade, faz-se necessário admitir o reflexo do multiculturalismo nos ordenamentos jurídicos, assim como o poder criativo de diversas instâncias e instituições que convivem com o direito estatal, a exemplo do que ocorre no seio da família, das sociedades empresárias, das relações de trabalho, dentre outras.

Considera-se, na presente tese, o pluralismo jurídico como a concepção que melhor se adapta à dinâmica do poder identificada por Foucault, por ser mais próxima do momento histórico em que a humanidade vive. Ademais, permite a construção de teorias destinadas a apresentar formas de se restabelecer o equilíbrio nas relações sociais.

Por outro lado, é preciso reconhecer ao Direito seu caráter histórico e cultural³³⁶ que, além de ser forjado a partir de usos e costumes, em muitas hipóteses permite que tais práticas possam ser utilizadas na solução de conflitos, desde que decorram de comportamentos reiterados e reconhecidos pela comunidade como norma jurídica.

Como exemplo pode ser citado o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que prevê o costume como forma de suprir lacunas³³⁷. Também o art. 569, II do Código Civil admite que o locatário pague o aluguel na data acordada ou, na sua ausência de estipulação nesse sentido, segundo o costume do lugar³³⁸. Já o §1º do artigo 1.297 do Código Civil, ao disciplinar a fixação de limites entre prédios por

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007, p. 221.

³³⁶ Como exemplos de autores que reconhecem o caráter histórico e cultural do Direito, podem ser citados: “O direito não é só experiência, mas só pode ser compreendido como experiência[...]” REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XXXVII. “Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 28. “É importante lembrar que das leis chega-se à norma e ao direito como uma operação que não é mecânica, mas, sim, cultural, mediadora de interesses e valores”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

³³⁷ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. BRASIL. Decreto-lei n. 4657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³³⁸ “Art. 569. O locatário é obrigado:

I [...]

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;” BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

meio de cercas, muros ou tapumes, estipula que as despesas poderão ser repartidas de acordo com o costume do lugar³³⁹. Os diferentes exemplos evidenciam ser o pluralismo jurídico uma realidade reconhecida inclusive pelo direito positivo.

Ao conferir juridicidade às normas não estatais, criadas por diferentes grupos sociais, o pluralismo jurídico aproxima-se de uma justiça preocupada com o respeito às diferenças culturais, pois outorga aos grupos o poder de decidir a quais interesses deve ser dada a primazia. Consoante se afirmou anteriormente, o monismo não somente descumpriu suas promessas, mas também marginalizou e excluiu tudo aquilo que não se enquadrava no standard burguês.

Há ainda a pluralidade de fontes legislativas, o que, segundo Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, propicia, a partir do diálogo das fontes nacionais e internacionais, o nascimento de um Direito Privado mais social e solidário³⁴⁰.

O pluralismo jurídico é reflexo do pluralidade enquanto valor sociopolítico-cultural e foi expressamente identificado pelo STF no julgamento da ADPF 132, que reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico³⁴¹. Na defesa que aqui se faz dessa teoria, não se busca negar ou minimizar o Direito estatal, mas compreendê-lo como uma das diversas manifestações jurídicas existentes na sociedade. Defende-se uma coexistência de ordens jurídicas distintas que podem ou não relacionar-se entre si.

Ademais, entende-se, para os fins da presente tese, a Constituição Federal como o documento político-jurídico capaz de fornecer princípios e valores éticos irrenunciáveis, que

³³⁹ “Art. 1.297. [...]”

§ 1º Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção aos vulneráveis**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

³⁴¹ “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. **HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL**. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA...” (ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF, Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 Divulgado 13-10-2011 Publicado 14-10-2011).

devem nortear o exercício do pluralismo jurídico, coordenando a inter-relação entre distintas ordens normativas e a interpretação das normas no interior de uma mesma ordem.

Tal afirmação encontra ressonância nos ensinamentos de Peter Häberle, que compreende o pluralismo como uma multiplicidade de ideias e interesses, presentes no seio de uma comunidade política, dentro dos parâmetros do aqui e agora, e que se encontram numa tensão dialética permanente, o que não impede, por sua vez, que surjam alternativas³⁴². O autor defende a interpretação constitucional como um processo público, realizada pela comunidade aberta dos intérpretes³⁴³.

Nesse sentido, o autor reconhece a existência de um pluralismo positivado, presente tanto na doutrina quanto na Lei Fundamental alemã. Apesar de identificar o pluralismo jurídico como uma realidade, Häberle reconhece, entretanto, a existência de conteúdos irrenunciáveis, que representam condições e requisitos que foram objeto prévio de consensos, dentre os quais cita a liberdade humana, a democracia, a liberdade de informação e de opinião, a divisão dos poderes, dentre outros³⁴⁴.

Häberle critica ainda a ideia de homogeneidade de uma suposta “vontade geral” – defendida por Rousseau – e afirma que se trata do resultado de uma ficção, um erro, assim como toda pretensão de absolutismo de qualquer opinião, teoria ou interesse concreto. A essa opinião, contrapõe a noção de heterogeneidade de interesses e ideias. Para o autor, toda democracia, toda teoria social realista, assim como toda teoria que se repute científica (no que toca à sua projeção mais realista em matéria de direitos fundamentais) encontrar-se-á necessariamente dentro do próprio pluralismo. Ao concluir, afirma que a teoria pluralista se converte em princípio no grande denominador comum sobre o qual é fixado o arquétipo constitucional de quaisquer modelos ocidentais baseados no valor liberdade³⁴⁵.

Já Günter Teubner considera que, diante do pluralismo jurídico identificável na existência de inúmeras autorregulações, criadas a partir do reconhecimento da autonomia dos cidadãos, vem sendo atribuído à Constituição política o *status* de um *primus inter pares*, o

³⁴² HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Trad. de Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 103.

³⁴³ “La ‘sociedade abierta de intérpretes constitucionales’ significa que tanto el ámbito de lo público como la opinión pública y la totalidad de las teorías pluralistas existentes en su seno actúan como intereses de direccionamiento epistemológico en el ámbito de todo un desarrollo progresivo propio de una Constitución ‘polifacética’ ya de por sí”. Ibid, p. 112.

³⁴⁴ “Nos referimos aquí al llamado pluralismo ‘positivado’, un tipo de pluralismo que aparece en el seno de una doctrina constitucionalista pluralista sobre todo en su proyección sobre la norma fundamental, es decir, en toda interpretación, exégesis y política constitucionales hechas de forma pluralista, o sea, a aquel que siempre podrá considerarse propio de un tipo de ‘normas o disposiciones constitucionales de libertad’ bajo una pluralidad de perspectivas”. Ibid, p. 107.

³⁴⁵ Ibid, p. 109 e 112.

que significa que o Direito Constitucional tem exercido a função de estabilizar essas diferentes ordens, ao modelar as específicas constituições e assegurar a justiça das peculiaridades presentes em cada uma³⁴⁶.

Assim, teria o Estado a função de se concentrar no seu papel político, a fim de especificar modelos constitucionais para as diferentes subáreas sociais, com o escopo de promover uma estreita cooperação entre suas instituições e os demais atores sociais, a fim de manter sob controle a tendência centrífuga da diferenciação funcional³⁴⁷.

A partir da contribuição de ambos os autores, pode-se afirmar que a Constituição tem a função de estabilizar: 1) as diferentes ordens jurídicas presentes no seio de uma determinada sociedade; 2) o pluralismo de valores existentes no interior da própria Constituição, bem como em todo o ordenamento jurídico estatal. Nesses casos, a harmonia será alcançada a partir daqueles valores considerados irrenunciáveis e que devem nortear a interpretação de todo o sistema jurídico.

No âmbito da Constituição Federal brasileira de 1988, que pertence à tradição desses modelos ocidentais, é possível identificar o pluralismo como um valor jurídico no seu próprio preâmbulo, quando se afirma que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos³⁴⁸. Em seguida, o inciso V do art. 1º faz referência expressa ao pluralismo político como fundamento da República Federativa. O objetivo de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito e discriminação, ou

³⁴⁶ Segundo o referido autor, “*Verfassungspolitik und Verfassungsrecht spielen sich danach nicht nur in den staatlichen Institutionen ab, sondern überall in der Gesellschaft. Nicht nur ‘Ubi societas, ibi ius’, sondern ‘Ubi societas, ibi constitutio’*”. “A política constitucional e o Direito Constitucional atuam não somente por intermédio das instituições estatais, mas em todo lugar na sociedade. Não apenas ‘*Ubi societas, ibi ius*’, mas ‘*Ubi societas, ibi constitutio*’”. TEUBNER, Gunter. **Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung**. Berlin: Surkamp Verlag, 2012, p. 63.

³⁴⁷ Para Teubner, portanto, “Às instituições políticas do Estado nacional é atribuída a tarefa de integrar subsistemas conflitantes, contudo não através da realização de julgamentos de mérito coletivos e obrigatórios, mas promovendo uma coordenação e cooperação entre organizações sociais e políticas”. Tradução nossa. No original: “*Den politischen Institutionen des Nationalstaats wird die Aufgabe der Integration konfligierender Subsysteme zugewiesen, jedoch nicht dadurch, dass sie kollektiv-verbindliche Sachentscheidungen treffen, sondern dadurch, dass sie Kooperation gesellschaftlicher und politischer Organisationen koordinieren*”. Ibid, p. 69.

³⁴⁸ “**PREÂMBULO**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

seja, respeitando as diferenças, pode ser identificado tanto no inciso IV do art. 3º³⁴⁹, quanto no *caput* do art. 5º.³⁵⁰ Ademais, como foi visto anteriormente, o artigo 216-A da Constituição Federal reconhece a diversidade das expressões culturais como princípio do Sistema Nacional de Cultura. Todos esses dispositivos refletem a realidade de um país multicultural.

Não obstante o pluralismo presente no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso reconhecer a existência de conteúdos irrenunciáveis, cujo consenso na sociedade resultou em sua positivação constitucional. Esse diploma deve desempenhar, na linha do que afirmaram Teubner e Härberle, o papel de coordenar os diferentes valores e ordens normativas, com base nos conteúdos nele consagrados.

Não se pretende, aqui, realizar uma análise exaustiva desses conteúdos. Para os fins da presente tese, importa destacar dentre os valores irrenunciáveis: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Defende-se que tais princípios devem pautar a interpretação de todas as normas do Direito brasileiro, por se tratar de objetivos fundamentais da República brasileira. Nos capítulos seguintes, buscar-se-á demonstrar como essa afirmação promove importantes modificações na interpretação de institutos tradicionais do Direito Privado.

Propugna-se, também, pela concretização da noção de pluralismo jurídico como instrumento capaz de oferecer voz aos excluídos, em especial às populações integrantes das sociedades de capitalismo periférico, na direção da construção de um novo paradigma para as ciências sociais, com importantes reflexos no que tange ao Direito, pautado pela ética da alteridade e pela responsabilidade pelo outro, em suas peculiaridades e diferenças.

Na linha de pensamento desenvolvida por Wolkmer, também se defende que o pluralismo jurídico, como novo referencial político e jurídico, deve estar comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos, com a satisfação de necessidades humanas essenciais,

³⁴⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

³⁵⁰ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário, bem como com a materialização de uma ética concreta da alteridade³⁵¹.

No âmbito específico do Direito Privado, Hanoch Dagan sugere uma virada pluralista, em razão da insuficiência das teorias monistas para descrever adequadamente seus complexos institutos, assim como para abranger a complexidade das relações humanas³⁵². O monismo pressupõe a existência de um princípio regulador para as variadas doutrinas desse complexo sistema. O autor ressalta que essa concepção do Direito Privado tende a definir categorias bastante estreitas, cada uma capaz de abranger poucas situações humanas, governadas por um distinto conjunto de regras. Ademais, o denominador comum das mais diversas doutrinas legais abrangidas pelas categorias jurídicas atacadas – tais como imóveis, contratos, responsabilidade civil, dentre outros – é tão limitado que dificilmente poderia iluminar as doutrinas existentes ou ser determinante o suficiente para fornecer orientação significativa quanto à sua avaliação ou seu desenvolvimento³⁵³.

Por essa razão, Hanoch Dagan afirma que se deve resistir ao poder atrativo do monismo e defende que as teorias devem levar a sério o pluralismo estrutural existente no Direito Privado, de modo a celebrar – ao invés de suprimir ou marginalizar – as múltiplas formas nele tipificadas. Compreende o Direito como um reflexo da vida humana, repleta de valores concorrentes que não podem ser reconciliados, bem como de desejos legítimos que não podem ser verdadeiramente satisfeitos. Ressalta, contudo, que o pluralismo do Direito Privado não deve ser confundido com neutralidade axiológica. Se, por um lado, é preciso ter cuidado para não impor uma concepção específica da boa vida na cidadania; por outro, faz-se necessário reconhecer que o Direito Privado apresenta e facilita diversas formas de interação e desenvolvimento humanos, por intermédio de um conjunto de valores que podem ser promovidos com base suas regras constitutivas³⁵⁴. Assim, o que parece ser uma confusão

³⁵¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 233-234.

³⁵² “*But monist theories can hardly account for the vast heterogeneity of our private law doctrines. Private law tends to set up rather narrow categories, each covering only relatively few human situations and governed by a distinct set of rules expressing differing underlying normative commitments*”. “Mas as teorias monistas dificilmente podem explicar a vasta heterogeneidade das nossas doutrinas de Direito Privado. O Direito Privado tende a definir-se em categorias estreitas, cada uma cobrindo apenas relativamente poucas situações humanas e regido por um conjunto distinto de regras que expressam diferentes compromissos normativos subjacentes”. Tradução nossa. DAGAN, Hanoch. **Pluralism and Perfectionism in Private Law**. In: Columbia Law Review. Vol. 112, 2012, p. 1411.

³⁵³ Ibid, p. 1409-1411.

³⁵⁴ Ibid, p. 1412.

aleatória de um ponto de vista monista acaba por ser compreendida como um rico mosaico, uma vez que é utilizada a perspectiva pluralista estrutural³⁵⁵.

O pluralismo estrutural busca reconhecer a profunda heterogeneidade do Direito Privado, tendo em vista que suas diferentes partes (ou, melhor, as suas distintas disciplinas) consagram ou reivindicam distintos valores ou equilíbrios entre os valores contraditórios. Ademais, o monismo, ao reduzir a pluralidade de normas a um único padrão, imposto aos seres humanos como obrigatório, constitui um ato de violência em relação à autocompreensão, por meio da qual os seres humanos dão sentido às suas atitudes, emoções e concepções³⁵⁶. Um exemplo evidente dessa violência decorrente da padronização consiste no reconhecimento dos casais heterossexuais como padrão exclusivo de família, pensamento esse que dominou o Direito Privado nos últimos séculos, cujo entendimento vem sendo alterado recentemente.

Como ressalta Elizabeth Anderson, o pluralismo de valores é convincente porque tanto as experiências avaliativas dos seres humanos, como seus julgamentos com base nelas são profundamente pluralistas³⁵⁷. As pessoas vivenciam o mundo por meio de valores bastante diferentes. O pluralismo permite um julgamento comparativo, ao considerar essa diversidade e as múltiplas soluções possíveis, enquanto que o monismo possui um defeito inerente, em razão de não considerar a evidente variedade de atitudes valorativas humanas³⁵⁸.

Hanoch Dagan propõe um pluralismo de valores fundado na ideia de autonomia, entendida não apenas como apropriada habilidade mental e independência, mas também por meio da disponibilização a todos de um adequado leque de possibilidades. Para tanto, baseia-se nas ideias de Joseph Raz, segundo o qual é preciso se disponibilizar muitas opções valiosas e significativamente diferentes para que a autonomia seja efetiva. De acordo com esse autor, as “condições para a autonomia” são bastante complexas e consistem em três componentes distintos: habilidades mentais apropriadas, uma variedade de opções e independência³⁵⁹.

³⁵⁵ DAGAN, Hanoch. **Pluralism and Perfectionism in Private Law**. In: Columbia Law Review. Vol. 112, 2012, p. 1413.

³⁵⁶ Ibid., p. 1422.

³⁵⁷ “*To adopt a monistic theory of value as our self-understanding is to hopelessly impoverish our responsive capacities of a monolithic ‘pro’ or ‘con’ attitude or to mere desire and aversion*”. Adotar uma teoria monista de valor como nossa autocompreensão é empobrecer irremediavelmente as nossas capacidades de resposta através de uma atitude monolítica ‘pro’ ou ‘contra’ ou ao mero desejo ou aversão”. Tradução nossa. ANDERSON, Elisabeth. **Value in ethics and economics**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1993, p. 05.

³⁵⁸ Ibid, p. 05-16.

³⁵⁹ E complementa: “*All three conditions, mental abilities, adequacy of options and independence admit of degree. Autonomy in both its primary and secondary senses is a matter of degree. One’s life may be more or less autonomous*”. “Todas as três condições, habilidades mentais, a adequação de opções e independência admitem grau. Autonomia em ambos os sentidos, primários e secundários, é uma questão de grau. Uma vida pode ser

Trata-se de um pluralismo que recruta outros valores e se apoia na fratura do domínio jurídico, de modo a promovê-los corretamente como meios voltados a facilitar a capacidade das pessoas para se tornarem autoras de suas próprias vidas. Esse pluralismo baseado na autonomia deve levar a sério a obrigação do Estado de fornecer um conjunto suficientemente diversificado de quadros jurídicos robustos para as pessoas poderem organizar e escolher seus próprios destinos. Deve-se portanto, oferecer a todos múltiplas e diferenciadas possibilidades, mediante o reconhecimento de um conjunto mínimo de valores³⁶⁰.

Dessa forma, a preocupação com as noções de liberdade e de equilíbrio contratual desenvolvidas pelo monismo torna-se insuficiente, uma vez que a promoção da autonomia exige do Estado uma postura ativa, no sentido de facilitar o acesso a opções valiosas e de coibir comportamentos abusivos.

Ademais, afirma Dagan que em um Direito Privado pluralista deve ser permitida às partes, dentro de certas limitações, a possibilidade de celebrarem acordos privados que alteram as regras da instituição pertinente, caso assim desejem, adaptando as suas disposições em conformidade com as necessidades e circunstâncias, a partir das quais eles optam por criar a disciplina para suas relações interpessoais³⁶¹.

Na presente tese, defende-se um Direito plural, apto a reconhecer aos cidadãos múltiplas possibilidades de escolhas, voltadas para a realização pessoal, de modo a possibilitar que todos possam organizar as próprias vidas de acordo com seus valores, respeitando-se, portanto, a autonomia dos sujeitos e desde que estejam em consonância com os direitos dos demais membros da sociedade.

Desse modo, será possível desenvolver uma ética pautada na alteridade, na responsabilidade, no respeito às diferenças e na concepção de que o outro é condição essencial para a formação da personalidade de cada ser humano. Somente assim, o Direito poderá estar em consonância com a atual realidade social, multicultural, composta pelos mais diversos grupos, que buscam seu adequado reconhecimento. Perceber o pluralismo de valores no interior do Direito estatal e nas diferentes ordens jurídicas é a forma mais apropriada de respeito à alteridade inerente a todo ser humano. Acredita-se que, a partir dessa compreensão, será possível construir uma sociedade mais livre, justa, e, principalmente, solidária.

mais ou menos autônoma” Tradução nossa. RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 372 e 373.

³⁶⁰ DAGAN, Hanoch. **Pluralism and Perfectionism in Private Law**. In: Columbia Law Review. Vol. 112, 2012, p. 1423-1424 e 1431.

³⁶¹ Ibid, p. 1436.

3.5 A SOLIDARIEDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU PAPEL NA CONTEMPORANEIDADE

O vocábulo solidariedade tem sua origem em um termo latino bem delimitado: *in solidum*, utilizado pelos juristas romanos para se referir à obrigação solidária, ou seja, àquela na qual se pode cobrar de qualquer dos devedores o pagamento da dívida em sua integralidade³⁶². Esse era o sentido previsto em vários livros do Digesto.

O estoicismo e o cristianismo primitivo ofereceram também uma importante contribuição para o desenvolvimento da noção de solidariedade. Ambos se expandiram em torno do mediterrâneo após as conquistas de Alexandre, e difundiram uma visão imperialista de mundo, de Estado com pretensão universal, que buscava unificar – pelo Direito e pelas guerras – a diversidade de culturas. Com o cristianismo, defende-se que a espécie humana é igualitária, o que fundamenta uma solidariedade que supera hierarquias³⁶³. Dentre os estoicos, destaca-se Proclus, autor de uma imagem cosmológica da solidariedade e que sugere a existência de uma comunhão universal entre tudo o que existe. Estoicos e cristãos contribuíram, portanto, para que se superasse o universo hierarquizado de Platão e Aristóteles³⁶⁴, o que colaborou para a difusão da ideia de solidariedade.

Somente no século XIX, esse conceito, presente desde a antiguidade, ingressa na literatura social como elemento central, que deveria servir de base para a reforma da sociedade. O discurso solidarista foi forjado a partir da crise do modelo liberal, causado pelas transformações econômicas e sociais surgidas a partir da segunda metade do século XIX, quando se percebeu que o mercado era incapaz de garantir o equilíbrio do sistema social.

Pierre Leroux é considerado o primeiro autor a transferir o uso da expressão do Direito para o âmbito ético e político. Sua proposta consistiu em substituir a caridade cristã – considerada demasiado aleatória para que pudesse servir de base para a liberação da sociedade – assim como a fraternidade – entendida como demasiado sentimental³⁶⁵ –, pela expressão solidariedade, a fim de oferecer um caráter laico ao seu conteúdo. Defendeu que o sentido da expressão é capaz de complementar o conteúdo da liberdade e da igualdade e, assim,

³⁶² FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

³⁶³ Segundo Duvignaud, o Cristianismo funda, por meio da comunhão entre os vivos e os mortos, entre o ser humano e Deus, uma solidariedade do invisível, pois o objeto da prática mística é reenviado para o interior do corpo, para o invisível e secreto. In: DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade: Laços de sangue, laços de razão**. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 21.

³⁶⁴ Ibid, p. 14-16.

³⁶⁵ LOSANO, Mario G. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 19.

promover um equilíbrio entre os extremos do individualismo e do comunismo, ambos por ele criticados. A partir de então, a solidariedade passa a ser compreendida como um dever ético e político de assistência e interdependência entre membros de uma determinada sociedade³⁶⁶.

Vale ressaltar, entretanto, que muitos séculos antes, o autor árabe Ibn Khaldun utilizou a palavra *Asabiyyah* com o mesmo sentido de solidariedade social, em sua obra *Introdução à História Universal*, o que revela não ser completamente novo o sentido dado pelos franceses e de não ser a acepção romana a única existente. O referido historiador a define como o vínculo fundamental da sociedade humana e a força motriz básica da sociedade³⁶⁷.

Émile Durkheim levou a noção de solidariedade para o âmbito sociológico, no qual defendeu a tese de que esta seria um fato objetivo e científico, que deveria substituir a fraternidade. Haveria, portanto, um laço natural de solidariedade entre os indivíduos; e o estudo das suas causas, condições e limites é que daria a medida dos direitos e deveres de cada um. O referido sociólogo procurou se afastar das correntes liberais e também das coletivistas, e buscou um meio termo entre elas, tentando conciliar indivíduo e sociedade³⁶⁸.

Em sua obra “Da divisão do Trabalho Social”, estabelece uma articulação entre as noções de solidariedade e de consciência coletiva. Essa última expressão é utilizada para designar o conjunto de crenças e sentimentos comuns, que se encontraria difuso em toda a sociedade. Compreende, a partir de tais conceitos, que as regras morais enunciam as condições fundamentais da solidariedade social e, por isso, seria moral tudo aquilo que seja fonte de solidariedade, que força o homem a contar com outrem. A sociedade, portanto, não seria um acontecimento estranho à moral, mas sua condição necessária³⁶⁹.

Durkheim ressalta, contudo, que a solidariedade é apenas uma das várias condições de existência da sociedade. Nela inserido, o sujeito torna-se consciente do seu estado de dependência por meio da divisão do trabalho que possui, portanto, um valor moral. Em razão de a divisão do trabalho ser a fonte eminente da solidariedade social, esta se torna a base da ordem moral³⁷⁰. E o Direito é compreendido como o fato externo que simboliza e torna visível

³⁶⁶ SORTO, Fredys Orlando. **La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho**: La conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 101.

³⁶⁷ Ibid, p. 101-102.

³⁶⁸ Nesse sentido: FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 213-214.

³⁶⁹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 420.

³⁷⁰ Ibid, p.421 e 423.

o fenômeno da solidariedade social, razão pela qual acredita ser possível encontrar todas as variedades essenciais de solidariedade no Direito³⁷¹.

Durkheim concorda com Augusto Comte quando este afirma que o valor da divisão do trabalho não se limita ao aspecto econômico – ou seja, às trocas de produtos e serviços –, pois considera aquele fenômeno a condição mais essencial da vida social, capaz de estabelecer uma ordem social e moral, cujo efeito mais notável consiste em tornar as funções solidárias³⁷². A partir de tais ideias, entende Durkheim ser possível estabelecer tal ordem, tendo como base a divisão do trabalho.

No final do século XIX, Léon Bourgeois, fundador do solidarismo francês, procurou ampliar a noção de solidariedade – que até então possuía um sentido horizontal, relacionado ao vínculo entre certas pessoas em determinado momento histórico –, complementando-a com a ideia de transversalidade, vinculada à inter-relação entre passado e futuro, que conecta distintas gerações.

Bourgeois a transforma em um direito juridicamente exigível. Para tanto, parte da constatação da existência de uma solidariedade de fato, sobre a qual se origina a solidariedade dever. Cada pessoa deve aos antepassados a maior parte do que possui. Dessa forma, aquele que conseguiu acumular bens graças ao contexto social, deve ajudar quem não teve a mesma sorte. O seu fundamento não estaria em um imperativo moral, mas teria uma obrigação jurídica como alicerce, baseado na ideia de um quase-contrato³⁷³.

Em seguida surge Duguit que, influenciado por Durkheim, utiliza essa mesma noção para construir sua teoria do Direito, a partir da constatação de que a sociedade subsiste apenas graças aos laços de solidariedade que vinculam entre si os indivíduos que a compõe, razão pela qual afirmava se tratar de elemento presente em toda sociedade. Para o autor, tal fato faz originar uma regra de conduta, por força mesmo das coisas: não fazer nada que cause prejuízo à solidariedade social em qualquer dos seus aspectos e fazer tudo que, por sua natureza, for necessário para realizar e desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica. Desse modo, todo o direito objetivo poderia ser condensado nessa fórmula³⁷⁴.

Toda regra de conduta existente entre seres humanos que vivem em sociedade exige cooperação voltada à solidariedade. Duguit procura, portanto, apreender a experiência jurídica através de uma visão objetivista e realista. O direito objetivo impõe-se aos homens pela força

³⁷¹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 31 e 32.

³⁷² Ibid, p. 27.

³⁷³ LOSANO, Mario G. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 23.

³⁷⁴ DUGUIT, Léon. **Manual de derecho constitucional**. Granada: Editorial Colmares, S.L., 2005, p. 09.

dos fatos e não em virtude de um princípio superior de bem³⁷⁵. Segundo o referido jurista francês, o direito é um produto social, ou até mesmo a própria sociedade.

Duguit entende a liberdade não como uma prerrogativa inerente à pessoa em virtude de sua condição humana, mas como um direito, em razão de a pessoa ter o dever de facilitar o maior desenvolvimento possível da sua atividade individual, toda vez que esta for essencial à solidariedade pela divisão do trabalho. Toda atividade individual deve estar consagrada à realização da solidariedade social. A liberdade consiste no livre cumprimento do dever social³⁷⁶. Dessa forma, Duguit estabelece um vínculo entre solidariedade e a liberdade, em razão de compreender o ser humano não apenas como uma pessoa autônoma, mas como um ser social, no que decorre não somente por conta da sua natureza social, mas também da norma de direito objetivo que impõe a colaboração, tendo em vista a solidariedade social.

Ademais, o referido autor acredita que por meio da ideia de fim, o Direito é legitimado não em razão da sua origem, mas do seu conteúdo, de sua destinação e do objetivo de assegurar o funcionamento do sistema social. Por intermédio dessa noção de fim, surgiria uma obrigação positiva para a sociedade, o Direito e o Estado: a promoção da solidariedade social³⁷⁷. No Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária foi expressamente reconhecida com um dos objetivos fundamentais da República, ou seja, a noção de fim foi trazida para o âmbito do Direito positivo, o que legitima de modo ainda mais contundente a busca pela realização desse conteúdo.

Em razão de o ser humano ter o dever de preencher uma função social, Duguit defende que o sistema jurídico é posto com base na função social. Desse modo, desenvolve uma análise funcionalista do Direito, com o intuito de questionar a base do sistema tradicional individualista do Direito Civil. Constata que o individualismo do Direito Civil não poderia mais dar conta das complicações surgidas nas relações sociais com a divisão do trabalho social.

A crítica ao individualismo é apresentada como um contraponto à visão tradicional que não concebe o direito como uma relação social, mas como uma situação jurídica, ou seja, um simples querer consciente do sujeito. Duguit vê o ser humano isolado como pura abstração, sem qualquer vínculo com a realidade e o compreende como um ser social

³⁷⁵ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 223.

³⁷⁶ DUGUIT, Léon. **Manual de derecho constitucional**. Granada: Editorial Colmares, S.L., 2005, p. 11.

³⁷⁷ Nesse sentido: FARIAS, op. cit, p. 229-230.

enquadrado em grupos sociais³⁷⁸. O Direito, como relação social, exigiria uma função relacional do fato social.

Outro importante membro do chamado “objetivismo” foi Maurice Hauriou, que condenava a ideia de Durkheim relativa à existência de uma consciência coletiva que transcende as consciências individuais, assim como o caráter substancial, ontológico de um super eu social que eliminaria as divergências parciais³⁷⁹.

Em sua obra “Les Précis de droit publique”, Hauriou busca opor ao Estado liberal ou totalitário os direitos dos grupos. Acredita ser necessário buscar um equilíbrio entre a ordem, o poder e a liberdade. Para tanto, defende ser as crenças políticas mais importantes que as formas das instituições sociais, pois nenhuma instituição é capaz, por si só, de realizar o equilíbrio entre esses três elementos³⁸⁰.

A doutrina solidarista representou uma tentativa de superação da polarização existente entre dois sistemas rivais: o liberalismo e o marxismo³⁸¹. O discurso solidarista não considerava a intervenção do Estado e a autonomização da sociedade como eventos contraditórios, mas como tendências que caminhavam juntas³⁸².

Determinante para a formação do chamado direito de solidariedade foi a noção de justiça social, que se constituiu num momento histórico e numa conjuntura epistemológica em que se buscava conciliar a liberdade individual e o bem-estar social. A ideia de justiça social consolida-se teoricamente entre o final do século XIX e início do século XX na Europa, a partir das organizações sindicais.

Nesse contexto, a individualidade era compreendida em sua vinculação com a vida social, com o outro, ou seja, com a coletividade. Estabelecia-se uma relação entre o anseio por liberdade individual e a aspiração por igualdade social, em que se defendia a impossibilidade de existência de uma sem a outra, assim como se afastava também qualquer tentativa de redução de uma à outra³⁸³.

Ademais, propunha-se que os sujeitos deixassem de ser considerados como seres passivos e fossem tratados como pessoas ativas no espaço social, caracterizado pela

³⁷⁸ DUGUIT, Léon. **Manual de derecho constitucional**. Granada: Editorial Colmares, S.L., 2005, p. 04-05.

³⁷⁹ Nesse sentido: DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 159.

³⁸⁰ HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Traducción, Estudio preliminar, Notas y Adyociones: Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, S.L., 2003, Prólogo, p. XXXIX e XL.

³⁸¹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 193.

³⁸² Ibid, p. 04.

³⁸³ Ibid., p. 62.

complexidade, pela conflituosidade e pelo caráter relacional. Essa conflituosidade não ocorreria apenas no âmbito dos fatos, mas também no âmbito dos valores. A justiça social busca harmonizar conflitos e contradições, a fim de encontrar um equilíbrio, capaz de oferecer soluções sem fazer desaparecer completamente as contradições. As soluções são, portanto, provisórias e novos conflitos surgirão.

Segundo Mario G. Losano, a solidariedade pode apresentar-se como um fenômeno facultativo ou normativo. No primeiro caso, aconselha que os mais afortunados socialmente auxiliem os menos afortunados. Essa visão é o fundamento da caridade cristã. Como fenômeno normativo, torna-se uma exigência, capaz de estabelecer regras acerca da ajuda que deve ser prestada e, dessa forma, funda o Estado social³⁸⁴.

O vocábulo, portanto, é utilizado inicialmente no Direito com o sentido de obrigação integral. Posteriormente eleva-se a uma categoria filosófica, desenvolvendo-se também como princípio político, sociológico e econômico, retornando, atualmente, ao Direito com uma natureza multidimensional, pois se converte em direito humano e, de acordo com Fredys Sorto, remete às teorias das formas de governo de Platão³⁸⁵.

Faz-se necessário reconhecer, portanto, que essa palavra adquiriu múltiplos significados e designou experiências plurais. Ressalta Duvigneau que, apesar de ter sido inventada, a partir dela, a imagem de uma defesa dos seres humanos contra aquilo que os oprime, esta definição ainda origina conflitos, pois apela mais à luta que ao sentimento³⁸⁶.

No início do século XX, a ideia de solidariedade seguiu se desenvolvendo. De acordo com o discurso solidarista, o espaço social é o campo da solidariedade social. Esse discurso permitiu a criação de um âmbito intermediário entre as tradicionais oposições: público e privado, Estado e sociedade civil, Estado e mercado, o político e o econômico. Com isso, foi possível promover a superação dessas tradicionais dicotomias.

Por outro lado, entendeu-se que não é exclusivamente pelo Estado que se realiza a solidariedade social. É reconhecida a existência de uma pluralidade de solidariedades realizadas no espaço da sociedade civil, em que os grupos sociais são sujeitos de direito, ou seja, produtores de direitos autônomos em relação ao Estado. O direito de solidariedade é uma

³⁸⁴ LOSANO, Mario G. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 19.

³⁸⁵ SORTO, Fredys Orlando. La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho: La conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 104.

³⁸⁶ DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 10.

prática alimentada por sua própria complexidade social, o que exige uma sociedade aberta, flexível e pluralista.

Raymond Chappuis percebe a presença da solidariedade, na sociedade atual – marcada pela indiferença, solidão e egoísmo–, em situações de sofrimento, e identifica, assim, haver esperança para os despossuídos de que serão protegidos em sua dignidade³⁸⁷.

Para Axel Honneth, a solidariedade está vinculada ao terceiro dos padrões fundamentais de reconhecimento, por ele considerados essenciais à plena realização do ser humano. Trata-se da estima social, que se desenvolve a partir de um horizonte de valores partilhados intersubjetivamente, por meio dos quais se pode analisar o significado ou a contribuição das características pessoais para a vida do outro sujeito. Trata-se de um horizonte aberto e poroso³⁸⁸, em constante transformação e que admite, portanto, novas valorações.

Desse modo, a solidariedade dar-se-ia na relação interna de determinados grupos, em que as interações assumem a forma de relações solidárias, em razão de cada membro perceber que é estimado pelos demais na mesma medida. Nessa espécie de solidariedade, os sujeitos interessam-se reciprocamente pelos seus distintos modos de vida, uma vez que se estimam – ou se respeitam – de maneira simétrica. Isso significa que as capacidades e propriedades do outro são consideradas relevantes para a práxis comum³⁸⁹. Para o alcance dessa simetria, é importante que se desenvolva cada vez mais o pluralismo de valores³⁹⁰, de modo a que sejam admitidas e respeitadas as peculiaridades de cada ser humano.

Richard Rorty adota uma postura crítica em relação à explicação tradicional oferecida para justificar a existência da solidariedade. De acordo com esta concepção, haveria algo em cada ser humano, que repercute a presença dessa mesma característica em todas as

³⁸⁷“*Séduit par sa liberté, l’homme a laissé en jachère le domaine de l’esprit, se contentant d’une vie centrée sur lui-même, faite de joies faciles mais solitaires. L’indifférence, la solitude, l’égoïsme sont devenus les fruits vénéreux de cette évolution où le ‘chacun pour soi’ a progressivement évincé le besoin naturel d’échange et de partage. Malgré cette dérive de l’esprit, la solidarité humaine existe toujours. Elle se manifeste régulièrement dans les situations de détresse, et on la voit actuellement redonner espoir aux démunis, faire obstacle à la misère, s’opposer à l’abaissement de la dignité imposé par la guerre*”. Tradução nossa: “Seduzido por sua liberdade, o homem deixou de cultivar o domínio do espírito, contentando-se com uma vida centrada em si mesmo, calcada em fáceis alegrias, mas solitária. A indiferença, a solidão, o egoísmo se tornaram os frutos venenosos dessa evolução, onde o ‘cada um por si’ tem progressivamente eliminado a necessidade natural de troca e partilha. Apesar desta deriva do espírito, a solidariedade humana ainda existe. Ela se manifesta regularmente nas situações de sofrimento, e a vemos atualmente o retornar da esperança para os despossuídos, que impedem a miséria, opondo-se à degradação da dignidade impostas pela guerra”. CHAPPUIS, Raymond. **La solidarité: L’éthique des relations humaines**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 17.

³⁸⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 199 e 200.

³⁸⁹ “‘simétrico’ significa que todo sujeito recebe a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade”. Ibid., p. 209-211.

³⁹⁰ Ibid, p. 200.

demais pessoas. Rorty nega a existência de uma essência, ou de algo inerente à natureza humana. Entende que as crenças que regulam as ações humanas se originam de circunstâncias históricas contingentes³⁹¹ e afirma que foi assim, portanto, que se desenvolveu a ideia de solidariedade.

Em seguida, defende que o sentimento de solidariedade máxima é atingido quando há uma identificação com o sujeito com quem se solidariza. Essa ideia de pertencimento possuiria, contudo, um sentido mais restrito e mais local do que teria a noção de raça humana, compreendida por ele como excessivamente abstrata. Considera a explicação segundo a qual o outro sujeito também é um ser humano um motivo pouco convincente para um ato generoso³⁹².

Para o referido autor, a solidariedade está relacionada a semelhanças e dessemelhanças que impactam os seres humanos. O autor reconhece que há um progresso moral e este se dá em direção a uma maior solidariedade humana. Defende, entretanto, que essa noção não é vista como reconhecimento de um eu nuclear (uma essência), mas sim como a capacidade de considerar sem importância um número cada vez maior de diferenças tradicionais, quando comparadas às semelhanças concernentes à dor e à humilhação³⁹³. Isso significa pensar em pessoas extremamente diferentes como incluídas na categoria “nós”³⁹⁴.

A ideia de considerar sem importância muitas diferenças pode ser útil para reduzir preconceitos, afinal a origem, a cor, o sexo, a opção sexual e muitos outros fatores que dão vazão a comportamentos discriminatórios podem passar a ser tratados como características desimportantes e, portanto, não representarão empecilhos para a prática de atos solidários.

A dor e a humilhação sofridas pelas vítimas são fatores determinantes, desde que a elas sejam dadas voz e participação social, a fim de que possam atuar na construção de soluções voltadas para eliminar situações de opressão social. Não obstante sua relevância, tais critérios são insuficientes para o desenvolvimento de uma plena solidariedade, tendo em vista

³⁹¹ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 312.

³⁹² Ibid, p. 314-315.

³⁹³ Para Rorty, a comiseração pela dor e o remorso pela crueldade desempenharam um papel histórico bem mais importante para o progresso moral do que a ideia de pura racionalidade. O autor critica Kant por ter contribuído para dificultar a percepção, no âmbito da filosofia moral, relativa à importância das descrições empíricas pormenorizadas. Afirma que Kant buscou contribuir para o desenvolvimento da democracia e para a criação de uma consciência política cosmopolita, mas acreditou que o caminho estava na racionalidade e na obrigação moral e não na comiseração pela dor e no remorso pela crueldade. O autor termina por defender que a razão – enquanto ideia de componente humano central e universal que constitui a fonte das obrigações morais – pode e deve ser dispensada nesse momento. Ibid., p. 317.

³⁹⁴ Ibid, p. 322.

ser necessário considerar o outro não apenas como um ser pertencente ao grupo social (ao “nós”), mas como condição de existência do próprio sujeito.

Por outro lado, essa ideia de pertencimento deve vir também acompanhada da percepção de que as diferenças enriquecem o mundo com diferentes perspectivas e oferecem também a possibilidade de cada sujeito refletir, a partir do outro, acerca da possibilidade de mudar seus valores e visões de mundo. É reconhecida aqui, portanto, a importância da contribuição oferecida por Rorty, mas essa é considerada insuficiente para o desenvolvimento de uma solidariedade social adequada ao atual momento histórico.

Segundo Duvigneau, o aparecimento de uma nova forma de economia e o crescimento industrial deram origem a agrupamentos nunca antes vistos e a novas formas de solidariedade³⁹⁵. Por essa razão, não se pode mais compreender a vida social como uma totalidade coerente, a exemplo do que era aceito na antiguidade. Há uma pluralidade de formas de vida que afeta a todos os seres humanos, uma vez que eles se encontram, confronta-se, aliam-se ou se acomodam no interior da sociedade, de modo que as hierarquias sociais já não capazes de conter essa efervescência. A atual competição não oferece a nenhum grupo a proeminência moral ou política. Diante desse quadro, o referido autor imagina uma democracia em que o Estado não seria mais que um árbitro entre uma multiplicidade de grupos, gozando todos do mesmo direito. Ela seria fundada no reconhecimento da pluralidade de solidariedades em confronto, divergentes ou associadas, pois só a pluralidade admitida de solidariedades diversas poderia inventar novos valores³⁹⁶.

O referido autor sugere que sejam alargados os direitos individuais em direção aos direitos sociais, que se permita a real participação dos grupos em sua própria construção e autogestão e que a função de integração desses microcosmos seja atribuída a conjuntos mais vastos do que a capacidade econômica, técnica e política de partilha de bens coletivos, numa igualdade que prevaleça sobre a autoridade³⁹⁷. Tais propostas atendem ao quanto defendido

³⁹⁵ Dentre esses agrupamentos, destacam-se os sindicatos. Em relação a esse tipo de organização, foi criado, na década de 1980, na Polônia, por Lech Walesa, o Sindicato Livre Solidariedade, que defendeu a solidariedade como valor ético do trabalho e exerceu forte influência sobre a Europa e o mundo da época. Por sua atuação, Lech Walesa foi premiado com o Nobel da Paz em 1983. Acerca da formação do sindicato, afirmou Walesa em sua autobiografia: “Em breve, tomou corpo a ideia de um movimento sindical independente, tendo por missão a defesa real dos direitos dos trabalhadores. Tomou corpo, igualmente, a ideia e até mesmo a perspectiva, de várias outras organizações de tipo social ou político. O imperativo categórico da liberdade de expressão e de opinião, corolário direito dos acordos de Helsinki, não pôde ser dissociado do resto. Sem essas liberdades, toda nossa vida parecia privada de qualquer sentido possível”. WALESA, Lech. **Um caminho de esperança**: uma autobiografia. São Paulo: Editora Best Seller, 1987, p. 135

³⁹⁶ DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 197 a 199.

³⁹⁷ Ibid, p. 198.

na presente tese, especialmente diante a noção de pluralismo jurídico anteriormente exposta³⁹⁸.

Stefano Rodotà ressalta que houve uma nítida mudança no conteúdo da solidariedade, por meio da qual deixou de ser compreendida como um mero dever moral e passou a ter um conteúdo jurídico. Para o referido autor, a partir do conteúdo do princípio de solidariedade emerge com clareza a noção de dignidade da pessoa³⁹⁹. Por essa razão, entende ser plausível a conclusão segundo a qual somente com a presença efetiva da solidariedade é possível continuar a definir um sistema político como democrático⁴⁰⁰.

José de Castro Farias considera o direito de solidariedade um paradigma jurídico, um tipo específico de racionalidade jurídica, uma forma *sui generis* de *epistème* (ciência, saber) sobre o Direito. Entende que essa concepção provocou uma descontinuidade entre o Direito clássico e o moderno, e, por isso, não pode ser reduzida a nenhum dos dois, uma vez que se trata de uma positividade mais complexa, mais flexível, dotada de maior mobilidade e que busca garantir uma maior governabilidade para a sociedade contemporânea. Nesse sentido, define o direito de solidariedade como “um conjunto de práticas jurídicas vistas como um espaço fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual se procura fazer a articulação entre o direito e o social sem nenhuma relação de causalidade ou de reflexo⁴⁰¹”.

Dessa forma, pretende superar clivagens cristalizadas no Direito, a fim de adotar uma relação de complexidade, de complementaridade e de comunicação. O discurso da solidariedade busca fazer uma articulação entre o coletivo e o individual, que tem na justiça social o parâmetro da experiência jurídica⁴⁰² e se caracteriza por repudiar o monismo ou toda forma monista do Direito e do poder.

Diante do exposto, é possível constatar que o desenvolvimento da noção de solidariedade promoveu a retomada da percepção do ser humano como ser social, ao se criticar como excessiva abstração a noção do sujeito como um ser isolado. O discurso

³⁹⁸ Item 3.4.

³⁹⁹ E complementa: “[...] *che certo non può essere associata a situazioni nelle quali la persona rimane comunque subordinata alla benevolenza altrui, confinata nella dipendenza. Scopriamo così una più lontana fondazione dei diritti sociali, ben prima della loro individuazione come categoria autonoma negli anni Cinquanta del secolo passato.*” “o que certamente não pode ser associado a situações nas quais a pessoa permanece como que sujeita à benevolência dos outros, confinada na dependência. Descobrimos assim uma origem mais longínqua dos direitos sociais, bem anterior à sua identificação como uma categoria autônoma nos anos cinquenta do século passado” Tradução nossa. In: RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà: un’utopia necessaria**. Bari: Editori Laterza, 2014, p. 17.

⁴⁰⁰ Ibid, p. 10.

⁴⁰¹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 05.

⁴⁰² Ibid, p. 281-283.

solidarista encontra-se em consonância com a ideia de alteridade e sua premissa básica de que a subjetividade se constitui a partir do outro. Da combinação de ambas as ideias, pode-se afirmar que a formação da personalidade de cada sujeito depende da participação solidária de inúmeras pessoas que o cercam e contribuem para o seu desenvolvimento ao longo de sua vida.

Nas Constituições do pós-guerra, a solidariedade adquiriu um caráter normativo, de modo que se transformou num dever jurídico e num valor que deve ser promovido pelos sujeitos sociais. As normas vinculadas a esse conteúdo costumam se caracterizar pelo um caráter aberto, flexível e por exigir do Estado uma maior participação, com o intuito de promover a plena realização de cada membro da sociedade. Trata-se de exigência vinculada não apenas à ideia de solidariedade, mas também ao pluralismo jurídico. Como foi visto anteriormente, um Direito plural exige uma maior participação do Estado e da sociedade, com o escopo de garantir a todos múltiplas possibilidades de realização dos seus objetivos.

Pluralismo jurídico, alteridade, solidariedade e flexibilidade semântico-normativa são conceitos intimamente ligados, uma vez que o respeito à diferença somente pode ser juridicamente efetivado em um ordenamento que seja: capaz de reconhecer e estimular o respeito à pluralidade de valores e culturas; apto a reconhecer as diferentes concepções de felicidade e a garantir múltiplas possibilidades de escolha ao sujeito para que alcance, de forma autônoma, sua plena realização pessoal. A flexibilidade semântico-normativa foi a solução técnico-jurídica encontrada para se garantir a adaptação do conteúdo das normas jurídicas⁴⁰³ a essa realidade multicultural e à alteridade inerente a todo ser humano. Por fim, a efetividade social de um ambiente plural pressupõe a contribuição de cada membro da sociedade para a plena realização de todos, o que exige, portanto, solidariedade entre tais sujeitos.

O reconhecimento de direitos e o respeito à cultura indígena, africana e quilombola, por exemplo, exige uma participação de todos os brasileiros, especialmente daqueles que não se identificam com tais valores. Não se quer aqui negar a importância da identificação com o outro para o surgimento do sentimento de solidariedade. as afinidades não são, todavia, suficientes, pois perceber o sofrimento daquele a quem é negado o reconhecimento e o respeito, em razão de ser diferente, constitui um momento essencial, que deve remeter cada ser humano à sua responsabilidade e estimulá-lo à prática da solidariedade, não apenas como

⁴⁰³ Esse tema será aprofundado no último capítulo da presente tese.

uma imposição exterior, mas também como uma condição essencial à autorrealização, sempre dependente da contribuição do outro.

A seguir, pretende-se analisar como o respeito à diferença e a solidariedade daí recorrente contribuem para o desenvolvimento de relações pautadas pela socialidade, capazes de superar a atual crise do Direito, em direção ao aperfeiçoamento da noção de solidariedade social.

3.6 RESPEITO À ALTERIDADE E RESPONSABILIDADE PELO OUTRO: FUNDAMENTOS ÉTICO-POLÍTICOS PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE PERMITEM A CONSTRUÇÃO DE NOVAS FORMAS DE SOCIALIDADE, A RECONSTRUÇÃO DO JURÍDICO E O DESENVOLVIMENTO DE UMA EFETIVA SOLIDARIEDADE SOCIAL

O quadro atual de crise social e ética anteriormente exposto tem propiciado certo consenso acerca da necessidade de identificar fundamentos éticos-políticos capazes de indicar caminhos para reconstrução do jurídico. Na presente tese, identifica-se a Constituição Federal como o resultado de um consenso em torno de valores fundamentais, e acredita-se que sua efetividade jurídica e social seja capaz de promover a construção de novas formas de socialidade, a reconstrução do jurídico e o desenvolvimento de uma efetiva solidariedade social.

Para tanto, faz-se necessário garantir uma maior eficácia às normas constitucionais⁴⁰⁴, especialmente no que diz respeito aos princípios e objetivos fundamentais da República, além de uma interpretação de seus dispositivos adequada às transformações sociais das últimas décadas, marcadas pela intensa luta por reconhecimento de diferentes grupos marginalizados: indígenas, quilombolas, população afrodescendente e aqueles que buscam debater questões de gênero – apenas para citar alguns.

A partir desses pressupostos, defende-se, aqui, a alteridade – enquanto compreensão, respeito e responsabilidade no que tange ao outro, em todas as suas peculiaridades e diferenças, assim como pelo meio ambiente – como requisito necessário para o desenvolvimento de uma adequada e intensa solidariedade social.

Constata-se que nesse quadro de multiculturalismo, cujo reflexo pode ser identificado no pluralismo de valores presente nos diversos sistemas jurídicos e sociais, pode-

⁴⁰⁴ No próximo capítulo, será realizado um aprofundamento do tema.

se afirmar que a imposição de uma concepção particular e única do que seria uma vida adequada (ou boa) representa uma arbitrariedade⁴⁰⁵, uma violência contra a autonomia do sujeito para escolher qual destino deseja oferecer à própria vida, desde que sua escolha não ofenda direitos dos demais membros da sociedade.

Como foi visto alhures, Durkheim entendeu que a sociedade pré-moderna se caracterizava pela “solidariedade mecânica”, que se opunha àquela denominada orgânica, identificada na sociedade dividida pelo trabalho e, assim, diferenciada conforme essas múltiplas funções. Diante dessa realidade, afirmou que o desenvolvimento da divisão do trabalho representou a fonte de uma nova espécie de moral, denominada “solidariedade social”, que, ao lado da individualidade e da liberdade, seriam meros fenômenos derivados⁴⁰⁶. Para o referido sociólogo, a moral e seus fenômenos derivados deveriam ser entendidos, diferentemente do que propôs Kant, como eventos sociais e não mais como individuais.

Na presente tese, propõe-se que a noção de solidariedade social se desenvolva a partir da ideia de alteridade, ou seja, do reconhecimento e do respeito às diferenças. Concorda-se com a afirmação de Durkheim de que a moral, a liberdade e a individualidade, em virtude de constituírem elementos culturais, são construídos social e intersubjetivamente. Percebe-se, contudo, que, na atualidade, a divisão do trabalho, por si só, não é capaz de desenvolver uma adequada concepção de solidariedade social. Dentre os diversos fatores que podem explicar essa incapacidade, destaca-se o aumento da competitividade entre os trabalhadores, voltada à garantia dos seus postos de trabalho, o que os leva a se preocupar cada vez mais com sua própria subsistência, em detrimento da construção de possíveis laços de solidariedade.

Não obstante ter sido constatada na sociedade contemporânea uma intensa interdependência econômico-social, em razão de a atividade tecnológica ter provocado uma especialização e uma divisão cada vez maior do trabalho, o que aumentou a necessidade de

⁴⁰⁵ Nesse sentido: “*Thus the dilemma for consequentialists: either there is a further standard or there is not. If there is, then a particular conception of good life cannot be ultimate and exclusive standard. If there is not, then the appeal to a particular conception of a good life for a resolving conflicts between it and other standard is bound to be arbitrary. We can thus see in yet another way that living a good life cannot be the overriding standard of evaluation, not even if we suppose it to be the overriding standard of moral evaluation*”. “Assim, o dilema para consequencialistas: ou existe um padrão ulterior ou não há. Se houver, então uma concepção particular de vida boa não pode ser padrão último e exclusivo. Se não houver, então o apelo a uma concepção particular de uma boa vida para a resolução de conflitos entre ele e outro padrão é obrigatoriamente arbitrária. Assim, podemos ver de outro modo que viver uma vida boa não pode ser o padrão primordial de avaliação, nem mesmo se supusermos que ele seja o padrão primordial de avaliação moral”. Tradução nossa. In: KEKES, John. **The morality of pluralism**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993, p. 138.

⁴⁰⁶ Nesse sentido: AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 51.

cooperação social, não se verificou que essa exigência tenha sido acompanhada do correspondente desenvolvimento de uma ética pautada na alteridade e na solidariedade. Tal fenômeno é reforçado pela prevalência do discurso individualista na sociedade contemporânea, que fixa padrões de comportamentos e exclui os sujeitos que não se enquadram no modelo de participação na formação do pensamento político dominante.

A partir da ideia de responsabilidade originária, bem delimitada por Lévinas⁴⁰⁷, surge a exigência de reconhecimento do outro enquanto vítima de um sistema ético produtor de momentos de opressão, especialmente ao se buscar padronizar os seres humanos e excluir as diferenças. Dessa percepção, desenvolve-se também a noção de solidariedade social, cujo início ocorre entre as vítimas⁴⁰⁸, que passam a interpelar os demais sujeitos em busca do reconhecimento da sua dignidade.

Nesse sentido, concorda-se com Wolkmer, quando afirma que a ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade, que se propõe a criar uma prática pedagógica libertadora, apta a emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos⁴⁰⁹. É perceptível a íntima relação entre alteridade e solidariedade, tendo em vista que a realização desse segundo valor pressupõe sempre uma relação com o outro. Não basta, entretanto, apenas se relacionar com o outro. Faz-se necessário respeitá-lo em sua diferença e percebê-la como elemento essencial para a constituição das diferentes personalidades individuais e para a plena realização pessoal de todo ser humano.

Para Valdir Ferreira de Oliveira Júnior, a solidariedade constitui a identidade e o principal fundamento do Direito no terceiro milênio, que tem na dignidade humana o valor fonte e finalidade última de sua atuação⁴¹⁰. O autor utiliza a expressão “Estado Constitucional Solidarista” para se referir ao modelo de Estado desse novo paradigma, comprometido com práticas de cidadania multidimensional e solidarista, voltadas para a concretização de direitos fundamentais e humanos, que não devem ser compreendidos de forma isolada, mas num contexto de solidariedade⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Confira item 2.4.1.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, Cf: DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.425.

⁴⁰⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 269.

⁴¹⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60 e 65.

⁴¹¹ Nesse sentido, afirma: “Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente, a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da própria condição humana (solidariedade subjetiva)”. Ibid, p. 61.

Essa valor foi positivado nas principais Constituições elaboradas ao longo do século XX. Nessa senda, pode ser citada a Constituição Suíça, que em seu preâmbulo estabelece que “O povo suíço e os cantões, (...) no empenho por reiterar a Federação, para fortalecer a liberdade e democracia, a independência e a paz em solidariedade e abertura perante o mundo, (...) dão-se a seguinte Constituição⁴¹²”. Já o artigo 2º da Constituição Italiana reconhece a solidariedade em três diferentes esferas: política, econômica e social⁴¹³.

Na Constituição Federal brasileira, conforme já registrado em diversas passagens do presente trabalho, consagram-se como objetivos fundamentais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

As previsões constitucionais referentes à necessidade de erradicação da pobreza, da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República⁴¹⁴ representam o reconhecimento pela sociedade brasileira da existência de vítimas excluídas, o que as impede de viver em plenitude e de serem respeitadas em sua dignidade. No referido texto constitucional, pode ser identificado tanto o chamado momento negativo, relativo à constatação dos efeitos prejudiciais de um determinado sistema, o que se verifica na produção de vítimas⁴¹⁵ (da pobreza, marginalização e desigualdade), quanto o momento positivo, indicativo da necessidade de adotar medidas voltadas à erradicação ou à redução de tais problemas. Por intermédio de tais dispositivos, afirma-se a necessidade de

⁴¹² Tradução nossa. No original: “*Das Schweizervolk und die Kantone, [...] im Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, [...] geben sich folgende Verfassung*”. SUÍÇA. **Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft**. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/201506140000/101.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2015.

⁴¹³ “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” ITALIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2015. Tradução nossa: “A república reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja na forma pelas quais se desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento de deveres inderogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

⁴¹⁴ art. 4º, III, da CF.

⁴¹⁵ Os brasileiros são vítimas também da evidente tensão existente entre o seu sofisticado sistema normativo e um processo legal lento, corrupto, ineficiente. Nesse sentido: “*There thus appears to be a tension between Brazil’s sophisticated and well-differentiated legal system and a legal process that is reputed to be slow, corrupt, inefficient, class-biased and anything but impartial*”. Tradução nossa: “*Parece, assim, haver uma tensão entre o sofisticado e bem diferenciado sistema legal brasileiro e o processo legal que tem a reputação de ser lento, corrupto, ineficiente, tendencioso em relação a classes e nada imparcial*”. OLSON, Greta. Towards a comparative and localized study of brazilian Law and literature. In: ARNOLD, Sonja; KOFMANN, Michael. **Direito e Literatura na Virada do Milênio**. Law and Literature at the Turn of the Milenium. Porto Alegre: Editora Dublinense, 2014, p. 24.

“reconhecimento” da dignidade do sujeito autônomo, o que transforma toda a sociedade em responsável pelo outro no sistema.

As vítimas brasileiras podem exigir solidariedade diante de sua corporalidade sofredora⁴¹⁶, pois foram atendidas no âmbito normativo com o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁴¹⁷. Esse respeito ao outro – em sua dignidade e diferença – é reforçado pelo objetivo de promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁴¹⁸.

Diante desses dispositivos, é possível identificar o respeito à diferença, à diversidade, ou seja, à alteridade dentre os objetivos fundamentais da República brasileira. Trata-se, portanto, de valores éticos, materiais, que foram democraticamente positivados no ordenamento jurídico brasileiro e exigem seu cumprimento e respeito, razão pela qual é imposta a todos a responsabilidade pelo alcance de tais objetivos. Nesse sentido, afirma Paulo Bezerra que a solidariedade pode ser compreendida como um direito fundamental, que cria deveres tanto para o Estado quanto para a sociedade civil⁴¹⁹.

A partir do reconhecimento dessa responsabilidade ética originária – que, segundo Lévinas, é anterior a qualquer decisão e decorre do fato de o sofrimento do outro constituir uma interpelação a todos, na qualidade seres humanos –, a sociedade brasileira optou por tomar o outro ao seu cuidado⁴²⁰ e por criar não apenas um programa de ação, mas também deveres jurídicos. A criação de tais programas não significa atribuir um caráter apenas programático às normas constitucionais, mas sim a possibilidade de a Constituição disciplinar diretamente determinadas situações jurídicas, consoante será demonstrado a seguir⁴²¹.

Tomando-se como premissa o fato de Constituição Federal representar um espaço de mediação ético-política da sociedade, ou seja, um “*topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico⁴²²”, defende-se, na presente tese, que a solidariedade como princípio constitucional fundamental pressupõe o respeito e o reconhecimento do outro em sua alteridade, uma vez que só se pode ser solidário em relação a outrem, respeitando suas especificidades. Assim, qualquer auxílio em que sejam

⁴¹⁶ Acerca da corporalidade sofredora das vítimas, confira itens 2.4.1. e 2.4.3.

⁴¹⁷ (CF, art. 4º, I).

⁴¹⁸ (CF, art. 4º, IV).

⁴¹⁹ Nesse sentido: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Solidariedade: um direito ou uma obrigação?. In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos. (org.). **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2012, p. 262.

⁴²⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 469-477.

⁴²¹ Vide item 4.2.

⁴²² STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.324.

desconsideradas as necessidades e interesses do outro representaria uma imposição, uma arbitrariedade que descaracterizaria o conteúdo da ideia de solidariedade. O respeito à diferença pode ser identificado tanto no *caput* quanto nos incisos do art. 5º da Constituição Federal.

O respeito à diferença, ou seja, à alteridade, é o pressuposto necessário para o desenvolvimento de uma adequada solidariedade social, uma vez que outro é percebido como condição para o desenvolvimento da personalidade. O “alter” é que permite ao outro identificar-se como tal; é a condição de existência do “eu”.

Na atual sociedade, denominada de pós-moralista por Lipovestky⁴²³, na qual as noções de dever moral e sacrifício são repelidas e é vislumbrada uma cultura de promoção dos direitos subjetivos, faz-se necessário compreender o respeito à diferença como pressuposto para o pleno desenvolvimento da personalidade de todo e qualquer sujeito, e não apenas como mera exigência imposta pelo Direito ou pela ética. A livre expressão da própria personalidade passa a ser entendida como um direito fundamental, desde que não cause danos a terceiros. A busca pela própria felicidade tornou-se um direito reconhecido a todo ser humano, exercido em conformidade com a ideia de autonomia.

A imposição a outrem de um padrão de comportamento figura-se como um sacrifício, não apenas em relação ao sujeito submetido às exigências injustificadas, que precisará reprimir determinadas características pessoais a fim de se moldar a um modelo pré-estabelecido, mas também aos opressores, que precisarão atuar como fiscais do comportamento alheio, em busca do respeito a um padrão de moralidade que entendem ser o único admissível. Ademais, configura-se também como um ato de violência, em razão de exigir uma limitação arbitrária da liberdade alheia.

Por conseguinte, a alteridade representa um pressuposto ético-político para a construção de uma sociedade solidária. O Direito deverá desempenhar um importante papel na realização de tal desiderato, diante da sua capacidade de promover uma coalizão entre as esferas pública e privada⁴²⁴.

Somente com o desenvolvimento de uma ética pautada na alteridade, fundada no respeito à autonomia e às diferenças culturais, é que se poderá promover o princípio da dignidade da pessoa humana. Para se alcançar esse escopo, há necessidade de se reconhecer a força normativa da Constituição, assim como o conteúdo normativo do Direito

⁴²³ Vide tópico 2.4.4.

⁴²⁴ Nesse sentido: SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru, SP: EDUSC, 1999, p. 164-165.

Constitucional, sob pena de reduzi-los à miserável função de justificar as relações de poder dominantes, consoante leciona Konrad Hesse⁴²⁵.

Entende-se, com Michele Carducci, ser necessário compreender o Direito constitucional como responsabilidade para com os outros, pois essa responsabilidade é parte integrante da própria definição de liberdade⁴²⁶.

Maria Celina Bodin de Moraes entende ser necessária a substituição da atual ética da autonomia ou da liberdade por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade⁴²⁷. Na presente tese, sustenta-se não uma substituição, mas que se desenvolva a percepção da solidariedade como o caminho para o desenvolvimento de uma adequada e plena liberdade. Essa ideia remonta à Grécia antiga, onde se compreendia que a liberdade se situava na esfera política e seu exercício pressupunha o atendimento das necessidades vitais, que deveriam ser compreendidas como um fenômeno pré-político. Para os Gregos, ser livre significava não estar sujeito às necessidades da vida, nem submeter ou estar submetido ao comando de outrem. Havia uma forte vinculação entre liberdade e a concepção de igualdade da época⁴²⁸.

Como foi visto anteriormente, Kant também compreendia a liberdade a partir da limitação das inclinações e desejos, de modo a se atender ao imperativo categórico de respeito ao outro e de consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ou seja, a liberdade em Kant é construída a partir do outro, no interior das relações sociais e não deve ser compreendida como total ausência de limites, que supostamente teria existido em um estado de natureza.

A noção de liberdade aqui defendida distancia-se, entretanto, daquela proposta pela metafísica kantiana, pois parte de uma concepção ética caracterizada por sua natureza material, voltada para garantir condições concretas de subsistência e participação de todos no discurso, especialmente dos membros de determinadas comunidades atualmente excluídas e silenciadas no processo comunicativo.

⁴²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11 e 15.

⁴²⁶ CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50-51.

⁴²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabela; NASCIMENTO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

⁴²⁸ “A igualdade, portanto, longe de estar ligada à justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade: ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem ser governado”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 39.

Corroborando tais ideias, é possível afirmar que, enquanto não forem atendidas as necessidades vitais da população brasileira e o mínimo existencial não for garantido a todos, não será possível haver liberdade plena. O alcance dessa finalidade depende, portanto, de uma efetiva solidariedade entre os membros da sociedade.

Dessa forma, será reconhecida dentre as principais tarefas do Estado não apenas a proteção formal e estérea da liberdade e dos direitos subjetivos, mas a principalmente a promoção de um processo de inclusão econômica e social que tem como pressuposto a participação no processo de formação da opinião pública, por parte daqueles que atualmente dele se encontram alijados, de modo a concretizar os valores liberdade, justiça e solidariedade.

Essa construção dar-se-á mediante um diálogo em que se ofereça igualdade de oportunidades e de participação nos mais diferentes setores sociais, a fim de desenvolver discursos e ações transformadoras. Segundo Hannah Arendt, a pluralidade humana representa uma condição básica para a ação e para o discurso. Essa diversidade possui o duplo e paradoxal aspecto da igualdade e da distinção⁴²⁹. Se, por outro lado, a igualdade permite que os seres humanos possam compreender uns aos outros e planejar o futuro; de outro, é por conta da diferença que surge a necessidade de ações e discursos, essenciais para que as pessoas possam se fazer compreender; do contrário, bastariam sinais e sons para que fossem comunicadas imediatamente as necessidades e carências idênticas.

Por intermédio do discurso e da ação é que os sujeitos podem distinguir a si próprios e aparecem uns para os outros não como objetos físicos, mas como humanos⁴³⁰. Nesse sentido, afirma Todorov que o diálogo, ao garantir igualdade de participação ao interlocutor, é uma forma de comunicação mais civilizada do que o sermão, em que alguém profere suas certezas e os outros se limitam a escutar⁴³¹. Ainda segundo o referido autor, todo ser humano necessita de regras e normas de conduta, de costumes e tradições, transmitidos pelos mais velhos aos mais jovens, a fim de que possa desenvolver sua humanidade. Sem esse acervo, sofreria graves perturbações⁴³².

⁴²⁹ “No homem, a alteridade, que ele partilha com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se unicidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres únicos”. In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 220.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**: para além do choque das civilizações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 35.

⁴³² Ibid, p. 39.

Diante dessa necessidade, concorda-se com Lipovetsky, quando defende a elaboração de uma ética dialogada, com sentido de responsabilidade, orientada para buscar uma justa medida entre eficácia e equidade, respeito ao indivíduo e ao bem-estar coletivo, presente e futuro, liberdade e solidariedade⁴³³.

Segundo Duvigneau, a existência de uma profusão de formas de socialidade na modernidade faz crescer as formas de solidariedade. A formação dos laços de solidariedade é um movimento incessantemente inacabado⁴³⁴. Para Lipovetsky, a opção pelo auxílio mútuo surge da necessidade de se criar novas formas de sociabilidade, diante da supressão das redes tradicionais de solidariedade, e representa uma busca por um bom convívio e por satisfação social⁴³⁵.

A partir dessa constatação, propõe-se, na presente tese, que se pense a solidariedade não como um dever externo ou uma imposição, mas como uma condição de existência do “eu”, como uma necessidade insuperável, o que estimula todo sujeito a praticá-la, ainda que seja apenas com o intuito de obter um tratamento semelhante, fundado na ideia de reciprocidade. As noções de alteridade e respeito à diferença aqui desenvolvidas adaptam-se às características identificadas por Lipovetsky para uma ética adequada à atual sociedade, marcada por uma inclinação para o que ele designou de individualismo-hedonista democrático, caracterizado por uma moral sem obrigações nem sanções, na qual se busca, portanto, a fixação de regras justas e equilibradas e que não signifiquem renúncia a si mesmo em prol do outro; almeja-se regulamentações, mas não imposições.

Segundo Fábio Konder Comparato, a solidariedade representa o “fecho de abóbada do sistema de princípios éticos”, uma vez que complementa e aperfeiçoa as noções de igualdade, liberdade e segurança⁴³⁶.

A partir desses pressupostos, a solidariedade passa a ser compreendida não mais como um sacrifício ou renúncia pessoal, mas como um instrumento de realização plena da personalidade de cada sujeito, uma vez que a formação do “eu” pressupõe o auxílio e a participação do outro (alter).

⁴³³ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, SP: Manole, 2005, Introdução, p. xxxv.

⁴³⁴ DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 201-202.

⁴³⁵ LIPOVETSKY, op.cit., p. 120.

⁴³⁶ “Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum”. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 577.

Por outro lado, contribui para delinear o conteúdo da liberdade, que só pode ser definido nas relações sociais. O respeito à autonomia do outro exige um comportamento solidário no sentido negativo, ou seja, um abster-se de interferir nas escolhas do outro em sua busca por uma vida boa ou adequada. Já a responsabilidade pelo outro exige também um atuar – ou seja, um sentido positivo para a solidariedade –, no qual se contribui para que o sujeito viva de forma plena, realizando suas potencialidades. Na certeza do auxílio mútuo, os sujeitos se sentem mais seguros para enfrentar as agruras do cotidiano. A solidariedade torna-se, assim, condição necessária para a realização da própria felicidade.

4 O PAPEL DAS NOÇÕES DE ALTERIDADE E RESPONSABILIDADE NA ÉTICA DAS RELAÇÕES PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS: DO INDIVIDUALISMO À SOLIDARIEDADE DEMOCRÁTICA

“La cultura giuridica della borghesia è la cultura del codice civile.”
Natalino Irti

O presente capítulo possui dois principais objetivos⁴³⁷: criticar a eticidade vigente e dominante no ordenamento jurídico brasileiro – em especial, no sistema de Direito Privado – e indicar a solidariedade como novo paradigma interpretativo. Assim, parte-se do pressuposto de que todo sistema, norma e instituição possuem uma eticidade dominante, não obstante convivam com valores e sistemas éticos divergentes. Admite-se, portanto, essa coexistência conflitante, em consonância com a ideia de pluralismo jurídico⁴³⁸. Em verdade, tal pluralidade é um reflexo da diversidade sociocultural presente em toda sociedade, que acaba por produzir efeitos também no âmbito das ciências em geral.

A crítica deve ser compreendida como momento negativo, em que se identifica a criação de vítimas, marginalizadas ou excluídas, por parte do sistema ético dominante. Esta se direciona à prevalência do individualismo como valor ético-jurídico do sistema de Direito Privado, e ao desequilíbrio causado pela seu predomínio, uma vez que, na busca excessiva e exclusiva pela satisfação do interesse próprio, o sujeito individualista ofende o(s) outro(s) membro(s) da relação jurídica, assim como a coletividade, sendo, com bastante frequência, protegido pela interpretação predominante na doutrina e jurisprudência no que diz respeito aos princípios ético-jurídicos.

Em verdade, o opressor torna-se tão vítima quanto o oprimido, uma vez que numa sociedade individualista, o sujeito normalmente não consegue desenvolver de forma plena suas capacidades e atingir suas metas de realização pessoal, tendo em vista depender o

⁴³⁷ Essa proposta baseia-se no pensamento de Enrique Dussel, para quem “o exercício comunitário da razão crítico-dirursiva terá duas tarefas prioritárias: a) a crítica científica da eticidade vigente (seja norma, ato, instituição ou sistema), como momento negativo ou de razão crítica des-constructiva [...] E b) a pro-jeção criativa, por meio da razão crítica utópico-constructiva (que deve se distinguir da mera razão utópica, porque todo sistema vigente pressupõe sempre uma construção utópica como por exemplo a ‘igualdade, liberdade, fraternidade da Revolução burguesa’ ou o “mercado que tende ao equilíbrio de Hayek) que é a função crítica em seu momento positivo...” DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 473. Cf. Tópico 2.4.3.

⁴³⁸ Confira tópico 3.5.

alcance de tais finalidades da solidariedade entre as pessoas, conforme foi explicitado anteriormente.

O segundo objetivo será o de projetar criativamente, por meio da chamada razão crítica utópico-construtiva, a solidariedade como paradigma interpretativo para o Direito Privado brasileiro, tendo como fundamento a norma constitucional que estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária dentre os objetivos fundamentais da República.

Almeja-se, assim, apresentar críticas e sugestões capazes de desenvolver um Direito Privado pautado pelo multiculturalismo, pelo respeito às diferenças, aos direitos dos grupos de vulneráveis – ou seja, pautado pela igualdade substancial⁴³⁹ – e voltado para a efetivação da noção de Estado Democrático de Direito.

4.1 CRÍTICA AO INDIVIDUALISMO E AOS SEUS REFLEXOS NO DIREITO

A Modernidade ofereceu ao sujeito pela primeira vez a possibilidade de construir sua própria identidade dentro de âmbitos lógicos divergentes. Essa mudança do papel humano dentro da sociedade não poderia permanecer sem consequências para a autodescrição e autorreflexão das pessoas. Submetido à forte influência/pressão da modernização, por meio do Renascimento, da Reforma e do Iluminismo, o ser humano manteve-se como uma instância moral⁴⁴⁰.

Segundo Alain Renaut, enquanto as sociedades antiga e medieval se caracterizavam pela heteronomia – ou seja, as normas e as tradições eram impostas ao indivíduo sem terem sido escolhidas por ele, como se refletissem uma lei da natureza –, a Modernidade distingue-se pela afirmação do indivíduo enquanto princípio e valor (individualismo, caso se prefira), bem como pelo desenvolvimento da democracia em decorrência da erosão da tradição. A partir daí, tornou-se inadmissível que qualquer pessoa recebesse leis oriundas de elementos

⁴³⁹ “O Direito Civil, nos dias em que se seguem, deverá apartar-se dos interesses ensejados pelas elites política e econômica que o manipulam em proveito de si próprias e primar por uma igualdade substancial, atuando como fator decisivo na distribuição horizontal da riqueza e na consolidação do pleno exercício dos direitos atrelados à afirmação da cidadania”. SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11.

⁴⁴⁰ Nesse sentido: “*Der moderne Mensch ist frei. Er steht historisch erstmals vor der Möglichkeit, aber auch unter Zwang, seine Identität innerhalb der divergierenden Bereichslogiken der einzelnen gesellschaftlichen Funktionssysteme selbst zu konstituieren*” “O homem moderno é livre. Ele se depara pela primeira vez diante da possibilidade, mas também sob a pressão, de constituir sua própria identidade dentro de âmbitos lógicos divergentes, inerentes aos específicos sistemas funcionais sociais”. Tradução nossa. AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 13-14.

externos, a exemplo daquelas fundadas na ideia de natureza ou de Deus. O ser humano pretendeu, então, fundá-las, com base na razão e em sua vontade⁴⁴¹.

Com Descartes, o ser humano é separado das coisas e expulso da natureza como sujeito pensante. Esse pensamento representa a antítese daquele desenvolvido por Aristóteles – para quem não há ser humano fora da comunidade. Descartes compreende a relação do ser humano com a natureza como estabelecida pela razão, e o isola da natureza.

Costuma-se identificar quatro etapas na construção da ideia de soberania do sujeito e seu conseqüente individualismo: 1) Com Descartes, a natureza passa a ser compreendida como mera matéria prima, que poderia ser dominada pela razão; 2) No Iluminismo, parece haver uma ruptura com a razão cartesiana, pois com Isaac Newton, refuta-se a ideia de uma física *a priori* e passam a ser reconhecidos limites à racionalidade científica; 3) com Kant teria surgido a ideia de autonomia, em que a vontade moral se torna agente e princípio da moralidade, fazendo surgir, pela primeira vez, uma representação da vontade que se toma como objeto; 4) Nietzsche, por meio da noção de “vontade de poder”, radicaliza a proposta kantiana: o querer humano deixa de estar voltado para um fim e se volta para si mesmo, fato que abriu caminho para a busca do poder pelo poder⁴⁴².

Fundado na representação cartesiana do mundo, desenvolveu-se o método racionalista, que levou ao individualismo jurídico do Direito moderno dos séculos XVII e XVIII, baseado na noção de direito subjetivo, sujeito de direito e de contrato social, cujos principais expoentes foram Hobbes, Locke, Rousseau e Kant.

O Direito moderno construiu uma teoria baseada em uma suposta natureza humana, na qual a pessoa passou a ser compreendida como um sujeito isolado, titular de direitos subjetivos naturais. Criou-se uma abstração, um “eu” metafísico, desvinculado de sua historicidade e de suas peculiaridades. As diferenças – a alteridade inerente a cada sujeito e a cada grupo social – eram, portanto, desconsideradas.

Por outro lado, não se compreendia a sociedade política como o resultado de uma tendência natural do ser humano à sociabilidade, mas como decorrência de um pacto social, um acordo de vontades que une os sujeitos em torno de um soberano⁴⁴³. Sob tais fundamentos, surge, desde o início da modernidade, o individualismo dentro do conjunto de valores daquela época. Isso significou que as decisões normativas somente poderiam ser

⁴⁴¹ RENAUT, Alain. **O indivíduo**. Reflexão acerca da filosofia do sujeito. 2. ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004, p. 05-06, 10 e 28.

⁴⁴² Ibid, p. 14-16.

⁴⁴³ Nesse sentido: FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 49-52.

consideradas eficazes desde que atentassem para os sujeitos afetados. Somente se admitia como valores e instâncias supraindividuais aqueles que se adequassem ao modelo de sujeito metafísico e abstrato forjado na modernidade: o homem, proprietário e pai de família.

A imposição do individualismo normativo como base do Direito moderno pressupõe que o corpo (*Physis*), a moralidade e a razão das pessoas estejam estritamente vinculados a uma lei moral unitária, em virtude de uma liberdade fundada na razão⁴⁴⁴. Com isso, foi considerado possível buscar um fundamento de validade único. Percebe-se, portanto, a íntima relação existente entre o individualismo e o monismo jurídico.

A tarefa de formular uma lei assim foi largamente admitida/aceita, sobretudo por Kant, cujos efeitos são produzidos até os dias atuais. Na teoria Kantiana, a moral é vinculada ao âmbito do sujeito isolado. O imperativo categórico exerce uma coação na esfera íntima do indivíduo. A moral é compreendida fora de toda a objetividade e relegada ao domínio do mundo subjetivo⁴⁴⁵.

Como consequência desse ponto de vista individualista, não se admitia nenhum reconhecimento de bem ou interesse público que fosse independente do valor para os sujeitos afetados. Disso se segue que, no discurso normativo da modernidade, não há qualquer moral justificável que desconsidere a consciência individual, nenhuma celebração de contrato sem a vontade dos afetados e nenhum poder estatal legítimo sem que sejam avaliados os efeitos causados ao sujeito submetido⁴⁴⁶. Essa qualidade normativa do sujeito individual decorre do seu atributo como pessoa.

Como primeiros exemplos da nova visão de mundo – individualista –, encontram-se as teorias estatais antropomórficas e elaboradas com base na noção de contrato, dentre as quais se destacam aquelas criadas por Hugo Grotius e Thomas Hobbes. Nelas houve a tentativa de conceber a sociedade a partir de cada sujeito individual.

O Direito na modernidade caracterizou-se por se fundar nas noções de dogma e de sistema, que se materializava nos códigos, compreendidos como representação de um Direito unificado, coerente e hierárquico. Acreditava-se que, com a Codificação, seria possível criar um direito neutro e universal⁴⁴⁷. Essa crença provocou a tecnicização da ciência jurídica e a desresponsabilização política dos juristas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, 2014, p.14.

⁴⁴⁵ Nesse sentido: FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 57.

⁴⁴⁶ AUER, op.cit., p.14.

⁴⁴⁷ Em crítica a essa concepção, afirma Leon Duguit: “A doutrina individualista conduz assim à noção de um direito ideal, absoluto, análogo em todos os tempos e em todos os países, e do qual os homens se aproximariam

O processo de codificação representou a consagração dos valores liberal-individualistas burgueses que prevaleceram durante a Revolução Francesa e se consolidaram no *Code Civil* Francês, que se transformou num modelo de legislação para toda a Europa continental, assim como para os países latino-americanos.

O individualismo possuía, até então, o caráter mutável dos valores construídos em determinados momentos históricos. Ao ser cristalizado nos códigos, passou, contudo, a representar o modelo ideal de vida que deveria ser seguido e garantido, transformando-se num “dogma intangível e definitivo”, nas palavras de Eduardo Novoa Monreal⁴⁴⁹, o que enfraqueceu seu caráter revolucionário e o tornou conservador. Essa característica foi reforçada pela crença na perfeição legislativa que se havia alcançado com os Códigos e com o receio de que alterações pudessem causar desarmonias em seus conteúdos⁴⁵⁰.

A partir de então, o código deixa de ser tratado como fruto da burguesia como classe para se transformar na disciplina da burguesia como tipo humano⁴⁵¹. Em consonância com os valores burgueses, os códigos são elaborados para disciplinar a proteção da esfera patrimonial dos sujeitos, assim como a circulação de riquezas⁴⁵².

O Direito Privado Tradicional tinha três pilares como fundamentais: o contrato, como expressão da autonomia da vontade; a família, como organização essencial à base do sistema; e os modos de apropriação (posse e propriedade), como títulos que explicavam as relações entre pessoas e sobre as coisas⁴⁵³.

cada vez mais, mesmo considerando eventuais regressões. Entretanto, a noção de um direito ideal e absoluto não pode ser aceita cientificamente. O direito resulta da evolução humana, fenômeno social absolutamente diferente da natureza que caracteriza os fenômenos físicos, mas, como eles, não se aproxima de um ideal ou absoluto”. DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16-17.

⁴⁴⁸ Nesse sentido: CORTIANO JUNIOR, Eroulth. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

⁴⁴⁹ MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 131.

⁴⁵⁰ Nesse sentido, afirma Eduardo Monreal: “Acreditou-se que, com a codificação, se havia alcançado um sistema legal perfeito, completo, acabado, que devia permanecer indefinidamente, através do tempo. Para a tarefa de conservação, obteve-se uma colaboração espontânea: ‘as inclinações conservadoras e tradicionais da mente dos juristas’, e uma coadjuvante timidez do legislador, sempre receoso de que as novas leis pudessem prejudicar essa técnica, essa ordem e esse sistema maravilhosos instaurados pelos codificadores”. Ibid., p. 131.

⁴⁵¹ CORTIANO JÚNIOR, op.cit., p. 72.

⁴⁵² Ao se referir ao Código Civil Italiano de 1865, afirma Natalino Irti: “*L’edificio fu completato con il codice civile: se ‘il 1860 fu rivoluzione politica della borghesia’, il 1865 fu rivoluzione giuridica. La borghesia si riconosce nei principî generali e nelle singole discipline del codice civile: Esso gravita sulla proprietà terriera e sugli strumenti tecnici, che ne agevolano la circolazione tra vivi o per il tempo dopo la morte*”. “O edifício foi completado com o Código Civil. Se em 1860 houve a revolução política da burguesia, em 1865 houve a revolução jurídica. A burguesia se reconhece nos princípios gerais e nas disciplinas singulares do Código Civil: Isso gravita sobre a propriedade da terrestre e sobre instrumentos técnicos, que melhoram sua circulação entre vivos ou para o tempo após a morte”. Tradução nossa. In: IRTI, Natalino. **La cultura del diritto civile**. Torino: UTET, 1990, p. 03-04.

⁴⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

Outro importante paradigma desse modelo foi o Código Civil alemão, que se caracterizou por aprofundar a ideia de sistema e buscar a elaboração de conceitos jurídicos cada vez mais precisos. A suposta neutralidade refletiu-se na ausência de preocupação com conflitos de natureza social. Assim, era possível identificar no conteúdo de suas normas a vinculação à ideologia econômica liberal.

O Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelos códigos francês e alemão, também optou pela sistematização do Direito, centrada no individualismo e com forte ênfase na proteção dos aspectos patrimoniais do ser humano. Foi um Código, todavia, ainda mais conservador, tendo em vista a rejeição de muitas ideias inovadoras presentes nos diplomas acima citados, pois nesses pontos decidiu manter os valores de uma aristocracia agrária que controlava o país⁴⁵⁴. Tal conservadorismo apresentou-se especialmente no âmbito do Direito de Família e das Sucessões, principalmente por consagrar o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens e o das legítimas⁴⁵⁵.

As transformações sofridas nos países desenvolvidos do mundo ocidental ao longo do século XIX, em decorrência do surgimento de novas demandas políticas, econômicas e sociais, exigiram um novo modelo de sociedade e o Direito, como objeto cultural, refletiu essa mudança de valores, que foi percebida também no âmbito do Direito Privado, afinal esse ramo do Direito, assim como qualquer outro, exerce uma função política⁴⁵⁶. Dessa forma, os princípios elaborados no século XIX, baseados na ética kantiana da autonomia⁴⁵⁷ e que

⁴⁵⁴ Consoante afirma Orlando Gomes: “A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia sua vida econômica ao binômio exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais”. GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁵⁶ “*Wirtschaftsrecht ist vermöge seiner öffentlichen Bedeutung und Wirkung – darin ist Wiethölter zustimmen – auch in seinen privatrechtlichen Bestandteil in hohem Grade ‘politisches’ nämlich in seinem Ordnungs – und Gerechtigkeitsgehalt von unserem ganzen politischen Gemeinwesen zu verantwortendes Recht*”. “O Direito Econômico, em virtude do seu significado e efeito público – nesse ponto Wiethölter concordou - é também em sua parte constituída pelo Direito Privado ‘político’ em um elevado grau, nomeadamente em seu conteúdo referente ao senso de ordem e justiça que se responsabiliza por toda nossa comunidade política”. Tradução nossa. In: RAISER, Ludwig. **Die Zunkunft des Privatrechts**. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1971, p. 34-35.

⁴⁵⁷ Segundo Franz Wieaker, “A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o Direito Privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação...A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do Direito Privado: o direito subjectivo como poder da vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem

fundamentaram a política econômica liberal, passaram a ter o seu sentido revisto, fenômeno este ainda presente nos dias atuais.

Assim, diante da instabilidade e insegurança que caracterizam o mundo moderno, as fórmulas conceituais elaboradas no século XIX tornaram-se insuficientes e distantes da nova realidade social. Os marcos do Direito Civil do século XIX foram superados ao longo do século XX⁴⁵⁸.

O mundo dos Códigos foi o mundo da segurança, conforme observou Natalino Irti⁴⁵⁹. O processo de codificação entrou em declínio e, junto com este, o modelo de cidadão indiferenciado, e aos poucos surgiram normas que consideravam algumas características mais específicas do indivíduo, a exemplo das legislações trabalhista e consumerista. Aos poucos, o Direito Civil foi deixando de ser considerado como uma “regulamentação omnicompreensiva”⁴⁶⁰.

Diante do exposto, é preciso reconhecer, com Gustavo Tepedino, que a relativização histórica rompeu com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, sendo que as categorias e teorias jurídicas passaram a ser consideradas como em constante mutação⁴⁶¹. Por essa razão, “o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir”⁴⁶².

Com isso, a ética individual do dever e da liberdade – que, para o pandectismo, apoiava a eficácia dos negócios jurídicos – tornou-se impotente para proporcionar a segurança exigida pelo novo conteúdo das relações sociais⁴⁶³.

As leis especiais constituíram distintos universos jurídicos, passando a compor microssistemas⁴⁶⁴, com métodos, características e critérios próprios. Para Orlando Gomes, a própria expressão “leis especiais” já é incorreta, pois essas leis nada têm de especiais, já que não representam qualquer desdobramento de normas do código⁴⁶⁵.

das pessoas físicas.” WIEAKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

⁴⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07.

⁴⁵⁹ IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 23.

⁴⁶⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63.

⁴⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a Nova Teoria Contratual. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217-238, p.217-218.

⁴⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01.

⁴⁶³ GOMES, op. cit., p. X.

⁴⁶⁴ A exemplo da Lei de Locações, do Código de Defesa do Consumidor

⁴⁶⁵ GOMES, op.cit., p. 63.

Ainda que se fale, contudo, em novas formas sociais, o Direito mantém-se cristalizado em códigos arcaicos de responsabilidade individual⁴⁶⁶. No Brasil, não obstante a promulgação do Código Civil de 2002 e de algumas alterações realizadas em relação ao Código Civil de 1916, não se formou uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão da sua elaboração⁴⁶⁷. Para Luiz Edson Fachin, o atual Código Civil mantém o individualismo jurídico, no que não se distingue daquele de 1916⁴⁶⁸.

Em verdade, o novo Código não estabeleceu uma mudança substancial no Direito Civil brasileiro, pois reproduziu os mesmos valores e fundamentos do Código de 1916, sendo que a teoria geral não cumpriu satisfatoriamente sua primeira função: restaurar o primado do ser humano⁴⁶⁹. Para Lucas Abreu Barroso e Mário Lúcio Quintão Soares, o novo Código Civil desconhece o “ideal de democracia social e o respeito às minorias, característicos do Estado Democrático de Direito”⁴⁷⁰.

Outro aspecto problemático presente no Código Civil de 2002 consiste na forma como foram introduzidas as cláusulas gerais. Em regra, esses dispositivos não prescrevem condutas, mas definem valores e critérios hermenêuticos. Segundo Tepedino, não obstante representarem uma importante iniciativa, que revela atualização em termos de técnica legislativa, as cláusulas gerais não promovem, por si só, qualquer transformação qualitativa do ordenamento. Critica, ainda, a inserção de inúmeras cláusulas gerais no Código, sem que tenha sido previsto qualquer outro ponto de referência valorativo⁴⁷¹. Daí a necessidade de se realizar conexão axiológica entre o Código e a Constituição, que estabelece os valores e princípios fundantes da pessoa humana.

Ainda segundo o referido autor, o legislador codificado deveria ter esmiuçado de forma analítica os princípios constitucionais, a fim de lhes garantir maior densidade normativa⁴⁷². Diante da omissão, defende-se, na presente tese, que caberá à sociedade dos

⁴⁶⁶ DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade**: Laços de sangue, laços de razão. Lisboa: Intituto Piaget, 1995, p. 12.

⁴⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XVIII.

⁴⁶⁸ FACHIN, 2003, p. 29.

⁴⁶⁹ NEVARES, Ana Luiza maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva Civil-constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 261.

⁴⁷⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 02.

⁴⁷¹ TEPEDINO, op.cit, p. XVIII e XIX.

⁴⁷² TEPEDINO, op.cit, p. XX e XXI.

intérpretes a função de integração do ordenamento jurídico, consoante será exposto no capítulo seguinte.

As cláusulas gerais reafirmam a necessidade de se considerar a dimensão ética dos comportamentos, tendo em vista que o homem não é movido apenas pela busca dos seus interesses pessoais. Nesse ponto, concorda-se com o quanto afirmado por Lipovetsky acerca da necessidade de se reincorporar na análise científica as noções de boa-vontade, honestidade, confiança, boa-fé, sem as quais nenhuma atividade econômica seria possível⁴⁷³.

Há atualmente uma tendência em se considerar o Direito como um instrumento positivo para a promoção da justiça e dos valores sociais básicos⁴⁷⁴. Desse modo, faz-se necessário reconhecer uma função propositiva ao Direito Privado, a partir das noções de boa-fé e confiança⁴⁷⁵, que deve ser utilizada como um instrumento para que se alcance o justo⁴⁷⁶. Por essas razões é que se defende, na atualidade, repersonalização⁴⁷⁷, funcionalização⁴⁷⁸, socialização e publicização⁴⁷⁹ do Direito Civil.

Entendem-se, aqui, como justos os valores reconhecidos por uma sociedade democrática em um determinado momento histórico, pois o Direito é um objeto cultural⁴⁸⁰. No caso brasileiro, entende-se que tais valores encontram-se consagrados na Constituição Federal. Devem ser priorizados, entretanto, aqueles reconhecidos como cláusulas pétreas, em razão de haver uma tendência a se alterar de modo constante a Constituição para atender a interesses políticos momentâneos.

⁴⁷³ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 223.

⁴⁷⁴ ATIYAH, P.S; SMITH, Stephen A. **Atiyah's introduction to the law of contract**. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 09.

⁴⁷⁵ Nesse sentido: Pesquisas: COING, Helmut. **Grundzüge der Rechtsphilosophie**. 4. Auflage: Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1985, p. 216-217.

⁴⁷⁶ Nesse sentido: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.124.

⁴⁷⁷ “Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil – independentemente de o sistema de exposição favorecer ou não esse primado da pessoa e independentemente de se aderir ou não aderir a qualquer sorte ou sucedâneo de jusnaturalismo”. In: CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria geral da relação jurídica civil: a teoria geral da relação jurídica: seus sentidos e limites**. 2. ed. atualizada. Coimbra: Centelha, 1981, p. 92.

⁴⁷⁸ “Com o enorme aumento das funções do Estado na passagem do Estado liberal para o Estado social, o problema fundamental para uma teoria sociológica do direito, isto é, para uma teoria que considere o direito como um subsistema do sistema social geral, é de verificar se, paralelamente, não foram aumentadas e mudadas as funções do direito, e, entenda-se, do direito estatal, o que explica o imprevisto surgimento e a rápida difusão da perspectiva funcionalista”. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 83.

⁴⁷⁹ GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e suas atuais fronteiras**. In: Revista dos Tribunais, n. 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, jan. 1998, p. 35-55, p. 41.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30-35.

Partindo do pressuposto de que o Direito Privado exerce uma função política, é possível se afirmar que suas normas devem ser interpretadas como instrumentos para a consecução dos objetivos fundamentais da República⁴⁸¹. A proteção de determinadas pessoas e o respeito às diferenças sociais, culturais e de gênero, por exemplo, atende ao objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, o que exige a solidariedade entre os sujeitos, consoante foi demonstrado anteriormente.

Franz Wieacker já identificava como o novo valor da sociedade atual – ele utilizou a expressão *pathos* – a solidariedade, o que exige não apenas do poder público, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros a responsabilidade pela existência social, assim como pelo bem estar de todos. Ademais, percebeu ter a solidariedade social promovido uma evolução do Direito Privado que não se restringiu a uma limitação da autonomia privada pelo Direito Público, mas se insinuou na concepção das relações contratuais, nos direitos patrimoniais e, sobretudo, no direito de propriedade, a partir da percepção de tais institutos não apenas como reguladores de confrontos entre interesses privados, mas como detentores de função econômica global⁴⁸².

Conforme foi demonstrado alhures, a solidariedade originou-se no Direito Civil e desenvolveu-se na sociologia, na filosofia e na política, de modo que adquiriu novos conteúdos. Constata-se, entretanto, não ter esse sentido renovado realizado transformações profundas no Direito Civil e no Direito Privado em geral. Na presente tese, busca-se formular propostas capazes de promover tais mudanças, a partir dos princípios fundamentais consagrados na Constituição brasileira.

Em uma de suas obras mais recentes, Stefano Rodotà faz uma análise da solidariedade e da sua juridicização no ordenamento jurídico italiano. Diante do que dispõe o artigo 2 da Constituição daquele país – que exige dos cidadãos o cumprimento dos deveres de solidariedade política, econômica e social⁴⁸³ –, o referido autor afirma não ter sido por acaso

⁴⁸¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

⁴⁸² WIEACKER, 2004, p. 718-719.

⁴⁸³ “Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”. Tradução nossa: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais, onde ele expressa sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.” ITALIA.

a inserção deste texto normativo entre o art. 1 – que declara ser a República democrática italiana fundada no trabalho – e o art. 3 – que reconhece a dignidade social a todo cidadão. Entende que não se trata apenas de uma confirmação acerca da necessidade de realizar uma leitura sempre consciente do estreito vínculo existente entre dignidade, solidariedade e igualdade, mas também da especificação do caráter transformador que a Constituição imprime a esses princípios, por meio de comportamentos dinâmicos, que devem ser realizados pelos sujeitos públicos e privados. Diante de tal dispositivo, reconhece que os institutos clássicos do Direito Privado (propriedade, responsabilidade e contrato) não podem deixar de sentir a amplitude conferida pela Constituição ao princípio da solidariedade⁴⁸⁴.

Ao se debruçar sobre o mesmo dispositivo, Felice Giuffrè reconhece um dever inderrogável de solidariedade, expressão da liberdade e da responsabilidade da pessoa no quadro da função promocional do Direito, que exige não apenas a expansão das competências públicas, em vista das suas realizações, mas também a necessária qualificação jurídica daqueles momentos de convivência que exprimem “*l’incontro spontaneo della libertà individuale e della solidarietà sociale e che in precedenza erano, invece, abbandonati all’area del giuridicamente irrilevante*”⁴⁸⁵

Como foi visto no capítulo anterior, é possível se fazer uma leitura semelhante dos dispositivos da Constituição brasileira de 1988, que consagra a construção de uma sociedade livre, justa e solidária dentre os objetivos fundamentais da República, ao lado da busca pela erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais e sociais, bem como do combate a todas as formas de discriminação. Tais objetivos somente podem ser alcançados de forma conjunta, tendo em vista o fato de que enquanto houver pobreza, grandes desigualdades sociais e discriminações, não será possível identificar a eficácia social das noções de liberdade, de justiça e de solidariedade.

Para melhor compreender a proposta do presente trabalho, faz-se necessário reconhecer, como pressuposto, algumas importantes transformações ocorridas no Direito Civil nos últimos anos e, a partir delas, sugerir avanços. Muitas das transformações permanecem apenas como previsões normativas, carecendo de que lhes seja atribuída maior eficácia

Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 27 out. 2015.

⁴⁸⁴ RODOTÁ, Stefano. *Solidarietà: un’utopia necessaria*. Bari: Editori Laterza, 2014, p. 45-46.

⁴⁸⁵ Tradução nossa: “o encontro espontâneo da liberdade individual e da solidariedade social que anteriormente eram abandonados à esfera do juridicamente irrelevante”. GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 232.

social⁴⁸⁶. Em outros casos, há uma maior efetividade na aplicação dos institutos. De todo modo, o estágio atual dessas noções será tratado como ponto de partida para as proposições que se seguirão e se fundamentarão nos princípios ético-jurídicos até aqui desenvolvidos.

4.2 POR UM APROFUNDAMENTO DA IDEIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A EXIGÊNCIA DE RESPEITO AOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A ideia de constitucionalização dos direitos tem como pressuposto a percepção da Constituição Federal como um espaço de mediação ético-política da sociedade, ou seja, um “*topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico⁴⁸⁷”. Isso implica identificar na Constituição, a partir da junção das ideias de Häberle e Teubner, consoante foi apresentado anteriormente, a existência de conteúdos irrenunciáveis – condições e requisitos que foram objeto prévio de consensos – que outorgam a esse diploma o *status* de um *primus inter pares*, com a função de estabilizar as diferentes ordens de uma sociedade plural e multicultural.

O passo seguinte consiste em reconhecer, com Konrad Hesse, a força normativa da Constituição, assim como o Direito Constitucional como ciência normativa, sob pena de reduzi-los à miserável função de justificar as relações de poder dominantes⁴⁸⁸.

Conforme foi afirmado anteriormente, o Direito Privado também exerce uma função política, de modo que deve ser percebida a atual insuficiência dos princípios elaborados para fundamentar a política econômica liberal do século XIX, cujo sentido vem sendo revisto pela sociedade atual. Essa atualização é essencial, uma vez que o processo interpretativo é criativo e não meramente reprodutivo, consoante demonstrou Hans-Georg Gadamer⁴⁸⁹.

Para realizar a travessia, adota-se como ponto de partida a utilização de um método interpretativo conhecido como constitucionalização do Direito Civil, segundo o qual se busca interpretar o Código Civil conforme a Constituição ao invés da Constituição segundo

⁴⁸⁶ Entende-se aqui como eficácia social a efetividade da norma, ou seja, sua materialização ao mundo dos fatos.

⁴⁸⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.324.

⁴⁸⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11 e 15.

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. v. I. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 392.

o Código, como ocorria com frequência⁴⁹⁰. Trata-se de uma releitura dos institutos do Direito Civil à luz dos princípios e valores constitucionais.

Nesse sentido, afirma Pietro Perlingieri que não se deve considerar a Constituição como um mero limite ou barreira à norma ordinária, muito menos uma norma de aplicabilidade apenas indireta, pois as normas constitucionais são de direito substancial e não apenas interpretativas, razão pela qual podem ser a fonte exclusiva da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil. Ademais, no Direito Civil Constitucional, a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (mas não a única, se houver uma norma ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica das relações, constituindo parte integrante da normativa que, de um ponto de vista funcional, se concretiza⁴⁹¹.

Gustavo Tepedino, em aula inaugural proferida em 1992, posteriormente transformada em artigo, já propugnava no Brasil pela urgência de uma releitura do Código Civil à luz da Constituição de 1988. O referido autor afirmou que: “Embora proclame-se (sic) de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o direito civil brasileiro não soube incorporar o texto maior à sua práxis”⁴⁹².

Alguns anos depois, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Bruno Lewicki identificaram algumas premissas essenciais do Direito Civil Constitucional e que orientam a elaboração da presente tese: (i) o reconhecimento do Direito como realidade cultural; (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana; (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por conseguinte, a perpetuação do esquema da subsunção; (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância que exercem em cada sociedade, em determinado momento histórico; (v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, ou seja, em relação ao outro⁴⁹³.

Ao realizar um estudo acerca da crise na interpretação jurídica realizada pela doutrina tradicional e apresentar a hermenêutica como o meio capaz de tornar a Constituição visível, Lênio Streck chega a uma conclusão semelhante, porém mais abrangente, ao afirmar

⁴⁹⁰ LÔBBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 100, jan /mar. 1999. No mesmo sentido: PERLINGIERI, 2002, p. 06 e 10.

⁴⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

⁴⁹² TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 01.

⁴⁹³ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 13, ano 4., jan-mar, 2003.

que nenhum dispositivo, nenhuma disciplina, enfim, nada que tenha relação com o Direito pode ser interpretado fora da Constituição⁴⁹⁴. A partir dessa compreensão é que se propõe o aprofundamento da noção de constitucionalização. Para os fins da presente tese, todavia, a análise limitar-se-á às normas mais gerais que pautam a interpretação do Direito Privado brasileiro.

Nessa perspectiva, subscreve-se o quanto afirmado por Lucas Abreu Barroso e Mário Lúcio Quintão Soares, no sentido de que os princípios fundamentais do Estado brasileiro conferem legitimidade à República, transcendem a concepção de Estado instituído e representam os fundamentos de todo o ordenamento jurídico pátrio, tanto constitucional quanto infraconstitucional. Ademais, promovem uma superação do “princípio da legalidade na qualidade de regra primeira da interpretação do arcabouço legislativo em vigor, atuando como fatores primordiais de validade das normas no ordenamento jurídico brasileiro”⁴⁹⁵.

A ideia de constitucionalização do Direito Civil trouxe inúmeros avanços, especialmente no âmbito do Direito de Família e, ainda de forma tímida, por exemplo, nos direitos obrigacionais, pois tem prevalecido o princípio da legalidade como regra primeira de interpretação das obrigações e das relações jurídicas patrimoniais no Direito brasileiro. Desse modo, pouco se discutiu acerca do papel do Direito Privado na promoção dos objetivos fundamentais da República, especialmente no que diz respeito à redução das desigualdades sociais e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Há, portanto, a necessidade de se estabelecer uma maior vinculação entre os princípios ético-políticos e as normas de Direito Privado, tendo em vista ser o equilíbrio das relações privadas essencial para que os objetivos fundamentais da República possam ser alcançados.

Importante contribuição para a constitucionalização das relações consiste no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. É sabido que tais direitos representaram originalmente apenas limites à atuação do Estado. Em verdade, essa concepção tinha por escopo proteger o indivíduo do despotismo estatal, assegurando-lhe uma esfera de liberdade inviolável. De acordo com esse entendimento, os direitos fundamentais criavam tão somente deveres de abstenção por parte do Estado. Tratava-se, portanto, de instrumentos de proteção do cidadão em face do Estado.

⁴⁹⁴ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 361.

⁴⁹⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 05.

Com o desenvolvimento do capitalismo, constatou-se o surgimento de atores privados cujo poderio econômico é superior ao de muitos Estados. Ademais, percebeu-se que os particulares, no exercício da autonomia privada, poderiam praticar atos que ofenderiam direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, foi se consolidando a ideia de que a eficácia dos direitos fundamentais deveria irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, pautando a atuação dos Poderes Executivo, do Legislativo, do Judiciário, assim como dos particulares. Tal pensamento originou-se na Alemanha⁴⁹⁶, onde o Tribunal Constitucional afirmou que a Lei Fundamental erigiu uma ordem objetiva de valores que deve valer para todas as áreas do direito e cunhou a expressão “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado⁴⁹⁷.

Essa concepção representa uma forma de superação da influência da ideologia liberal no âmbito dos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos representavam apenas um âmbito de proteção da esfera privada em face de possíveis interferências por parte do Poder Público. A partir dessa decisão, intensificaram-se os debates acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No que diz respeito à expressão eficácia, é preciso distinguir eficácia jurídica de eficácia social. A primeira se refere à possibilidade de aplicação jurídica da norma, ou seja, à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma⁴⁹⁸. Eficácia jurídica consiste na possibilidade de produção de efeitos jurídicos, em razão de a norma regular tais relações jurídicas. Já eficácia social vincula-se à ideia de efetividade da norma, ou seja, sua materialização ao mundo dos fatos.

A eficácia jurídica dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser entendida como aptidão da norma para gerar efeitos jurídicos. Essa questão está, contudo, intimamente vinculada à ideia de eficácia social, uma vez que ambas são reflexos de um mesmo fenômeno⁴⁹⁹. Por essa razão, não se pode falar em separação absoluta desses aspectos

⁴⁹⁶ O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas surgiu na Alemanha no célebre caso Lüth. Em 1950, um cidadão de nome Lüth apelou aos proprietários e frequentadores de salas de cinema que boicotassem um novo filme, afirmando que o diretor rodara um filme antisemita durante o período nacional-socialista. O apelo foi considerado pelo tribunal cível um ato ilícito, por ofender os bons costumes, consoante estabelece o §856 do BGB, que condenou o Sr. Lüth a não repeti-lo. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, afirmando que este teria violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth.

⁴⁹⁷ Nesse sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 229/230.

⁴⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p.55/56.

⁴⁹⁹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 240.

e, com base nessa crítica serão também analisadas situações referentes à efetivação das normas constitucionais.

A eficácia imediata dos direitos fundamentais encontra-se prevista no §1º do art. 5º da Constituição Federal. A interpretação desse dispositivo ainda é, entretanto, objeto de forte controvérsia doutrinária. Por um lado, há consenso no que diz respeito ao reconhecimento de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade a todo e qualquer preceito da Constituição, o que inclui aqueles que reconhecem direitos fundamentais. Por outro lado, a heterogeneidade utilizada na técnica de positivação dos direitos fundamentais dificulta a interpretação a ser dada ao dispositivo supracitado.

Para Eros Roberto Grau, a dificuldade ocorre em razão de muitos desses direitos terem sido positivados mediante as chamadas normas-objetivo ou normas programáticas. Segundo o referido autor, normas-objetivo são aquelas que definem uma finalidade concreta a ser implementada pelo Estado. Já as normas programáticas, ao invés de fins concretos, contêm princípios e programas (de conduta ou de organização), ou princípios relativos a fins a cumprir. Essas normas existem apenas na esfera constitucional enquanto as normas-objetivo podem ser encontradas na legislação infraconstitucional⁵⁰⁰.

Também para Ingo Wolfgang Sarlet, há uma íntima conexão entre a técnica de positivação da norma e sua eficácia jurídica. Por isso, o referido autor opta por classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa, formados pelos direitos de liberdade, igualdade, pelas garantias e por uma parte dos direitos sociais (liberdades sociais) e políticos; e os direitos a prestações. Estes últimos são positivados, em regra, sob a forma de normas programáticas ou normas-objetivo, e acabam por exigir uma atuação legiferante que lhes confirmam plena eficácia e aplicabilidade⁵⁰¹.

Discute-se, na doutrina, se a norma do §1º do art. 5º da Constituição Federal se aplica apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no referido artigo 5º ou se a todos os direitos fundamentais. Até mesmo uma interpretação literal do dispositivo afasta a primeira hipótese, tendo em vista a menção à aplicação imediata das “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”.

⁵⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130 e ss.

⁵⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 260.

No Brasil existem adeptos tanto de uma interpretação restritiva do mencionado dispositivo⁵⁰² quanto de uma exegese mais ampla, a exemplo do que defende Eros Grau, para quem inexistem normas programáticas na Constituição de 1988, em razão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como da existência de instrumentos processuais aptos a combater a omissão do legislador, assim como dos demais órgãos estatais. Dessa forma, reconhece ao Poder Judiciário a incumbência de “prover a exequibilidade (efetividade) imediata do direito ou garantia constitucional”⁵⁰³.

Para os direitos de defesa, em regra, não há dependência de uma prestação por parte do Estado para que sejam realizados. Por essa razão, é reconhecida sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, sem a necessidade de qualquer intermediação concretizadora. Ademais, o §1º do artigo 5º da Constituição Federal reforça a tese da aplicabilidade imediata dos direitos de defesa.

Para Ingo Sarlet, as diretrizes estabelecidas para os direitos de defesa atingem também boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal. Como exemplo, o autor cita as liberdades sociais que, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por conta de sua estrutura normativa, equivalem aos direitos de liberdade e igualdade e reclamam uma abstenção por parte dos destinatários⁵⁰⁴. Já os direitos fundamentais prestacionais são aqueles que exigem uma conduta positiva⁵⁰⁵ do Estado na esfera econômica e social. Em relação a tais direitos, reconhece o autor, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, a aptidão para gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, por isso, diretamente aplicáveis⁵⁰⁶.

Daniel Sarmento opta pela divisão tradicional dos direitos fundamentais em direitos individuais, sociais, políticos e transindividuais. Contudo, reconhece ao longo do trabalho a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais seja qual for a sua natureza⁵⁰⁷. Em primeiro lugar, ressalta que a Constituição Federal brasileira consagrou um modelo de Estado Social voltado para a promoção da igualdade substantiva. Ademais, encontram-se previstos na Carta Magna inúmeros direitos fundamentais voltados especialmente contra os

⁵⁰² Nesse sentido: FERREIRA FILHO, M.G. in: RPGESP n. 29 (1988), p. 35 e ss apud SARLET, 2010, 264.

⁵⁰³ Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 321.

⁵⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 275.

⁵⁰⁵ Vale ressaltar que a dimensão positiva dos direitos fundamentais prestacionais não nega sua dimensão negativa, uma vez que a prestação não pode ser imposta ao titular do direito.

⁵⁰⁶ SARLET, op.cit., p. 281.

⁵⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, passim.

particulares, a exemplo dos direitos trabalhistas. Acrescenta que tudo isso é reforçado por um dado fático: a extrema desigualdade social existente no Brasil, o que exige um reforço na tutela dos direitos fundamentais.⁵⁰⁸

Por essas razões, o referido autor defende a eficácia direta dos direitos individuais nas relações privadas, assim como a aplicação direta da Constituição às relações entre particulares. No que se referem aos direitos sociais, políticos e difusos, a conclusão é a mesma. Esses direitos buscam harmonizar espaços muitas vezes assimétricos e opressivos, razão pela qual incidiriam sobre as relações privadas. No mesmo sentido, Wilson Steinmetz defende a vinculação direta dos direitos fundamentais às relações privadas⁵⁰⁹.

Virgílio Afonso da Silva propôs um modelo que busca romper com a dicotomia entre os efeitos diretos e indiretos, mediante a conciliação dessas teorias. Para o referido autor, sempre que possível os efeitos dos direitos fundamentais serão indiretos. Quando não houver essa possibilidade, os efeitos serão diretos⁵¹⁰.

Já Gustavo Tepedino reconhece a insuficiência dos refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, caso as políticas públicas e as atividades econômicas escapem aos mecanismos de controle jurídico. Identifica a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico e que vincula tanto o Poder Público quanto os particulares. Admite a força normativa dos princípios constitucionais, mas não se filia a nenhuma das teorias anteriormente apresentadas⁵¹¹.

Essa opção justifica-se em face do risco em que tais teorias incorrem ao proceder generalizações, em que se pretenda apresentar solução única e geral para a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ademais, é preciso admitir que a natureza de cada direito fundamental, assim como a forma como ele foi normatizado confere-lhe especificidades que dificultam ou impedem generalizações, bem como a opção por apenas uma das teorias. Por outro lado, cada esfera privada sobre a qual podem incidir normas de direitos fundamentais possui também suas peculiaridades, o que exige do aplicador do direito uma postura equilibrada e prudente, sob

⁵⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 236.

⁵⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 295.

⁵¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo; Malheiros, 2005, p. 28.

⁵¹¹ A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. IN: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41-64.

pena de se desfigurar completamente esse espaço no qual, em regra, deve prevalecer a autonomia privada.

De todo modo, a melhor exegese é aquela que estende a eficácia imediata a todos os direitos fundamentais, e não apenas àqueles previstos no art. 5º da Constituição, o que inclui os direitos políticos, os de nacionalidade e os direitos sociais, assim como outros direitos fundamentais, mesmo aqueles situados fora do Título II da Constituição Federal, cuja existência vem sendo reconhecida pelo STF⁵¹².

Diante da controvérsia, é preciso admitir que o §1º do art. 5º dá origem a uma norma de cunho inequivocamente principiológico e, por isso, exige dos órgãos estatais que estes conferiram a maior eficácia possível aos direitos fundamentais⁵¹³.

Sendo assim, cria-se uma presunção acerca da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que gera para o Poder Público a incumbência de assegurar a maior eficácia possível dessas normas. A recusa em aplicá-las deve ocorrer apenas em hipóteses excepcionais e ser devidamente fundamentada.

Por outro lado, na busca pelo aprofundamento da noção de constitucionalização das relações privadas, defende-se, na presente tese, não somente o efeito irradiante das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, mas da Constituição como um todo e, em especial, das suas normas-objetivo. As normas que estabelecem os objetivos fundamentais da República devem produzir efeitos vinculantes também nas relações privadas.

As normas de direitos fundamentais e aquelas que estabelecem os objetivos fundamentais da República possuem importantes características em comum. Os direitos fundamentais são princípios que traduzem a concepção de mundo e a ideologia política inerente a cada ordenamento jurídico. São prerrogativas e instituições que buscam promover uma convivência digna, livre e igual para todos⁵¹⁴. É possível fazer afirmação idêntica em relação às normas previstas no art. 3º da Constituição Federal.

Ademais, ambas se caracterizam por necessitar de intenso preenchimento, pois consubstanciam valores sobre os quais se assentam as práticas sociais⁵¹⁵. Utiliza-se o termo

⁵¹² Ex: ADI n.939-7/DF que reconheceu como cláusula pétrea a alínea “b” do inciso II do art. 150 da Constituição Federal.

⁵¹³ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 270.

⁵¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163.

⁵¹⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 218.

“fundamental” para ressaltar que tais direitos e objetivos são essenciais à existência ou até mesmo à sobrevivência da pessoa humana.

Interpretações/aplicações de normas que gerem como consequência ofensas à solidariedade social, aumentem as desigualdades sociais, regionais, criem mais pobreza ou causem discriminações devem ser afastadas devido a sua inconstitucionalidade.

A partir dos pressupostos acima desenvolvidos, especialmente no que se refere à constitucionalização das relações privadas e ao conseqüente reconhecimento da eficácia das normas constitucionais nas relações privadas, faz-se necessário reconhecer o importante papel a ser desempenhado pelo Direito Privado para a realização dos objetivos fundamentais da República previstos na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, é preciso perceber que, assim como os demais ramos do Direito, o Direito Privado desempenha um relevante papel em todas as funções legais, não apenas na resolução de litígios e coordenação da conduta das pessoas, mas também distribuindo direitos, obrigações e consagrando valores que o expressam⁵¹⁶.

Tradicionalmente, tem sido atribuída ao Direito Público a função de promover a realização dos objetivos fundamentais da República, a exemplo da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tais políticas públicas terão, entretanto, pouca eficácia, caso se limitem a desenvolver ações de forma exclusiva nessa esfera.

O que normalmente se identifica como Direito Público não é capaz de promover tais objetivos de forma isolada, tendo em vista ser boa parte das desigualdades sociais forjada por meio da exploração econômica promovida pelos mais fortes em seus acordos privados com a outra parte, quando se aproveitam da igualdade meramente formal para impor condições abusivas aos mais vulneráveis.

Em verdade, tal atitude criou um círculo vicioso, que impede que se alcancem tais objetivos. Neste se verifica que, enquanto o Direito Público, por um lado, busca distribuir riqueza e renda mediante políticas sociais, por outro, o desequilíbrio causado em razão da interpretação/aplicação individualista e tradicional das relações privadas – que termina por

⁵¹⁶ Nesse sentido: “*Like other parts of law, private law plays a role in all legal functions: resolving disputes, channeling and coordinating people’s conduct, distributing entitlements and obligations, and expressing values. But the channeling and coordinating function, and especially the facilitative or enabling role, is particularly significant in private law*”. “Como em outras partes do direito, o Direito Privado desempenha um papel em todas as funções legais: a resolução de litígios, conduzindo e coordenando a conduta das pessoas, distribuindo direitos e obrigações, e expressando valores. Mas a função de condução e de coordenação e, especialmente, o papel facilitador ou de habilitar/possibilitar é particularmente significativo no Direito Privado”. Tradução nossa. In: DAGAN, Hanoch. *Pluralism and Perfectionism in Private Law*. In: **Columbia Law Review**. Vol. 112, 2012, p. 1428.

legitimar o abuso e a exploração – promove o retorno da riqueza às mãos dos detentores do poder econômico, o que contribui para que se mantenha concentrada e para o aumento das desigualdades sociais.

Por essas razões, faz-se necessário compreender que as normas de Direito Público e as normas de Direito Privado desempenham uma função complementar e indispensável no que se refere à busca pelo equilíbrio nas relações econômicas e sociais, de modo a que se alcancem os objetivos fundamentais da República.

Como exemplos dessa interpretação/aplicação conservadora do Direito e prejudicial aos objetivos fundamentais da República, podem ser citadas decisões relacionadas a dois importantes temas: o primeiro refere-se a um conjunto de decisões dos Tribunais superiores que permitiram a livre fixação das taxas de juros pelas instituições financeiras, o que na prática termina por legitimar a cobrança de taxas de juros de até 400% ao ano⁵¹⁷. O segundo consiste em julgados que agravaram a posição do fiador, ampliando a sua vulnerabilidade e o desequilíbrio na relação jurídica.

Inicialmente, o STF sumulou entendimento no sentido de que a Lei de Usura não se aplica às instituições financeiras⁵¹⁸. Com isso, consolidou-se a compreensão de que o limite de 12% previsto na lei para os juros não se aplicava às referidas instituições. Em seguida, o STJ também sumulou o entendimento segundo o qual as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, também não se submeteriam à Lei de Usura⁵¹⁹. Posteriormente, o mesmo Tribunal editou a Súmula 382 na qual se afirma que a estipulação de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, por si só, não indica abusividade⁵²⁰.

Desse modo, vem sendo admitida a livre fixação da taxa de juros pelas instituições financeiras, desde que não superem a taxa média do mercado divulgada pelo Banco

⁵¹⁷ A taxa de juros dos cartões de crédito em 2015 foi superior a 400% ao ano e a do cheque especial ficou em média em 278% ao ano. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/11/juro-do-cartao-segue-acima-de-400-ao-ano-e-do-cheque-e-maior-desde-95.html>>. Acesso em 06.jan.2016.

⁵¹⁸ “**Súmula 596** As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=596.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 06.jan.2016.

⁵¹⁹ “**Súmula 283**. As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula283.pdf>. Acesso em 06.jan.2016.

⁵²⁰ “**Súmula n. 382**. A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula382.pdf>. Acesso em 06.jan.2016.

Central⁵²¹. Em virtude de o mercado ser controlado por um pequeno número de instituições, o percentual praticado termina por atingir valores astronômicos.

A legitimação de tais práticas pelos tribunais provoca o desequilíbrio aqui criticado nas relações privadas, pois essa cobrança extorsiva de juros tem levado as instituições financeiras a lucros exorbitantes, inadmissíveis em muitos países do mundo, o que vem contribuindo para o aumento das desigualdades sociais no Brasil, de modo a constituir ofensa aos objetivos fundamentais da República.

Outro exemplo de grave desequilíbrio nas relações privadas legitimado pelo Poder Judiciário brasileiro encontra-se no reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009 de 1990, que admite a possibilidade de o fiador do contrato de locação ter o seu bem de família penhorado para quitar o débito do devedor principal⁵²².

O dispositivo, assim como a decisão que reconhece sua constitucionalidade, violam o direito fundamental à moradia (CF, art. 6º), além dos princípios da igualdade substancial e da proporcionalidade constitucional, tendo em vista ter o fiador um tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao locatário (devedor principal), em razão de este se encontrar protegido pela impenhorabilidade do seu bem de família, respaldado pelo que dispõe o art. 1º da referida Lei, enquanto que ao fiador é admitida a penhora do seu bem de família. O tratamento diferenciado ofende o princípio da igualdade substancial, uma vez que não há justificativa

⁵²¹ **REPETITIVO. CHEQUE ESPECIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS.**

A Seção, ao julgar recurso representativo de controvérsia (art. 543-C e Res. n. 8/2008-STJ) sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios decorrente do contrato bancário, quando não há prova da taxa pactuada ou quando a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado, reafirmou a jurisprudência deste Superior Tribunal de que, quando não pactuada a taxa, o juiz deve limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central (Bacen), salvo se menor a taxa cobrada pelo próprio banco (mais vantajosa para o cliente). Anotou-se que o caso dos autos é uma ação de revisão de cláusula de contrato de cheque especial combinada com repetição de indébito em que o tribunal *a quo* constatou não haver, no contrato firmado, o percentual da taxa para a cobrança dos juros remuneratórios, apesar de eles estarem previstos em uma das cláusulas do contrato. Precedentes citados: REsp 715.894-PR, DJ 19/3/2007; AgRg no REsp 1.068.221-PR, DJe 24/11/2008; AgRg no REsp 1.003.938-RS, DJe 18/12/2008; AgRg no REsp 1.071.291-PR, DJe 23/3/2009; REsp 1.039.878-RS, DJe 20/6/2008; AgRg no REsp 1.050.605-RS, DJe 5/8/2008; AgRg no Ag 761.303-PR, DJe 4/8/2009; AgRg no REsp 1.015.238-PR, DJe 7/5/2008; EDcl no Ag 841.712-PR, DJe 28/8/2009, e AgRg no REsp 1.043.101-RS, DJe 17/11/2008”. STJ. Segunda Seção. **REsp 1.112.879-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/5/2010.**

⁵²² “**EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução.** Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”. RE 407688 / AC - ACRE . **Rel Min. Cezar Peluzo.** Julgamento: 08/02/2006 . DJ 06/10/2006.

plausível que justifique a distinção na disciplina de obrigações oriundas de uma mesma causa⁵²³.

É evidente o desequilíbrio provocado por esse entendimento, em virtude de colocar o fiador numa situação mais gravosa do que aquela vivenciada pelo devedor principal, além de atribuir ao credor um poder desproporcional, apto a destituir o fiador de um direito fundamental, a fim de satisfazer a uma obrigação de natureza patrimonial, o que foge completamente à razoabilidade.

Em relevante estudo publicado em 2013, Thomas Piketty demonstrou como a desigualdade social vem crescendo de forma insustentável e arbitrária, representando, para ele, uma ameaça os valores de meritocracia sobre os quais se fundam as sociedades democráticas⁵²⁴. Dados atuais mostram que essa concentração de riquezas aumentou ainda mais nos últimos anos⁵²⁵.

É evidente a participação das normas jurídicas na legitimação dessa crescente desigualdade social, seja pela insuficiente disciplina dos mercados financeiros – fato que permite a prática de abusos por parte dos operadores–, seja pela interpretação individualista e conservadora das normas de Direito Privado.

Piketty entende que a melhor solução para o problema consiste na criação de um imposto progressivo anual sobre o capital como forma de evitar essa espiral de desigualdade sem fim e simultaneamente preservar as forças da concorrência e os incentivos para que novas acumulações primitivas sejam produzidas sem cessar⁵²⁶.

⁵²³ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria geral**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 472-475.

⁵²⁴ Segundo o referido autor, “A principal força desestabilizadora está relacionada ao fato de que a taxa de rendimento privado do capital r pode ser forte e continuamente mais elevada do que a taxa de crescimento da renda e da produção g . A desigualdade $r > g$ faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e dos salários. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro”. In: PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 555.

⁵²⁵ “O ano de 2010 foi também aquele no qual o banco Credit Suisse publicou o seu primeiro *Global Wealth Report (Relatório da Riqueza Global)*. Naquele ano, os 50% mais pobres dos 4,44 bilhões de adultos possuíam pouco menos de 2% dos ativos mundiais (...). Cinco anos depois, o relatório de 2015, publicado em 13 de outubro, mostra que a concentração de renda mundial alcançou níveis tão críticos quanto o do mundo industrializado antes da Primeira Guerra Mundial. Apesar do relativo otimismo de 2010, a metade mais pobre dos 4,8 bilhões de adultos ficou ainda mais depauperada: agora possui menos de 1% da riqueza planetária estimada em 250,1 trilhões de dólares, enquanto o décimo mais alto controla quase 90% (87,7%, para ser exato) e o centésimo no topo, exatos 50%.” COSTA, Antônio Luiz M.C. A desigualdade social chega a níveis alarmantes. **Carta Capital**, São Paulo. 05 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista873/no-mundo-de-os-miseraveis-5584.html>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

⁵²⁶ PIKETTY, op.cit, p. 556.

A tributação e a consequente redistribuição de bens, ainda que representem funções das mais importantes do Direito na atualidade⁵²⁷, poderão, contudo, estar fadadas ao fracasso, caso não haja uma forte participação do Direito Privado no sentido de ao menos impedir que o desequilíbrio nas relações entre particulares produza o efeito contrário àquele almejado pelo Direito Público.

Não será possível reduzir as desigualdades sociais, enquanto a interpretação das normas que disciplinam as relações privadas estiver predominantemente pautada pelo individualismo e desconsiderar importantes desigualdades concretas que causam desequilíbrio entre os sujeitos envolvidos. Em regra, tais normas reconhecem apenas a igualdade formal como princípio geral aplicável às relações privadas, cujas exceções somente costumam ser reconhecidas nos chamados microssistemas jurídicos, em que há previsão expressa de tratamento diferenciado, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Locações e do Estatuto do Idoso.

Propugna-se, aqui, a necessidade de se reconhecer a diferença, a alteridade do outro em cada relação cotidiana e, em especial, nas relações privadas, em que se verifica um grande déficit na aplicação do princípio da igualdade material⁵²⁸, como pressuposto para que os objetivos fundamentais da República sejam efetivamente realizados. Considerar, por exemplo, suficiente a igualdade formal numa relação obrigacional ou até mesmo na relação conjugal, sem que sejam levadas em conta as vulnerabilidades⁵²⁹ de cada sujeito e a influência dessas condições para o desequilíbrio das relações, contribui para fortalecer as desigualdades sociais atualmente existentes e ofendem normas constitucionais expressas.

Sustenta-se, ainda, que os princípios e regras das múltiplas ordens existentes em um Estado (pluralismo jurídico) devem estar em consonância com os chamados conteúdos irrenunciáveis, socialmente definidos, para que possam adquirir coerência e harmonia necessárias. No caso do Brasil, verifica-se a previsão de tais conteúdos na Constituição da

⁵²⁷ Nesse sentido, Joseph Raz identifica como as quatro funções primárias do Direito as seguintes: a) prevenir comportamentos indesejáveis e garantir comportamentos desejáveis; b) fornecer facilidades para os acordos privados entre os indivíduos; c) prover serviços e redistribuir bens; d) resolver litígios não regulamentados. Ao abordar a função de prover serviços e redistribuir bens, o autor reconhece que tais funções adquiriram grande importância recentemente, apesar de terem sido sempre desempenhadas pelos sistemas jurídicos. In: RAZ, Joseph. **The authority of Law**. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 169-175.

⁵²⁸ Nesse sentido, afirma Juan María Bilbao Ubillos: “[...] *la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica em buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros[...]*”. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿ Em que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

⁵²⁹ A necessidade de se levar em consideração as vulnerabilidades dos sujeitos na apreciação das relações privadas será aprofundada no próximo capítulo.

República. Para os fins da presente tese, torna-se relevante destacar aqueles consagrados como objetivos fundamentais da República, que não deixam dúvida acerca dos critérios interpretativos que garantirão uma interpretação coerente.

Ao se defender o aprofundamento da ideia de constitucionalização das relações privadas, busca-se tornar efetiva a ideia de que a Constituição pode disciplinar diretamente o conteúdo de uma relação privada e que tais relações devem guardar coerência com seus conteúdos irrenunciáveis.

Por outro lado, ao se reconhecer o pluralismo como uma realidade presente no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se buscar interpretar o Direito Privado brasileiro de modo a construir um arcabouço teórico e normativo capaz de oferecer aos cidadãos um vasto repertório, composto por diferentes formas de interação humana. Não basta, portanto, apenas preservar as formas existentes. Exige-se também a criação de alternativas inovadoras⁵³⁰.

Acredita-se que somente é possível construir uma sociedade livre, justa e solidária com base na noção de respeito às diferenças (alteridade), construída em um ambiente no qual exista equilíbrio nas relações (igualdade material), de modo que a nenhuma das partes seja possível impor à outra a sua vontade. Somente assim a liberdade – entendida como autonomia no Direito Privado – poderá se tornar efetiva, pois o sujeito será respeitado em sua individualidade e a ele serão oferecidas possibilidades de escolha, de modo que possa optar por aquela que considere valer a pena.

Se o Direito Privado tem como um dos seus mais significativos papéis a constituição de diversos conjuntos de institutos e instituições, que permitem às pessoas o exercício do papel de autores de suas vidas, ao fazerem escolhas voltadas a estabelecer vários tipos de relações interpessoais em uma variedade de esferas sociais⁵³¹, tal finalidade somente poderá ser alcançada em sua plenitude mediante o reconhecimento do multiculturalismo como uma realidade. É importante também respeitar e proteger as diferenças culturais e reconhecer o relevante papel a ser desempenhado pelas normas jurídicas – tanto do Direito Público quanto do Direito Privado – na realização de tais valores.

Por meio de um Direito pluralista, apto a respeitar as diferenças culturais e a garantir a todos os cidadãos a possibilidade de desenvolver todas as suas potencialidades, poderão ser realizados plenamente os objetivos gerais da República.

⁵³⁰ Nesse sentido: DAGAN, Hanoch. Pluralism and Perfectionism in Private Law. In: **Columbia Law Review**. Vol. 112, 2012, p. 1432.

⁵³¹ Ibid, p. 1445.

É nesse sentido que se propõe aqui o aprofundamento da noção de constitucionalização do Direito Privado, a fim de que seja compreendida a importante participação desse ramo do Direito na construção de uma sociedade plural, livre, justa e solidária, assim como na tarefa de realizar os demais objetivos fundamentais da República.

4.3 DO INDIVÍDUO UNIDIMENSIONAL AOS DIFERENTES SUJEITOS: AS MÚLTIPLAS FACES DO SER HUMANO E A NECESSIDADE DE RESPEITÁ-LO EM SUA ALTERIDADE E DIGNIDADE

A definição de pessoa como um conceito sistemático do Direito ocupa uma posição central desde o Direito Romano. Em razão de sua forte influência sobre o Direito Europeu, as noções de pessoa natural e pessoa jurídica foram levadas para o topo da sistemática jurídica. A pessoa encontra-se no início da compreensão moderna do Direito, pautada na ideia de que sem o sujeito não haveria qualquer direito subjetivo⁵³².

Foi a partir do debate cristão do século XIII e da criação de uma metafísica autônoma para a pessoa moral, com fundamento na ideia de uma vinculação entre liberdade e dignidade, que começou, contudo, a se desenvolver uma noção decisiva para a modernidade, fundada na consideração da pessoa em si, em sua qualidade moral, alçada ao centro do Direito e do pensamento moral, e que foi reconhecida como fonte da normatividade do Direito e da Moral⁵³³.

Na modernidade, a pessoa foi concebida como uma unidade (indivíduo), capaz de criar para si as regras relativas à sua vida privada (autonomia da vontade) e de responder por seus atos. O Iluminismo pregava a autonomia intelectual, política e econômica do indivíduo. Nesse sentido, exigia-se do sujeito um saber conhecer no campo do conhecimento, um saber escolher no espaço público e um saber agir na busca pela sobrevivência e pela segurança material⁵³⁴.

A filosofia idealista (Descartes, Kant, Hegel) criou um sujeito transcendental, representado como uma imagem antropocêntrica da subjetividade divina. Ocorreu, portanto, uma secularização da divindade⁵³⁵ mediante a concepção de um ser humano ideal, distanciado do empírico e, portanto, do mundo real.

⁵³²AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 15.

⁵³³Ibid, 2014, p. 16.

⁵³⁴ Nesse sentido: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

⁵³⁵ Nesse sentido: ZIMA, Peter V. **Theorie des Subjekts**. 3 Auflage. Tübingen: A. Franke Verlag, 2010, p. 86.

Descartes descreveu o sujeito como uma alma, ou seja, desmaterializado, com uma função meramente cognitiva. O ego passou a ser tratado como uma alma imortal. Em Kant, identifica-se um sujeito transcendental. Essa abstração decorreu das exigências metódicas de análise, a partir da compreensão predominante acerca do significado da ciência, entendida como um conhecimento adquirido mediante observação, cujo exercício deveria ser realizado com certo distanciamento por parte do cientista.

Desenvolveu-se, assim, na Modernidade a partir da ideia de soberania do sujeito, um individualismo que deu origem a um eu metafísico, isolado, padronizado, e representou a negação da diferença, da alteridade inerente a todo ser humano. Tal padronização vem dificultando a prática de atos espontâneos, em evidente negação à pluralidade. O ser humano tornou-se prisioneiro da própria subjetividade e, por essa razão, houve uma grande dificuldade em congregiar as pessoas na busca por objetivos comuns.

Tanto o individualismo quanto a padronização do ser humano foram agravados na atual sociedade de consumo, em que falsas necessidades⁵³⁶ são criadas por poderes exteriores aos indivíduos, ou seja, de forma heterônoma, sem que tais sujeitos tenham qualquer forma de controle sobre isso. Ademais, a igualização promovida pelo consumo⁵³⁷ revela sua função ideológica, destacada por Herbert Marcuse, que consiste em apresentar os controles ideológicos como a encarnação da própria Razão – em benefício de todos os grupos e interesses sociais – e em fazer todo questionamento ao *status quo* parecer irreal, neurótico e impotente⁵³⁸.

Desse modo, os indivíduos passam a se identificar com essa forma de vida que lhe é imposta e nela descobrem condições para o seu próprio desenvolvimento e satisfação. A ideia de progresso pelo consumo se transforma em justificação ideológica, em que a publicidade perde o seu caráter e transforma-se em um modo de vida, dando origem ao que Marcuse denominou de padrão de pensamento e comportamento unidimensional, “no qual ideias,

⁵³⁶ Segundo Herbert Marcuse: “A ‘verdade’ ou a ‘falsidade’ das necessidades designa condições objectivas tendo em conta que a satisfação universal das necessidades vitais e, além dela, a atenuação progressiva do esforço penoso e da pobreza, são critérios universalmente válidos”. MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: sobre a ideologia da sociedade industrial avançada. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Livraria Letra Livre, 2011, p. 27.

⁵³⁷ “Se o trabalhador e o seu patrão se distraem com o mesmo programa televisivo e visitam os mesmos lugares de diversão, se a secretária se veste tão bem como a filha do director da empresa, se o negro é dono de um *Cadillac*, se todos leem o mesmo jornal, esta assimilação indica, não o desaparecimento das classes, mas a medida em que as necessidades e as satisfações que servem a persistência da ordem estabelecida são compartilhadas pelos grupos dominados da população”. *Ibid*, p. 30.

⁵³⁸ *Ibid*, p. 31.

aspirações e objectivos que, pelo seu conteúdo, transcendem o universo estabelecido do discurso e da ação são ou rejeitados ou reduzidos aos termos desse universo⁵³⁹.”

De acordo com Pietro Barcellona, o excesso de individualismo e de abstração criou uma subjetividade descentrada, sem memória e sem identidade, a que foi por ele denominada de “sujeito débil”, puramente existencial, fechado no cerco da interpretação, posto fora do sistema social, governado pela regra da eficiência e capacidade de prestação, em grau de se autoproduzir ao infinito⁵⁴⁰.

O indivíduo unidimensional é aquele, portanto, padronizado pelo consumo de massa e adaptado à racionalidade tecnológica, que desenvolve uma consciência insensível à sua falsidade, incapaz de questionar os atuais mecanismos de controle social e a lógica das necessidades criadas para o consumo do supérfluo.

No âmbito mais específico do Direito, a característica da abstração da norma refletiu-se na abstração reconhecida ao próprio ser humano. Como a norma prevê situações genéricas e abstratas, o sujeito a que se refere também deve ser genérico e abstrato⁵⁴¹, ou seja, padronizado. Consoante ressalta Ricardo Lorenzetti, o código representou uma abstração da ideia de cidadão, em que as singularidades foram eliminadas “para dispor sobre um conceito único, ao qual se aplicavam as consequências jurídicas”⁵⁴².

A percepção do ser humano como uma abstração, titular de direitos também abstratos⁵⁴³, não impediu o tratamento das pessoas como mercadoria por parte do sistema capitalista de produção e, ainda, deu origem aos sistemas totalitaristas do século XX⁵⁴⁴. Segundo Pietro Barcellona, houve o triunfo do valor de troca que se transformou na categoria geral de interpretação do mundo⁵⁴⁵. Desse modo, a propriedade assume o papel do princípio

⁵³⁹ MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: sobre a ideologia da sociedade industrial avançada. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Livraria Letra Livre, 2011, p. 34.

⁵⁴⁰ No original: “*Ecco perché il soggetto può presentarsi come ‘soggetto debole’, soggetto puramente esistenziale, chiuso nel cerchio dell’interpretazione, e porsi al di fuori del sistema sociale, ormai compatto, governato dalla regola dell’efficienza e capacità di prestazioni, in grado di autoriprodursi all’infinito*”. BARCELLONA, Pietro. **L’individualismo proprietário**. Torino: Bollati Boringhieri Editore, 1987, p. 27.

⁵⁴¹ Nesse sentido: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

⁵⁴² LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

⁵⁴³ Sobre o tema, afirmou Hannah Arendt: “Desde o início, surgia o paradoxo contido na declaração dos direitos humanos inalienáveis: ela se referia a um ser humano ‘abstrato’, que não existia em parte alguma, pois até mesmo os selvagens viviam em algum tipo de ordem social”. In: ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 396.

⁵⁴⁴ Confira: COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 579.

⁵⁴⁵ BARCELLONA, op.cit., p. 27.

constitutivo do sistema e, na lógica moderna, ser sujeito passa a significar ser capaz de possuir⁵⁴⁶.

O paradigma moderno da consciência criou um indivíduo solipsista, incapaz de perceber a importância da intersubjetividade como meio para a construção de um acordo consensualmente válido. Nesse paradigma, a racionalidade instrumental ou analítica – que parte da separação entre sujeito e objeto – é considerada o único tipo de racionalidade e nega validade empírica a qualquer outra espécie. Dessa forma, o acesso à realidade foi reduzido, consoante afirma Dussel, a juízos descritivo-empíricos dos fatos (meio-fim) ou a objetos teóricos naturais (matematizáveis e validáveis por intermédio de teorias), com pretensão universal de validade⁵⁴⁷. Esse solipsismo ainda é encontrado com bastante frequência na literatura jurídica e em decisões judiciais, conforme será demonstrado no próximo capítulo⁵⁴⁸.

Heidegger faz importante crítica ao sujeito cognoscente e abstrato, ao descrever a pessoa como um ser-no-mundo, ou seja, uma pre-sença, cuja compreensão supõe sempre uma compreensão de “mundo”, assim como do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo⁵⁴⁹, ou seja, a consciência pressupõe sempre um horizonte fundamental de sentido para o *Dasein* (ser-aí).

É preciso reconhecer também, com Renaut, que a afirmação da individualidade como princípio único de todos os valores promoveu um progresso particularmente significativo para as sociedades contemporâneas, sob a forma de emancipação do indivíduo, especialmente “num campo (o da cultura) que por muito tempo foi regido pelo princípio, não da autonomia, mas da autoridade⁵⁵⁰”.

Outro aspecto positivo encontra-se no atual desenvolvimento de uma cultura de resistência à imposição de padrões de comportamento que negam as especificidades de cada povo e destroem identidades. Essa cultura surgiu como um contradiscurso construído por aqueles que foram alijados ou marginalizados desse processo de consumo. A partir da segunda metade do século XX, muitos grupos intensificaram sua luta pelo reconhecimento e pelo respeito a sua identidade cultural. Sob a égide da noção de multiculturalismo, realiza-se o combate a valores universalizantes e totalizantes, criticados em razão de terem promovido

⁵⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 53.

⁵⁴⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 523.

⁵⁴⁸ Confira o item 5.4, infra.

⁵⁴⁹ HEIDEGGER. *Ser e tempo*. Parte I, Trad. Márcia Sá Cavalcante Schubak, 14 ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes / Universidade São Francisco, 2005, p. 40.

⁵⁵⁰ RENAUT, Alain. *O indivíduo. Reflexão acerca da filosofia do sujeito*. 2 ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004, p. 40.

dominações fundadas, por exemplo, em equivocadas ideias acerca da superioridade racial, sexual ou de classe social.

A partir das críticas à modernidade, essa concepção excessivamente abstrata do indivíduo foi perdendo a centralidade, pois o ser humano passou a ser compreendido como um ser contingente, que é social, histórica e biologicamente condicionado. Dessa forma, foi admitida a impossibilidade de se separar o indivíduo racional do sujeito empírico. Diante do reconhecimento de sua natureza finita, o sujeito começou a negar a possibilidade de identificação de uma metafísica infinita para si, ou seja, houve a desconstrução da pretensão de se identificar uma universalidade teórica e prática para a humanidade.

Em razão da marcante antinomia presente na modernidade entre indivíduo e sociedade, Niklas Luhmann desenvolve importante crítica acerca da necessidade de se perceber que não é o indivíduo que funda a sociedade, mas a sociedade que dá origem ao sujeito, pois é ela que lhe oferece condições para que possa se desenvolver, estabelecer vínculos com reciprocidade, celebrar contratos, tornar-se responsável e, com isso, ser sancionado⁵⁵¹. Dessa forma, o sujeito perde seu caráter de entidade pré-social e passa a ser compreendido como um fruto da sociedade.

Os autores pós-modernos, a exemplo de Foucault, Baudrillard, Lyotard e Vattimo, perceberam que essa ideia de um sujeito individual havia se tornado um anacronismo e deveria ser condenada ao desaparecimento no discurso filosófico. Em seu lugar, identificaram o sujeito como um subjugado ou desintegrado⁵⁵².

É evidente o caráter ideológico desse sujeito abstrato, cuja construção teórica buscava assegurar a prevalência dos valores da classe política e econômica emergente, a burguesia, e que se refletiu no Direito Privado moderno, o qual expressava, portanto, a resposta jurídica paradigmática para essa estrutura de legitimação da modernidade⁵⁵³.

Para Dussel, a abstração característica da modernidade destruiu o critério material do conteúdo ético dos atos humanos, pois o sujeito concreto, mortal, é o critério de verdade e validade insubstituível da ética como sujeito vivo. Por isso, faz-se necessário redefinir a

⁵⁵¹ Original: “*Nicht die Individuen begründen die Gesellschaft, indem sie sich zum Zusammenleben entschliessen und einen entsprechend Vertrag schließen, sondern die Gesellschaft begründet die Individuen, indem sie es ihnen ermöglicht, sich als Individuen zu behandeln, Verträge zu schließen, sich wechselseitig zu binden, verantwortlich zu machen, zu sanktionieren*”. LUHMANN, Niklas. Die gesellschaftlich Differenzierung und das Individuum. In: **Soziologische Aufklärung**, Bd. 6: Die Soziologie und der Mensch, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995, s. 129-130.

⁵⁵² ZIMA, Peter V. **Theorie des Subjekts**, 2010, p. 88.

⁵⁵³ AUER, Marietta. **Der privatrechtliche Diskurs der Moderne**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 07.

subjetividade de forma mais flexível, complexa, fluida, uma vez que esta pressupõe, assim como toda intersubjetividade, um sujeito humano concreto vivo como último critério⁵⁵⁴.

Essa transição do indivíduo abstrato e idealizado ao sujeito multifacetado – plural, reconhecido em sua dignidade – resulta de um processo histórico que contou e deve continuar contando com a participação crítica das vítimas em busca do seu reconhecimento. Exige-se, portanto, uma análise consciente do sistema que causa vitimização, denominada por Paulo Freire de conscientização⁵⁵⁵, como um processo contínuo de reflexão crítica e de práxis transformadora do mundo.

Nesse contexto, vem se desenvolvendo uma cultura de respeito à diversidade, à diferença, que admite a existência de múltiplos sujeitos e identidades, além da necessidade de se assegurar o seu adequado reconhecimento. Tais ideias têm contribuído para a promoção de importantes mudanças no âmbito do Direito. Tais transformações ainda são, todavia, bastante tímidas, a exemplo do que ocorre com a noção de pessoa, em que se tornou indispensável reconhecer o fim da concepção insular do ser humano. Segundo Pietro Perlingieri, fez-se uma opção pelo personalismo como superação do individualismo⁵⁵⁶.

A partir da compreensão de que não apenas o Direito, como também qualquer princípio da razão e da natureza são historicamente condicionados⁵⁵⁷, bem como socialmente construídos, é possível afirmar que o ser humano não nasce pessoa, mas se torna pessoa no seio da sociedade⁵⁵⁸.

Para Natalino Irti, o Direito Civil da atual sociedade tecnológica funda-se na defesa do sujeito, em sua essência física e natural, bem como em sua intimidade. Contudo, afirma que isso não significa um retorno ao individualismo característico do século XVIII, uma vez

⁵⁵⁴ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 520-521 e 525-527.

⁵⁵⁵ “A conscientização implica, pois, que ultrapassemos a esfera espontânea de apreensão da realidade, para chegarmos a uma esfera crítica na qual a realidade se dá como objeto cognoscível e na qual o homem assume uma posição epistemológica”. FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979, p. 15.

⁵⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

⁵⁵⁷ Nesse sentido: “O direito, particularmente o direito civil, vem se formando ao longo dos séculos como inerente à vida e à cultura dos povos, tendo como sentido e razão de ser a solução de conflitos, do que resulta o caráter de sua problematicidade, vale dizer, a sua função de pensamento chamado a resolver questões jurídicas concretas. É um produto histórico, que se forma ao longo dos tempos, como cultura e como processo de solução de controvérsias, que vai da previsão dos conflitos, pela tipicidade estabelecida nas regras, até chegar a uma institucionalização dos órgãos e dos critérios de decisão, critérios esses ditados pela ética da comunidade a que se destina”. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04.

⁵⁵⁸ HENECKA, Hans Peter. **Grundkurs Soziologie**. 8. ed. Stuttgart: UVK, 2006, p. 73. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

que não se busca defender a vontade, mas o ser humano em sua originária e nativa singularidade. Dessa forma, a liberdade do indivíduo não se identificaria com a lei, mas se desenvolveria por meio de interesses variados e fragmentados. A busca pela tutela de interesses de variados matizes tornou o Direito Civil dúctil e aberto⁵⁵⁹.

Ao invés da tutela da liberdade (predominantemente formal), protege-se a dignidade da pessoa humana, base de todo ordenamento jurídico, que se materializa para atender às necessidades concretas das pessoas. Segundo Nipperdey, a dignidade representa um valor essencial em si, assim como o início e o ponto central de todo o ordenamento jurídico⁵⁶⁰.

A escolha da dignidade humana como fundamento da República, bem como o objetivo fundamental de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais e regionais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º da CF, criou uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento⁵⁶¹. A dignidade da pessoa humana foi reconhecida como “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática⁵⁶²”, que representa um conjunto de valores humanizadores e civilizatórios.

A partir dessa cláusula geral reconhecendo a dignidade como um valor fundamental, vinculando todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, aquelas atinentes aos direitos da personalidade, Roxana Borges salienta a necessidade de uma interpretação civil-constitucional das normas presentes no Código⁵⁶³.

Dessa forma, desenvolve-se um Direito Civil em maior consonância com os princípios fundamentais e as necessidades existenciais da pessoa. Consoante afirma Maria Celina Bodin de Moraes, a grande tarefa de uma ordem jurídica justa, pluralista e democrática será a de alcançar o equilíbrio entre a exaltação do indivíduo e de sua racionalidade egoísta de um lado, e de outro, o totalitarismo subjacente à ideia do socialmente correto⁵⁶⁴.

A crítica a alguns ideais da modernidade gerou um processo de descentralização do sujeito. Percebeu-se como uma falácia a proposta de separar o indivíduo racional do ser

⁵⁵⁹ IRTI, Natalino. **La cultura del diritto civile**. Torino: Utet, 1990, p. 53-55.

⁵⁶⁰ NIPPERDEY, Hans Carl. Die Würde des Menschen. In: NEUMANN, Franz L.; NIPPERDEY, Hans-Carl; SCHEUNER, Ulrich. **Die Grundrechte**: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Berlin: Duncker e Humboldt, 1954, p. 01.

⁵⁶¹ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXV.

⁵⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

⁵⁶³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 248.

⁵⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 15, ago-dez. 1999, p. 95-113, p. 106.

humano empírico⁵⁶⁵. Por outro lado, a percepção da pessoa como um ser unitário tornou-se insuficiente para explicar o papel social do ser humano, tendo em vista que os sujeitos desempenham diferentes papéis e o tratamento jurídico dado à pessoa dependerá da função específica por ela desempenhada em cada ato jurídico: fornecedor, consumidor, ascendente, descendente, menor, criança ou adolescente, idoso, mulher, pessoa pública, dentre outros.

Houve, portanto, uma mudança na concepção do sujeito na passagem da modernidade para a pós-modernidade: o sujeito até então indivisível, dividiu-se, perdeu a centralidade, sofreu, portanto, um processo de desintegração⁵⁶⁶ na pós-modernidade.

Ao analisar a subjetividade do sujeito europeu⁵⁶⁷, Peter V. Zima a compreendeu como uma ambivalência, que deve ser percebida como uma unidade de oposições, pois é simultaneamente uma instância autônoma e produtiva, assim como desintegrada e subjulgada. Nesse sentido, o sujeito individual não é considerado nem um soberano-fundamental nem um subjulgado, mas sim um constante transformar-se, uma unidade semântica narrativa e dialógica, que vive em confronto com o outro, que para ele é um estranho. Essa concepção representaria uma tentativa de se pensar de forma dialética unidade e pluralidade, além de se conceber uma subjetividade que não se deixa negar pela ambivalência, pelas contradições e pela aceitação do outro⁵⁶⁸.

Nesse sentido, o sujeito deve ser compreendido como uma instância dialógica e dinâmica, que vivencia ambiguidade e negação, dialogicidade e alteridade, reflexividade, narratividade e construção de identidade. Ademais, somente quem estiver disposto a promover uma transformação radical, a mudar de opinião ou a construir um programa narrativo completamente novo poderá utilizar tais características como instrumento de construção da identidade. Segundo o referido autor, essa subjetividade dialógica é voltada para a alteridade⁵⁶⁹.

É, portanto, a partir dessas construções que se pretende desenvolver a noção de sujeito na presente tese, fundada na ideia de constitucionalização do Direito Civil, na qual se busca substituir a figura do indivíduo pela noção de pessoa (ou sujeito) e se ultrapassa a

⁵⁶⁵ Em sentido semelhante: AUER, Marietta. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 48.

⁵⁶⁶ ZIMA, Peter V. *Theorie des Subjekts* – Subjektivität und Identität zwischen Moderne und Post-Moderne. 3 Auflage. Tübingen: Franke, 2010, p. 193 a 293.

⁵⁶⁷ O autor ressalta que não pretende afirmar que o sujeito dialógico é a regra da sociedade pós-moderna e, por isso, se refere ao europeu. In: ZIMA, op.cit., p. 89.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 88.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 368-369.

excessiva ênfase no Eu (*Ego*), para demonstrar que a construção da personalidade se dá num processo dialógico e, portanto, intersubjetivo.

Daí a importância da abertura ao outro (*Alter*), da percepção e do respeito à diferença para a construção da própria personalidade. Consoante se afirmou anteriormente, o outro é essencial para a formação do “eu”, pois o desenvolvimento da personalidade depende da participação de outros sujeitos importantes. Nesse sentido, adquire maior relevo social e força jurídica a ideia de solidariedade, no âmbito em que antes prevalecia a liberdade individual. Essa mudança paradigmática deixa de ser compreendida, todavia, como uma imposição, e passa a ser considerada como uma condição *sine qua non* ao desenvolvimento de todo sujeito, o que contribui para o desenvolvimento da solidariedade social.

A partir da percepção do relevante papel desempenhado pelo outro, torna-se possível construir uma convivência mais harmônica, em que as diferenças são não apenas aceitas e respeitadas, mas também valorizadas, por conter em si o potencial para o novo, o inesperado, que sempre contribui para enriquecer culturalmente qualquer sociedade.

No âmbito específico do Direito, essas noções contribuem para promover uma mudança no enfoque conferido à noção de sujeito de direito, em que se reduz a importância da identificação da ideia de pessoa como titular de direitos e deveres⁵⁷⁰ e se busca enfatizar a participação em relações jurídicas⁵⁷¹. Nesse sentido, a tutela da personalidade e os direitos individuais deixam de ser interpretados como pertencentes ao sujeito de modo isolado do ambiente social em que se encontra, mas como meios de realização da comunidade⁵⁷². Nesse sentido, não basta reconhecer o direito de participação em relações jurídicas, faz-se necessário garantir igual dignidade a todos que desejam travá-las.

Para Pietro Perlingieri, a concretização da dignidade social do cidadão dá-se por intermédio dos princípios da solidariedade e da igualdade, razão pela qual utiliza a expressão

⁵⁷⁰ Como exemplos desse enfoque tradicional: “A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 181; “**Sujeitos de direito**. A ordem jurídica admite duas espécies de pessoas:”. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 127; “Como enfocamos no título anterior, só o ser humano pode ser titular das relações jurídicas”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Parte geral**. Vol 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 131. “Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, vol. I: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

⁵⁷¹ Nesse sentido: “Sujeito de direito é quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres”. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215.

⁵⁷² Segundo Pietro Perlingieri, “Isso comporta uma mudança de perspectiva também na concepção da sociedade e da comunidade, as quais de mecanismos se transformam em organismos. Os pontos centrais voltam a ser o homem e a relação comunidade-homem”. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 465.

igual dignidade social, para se referir ao princípio que deve garantir a cada sujeito o respeito inerente à qualidade de ser humano, assim como condições idôneas ao exercício das próprias aptidões pessoais. Ademais, esse princípio impõe ao Estado o dever de “atuar contra situações econômicas, culturais e sociais mais degradantes e que excluem alguns sujeitos do tratamento social reservado à generalidade⁵⁷³”.

Não obstante os inúmeros avanços ocorridos nas últimas décadas no Brasil, anteriormente citados, a exemplo da promulgação de importantes diplomas legislativos – como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, e o mais recente Estatuto da Pessoa com Deficiência – e do reconhecimento aos casais homoafetivos do direito de se casar, ainda se percebe certo conservadorismo em relação a alguns temas, o que impede que seja oferecido a muitos cidadãos o respeito adequado à sua condição humana, além de obstar o pleno exercício de suas aptidões pessoais.

Como exemplo, pode ser citada a resistência de muitos tribunais em permitir alterações no registro dos denominados transexuais, assim entendidos como aqueles que buscam o reconhecimento do gênero com o qual se identificam⁵⁷⁴. Para Urbano Félix Publiese, trata-se de uma identidade de gênero que deve ser protegida pela sistemática jurídica quando assim houver necessidade⁵⁷⁵. Tais perspectivas procuram tratar a transexualidade como um modo de ser e não como uma doença.

Não é esse, entretanto, o entendimento prevalecente perante o Poder Judiciário brasileiro, que ainda utiliza o termo transexualismo, cujo sufixo está associado à ideia de doença e exige, como requisito para as alterações no registro civil do requerente, a suposta confirmação mediante diagnóstico médico referente ao “Transtorno de Identidade Sexual (CID F-64)”. Em muitos casos, constata-se até mesmo a recusa em se proceder à alteração do sexo no assento de nascimento do transexual, em razão de se entender que tal procedimento geraria uma incompatibilidade entre a identificação do sexo e as características genéticas da pessoa⁵⁷⁶.

⁵⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 463.

⁵⁷⁴ Nesse sentido: DUQUE, Tiago. *Montagens e desmontagens: vergonha, estigma e desejo na construção das travestilidades na adolescência*. São Carlos: UFSCar, 2009.

⁵⁷⁵ BONFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. Salvador: UFBA, 2015, p. 149.

⁵⁷⁶ Veja ementa de um julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que se autorizou a mudança do nome do apelante, a fim de compatibilizar sua designação com a aparência física, relacionada ao sexo feminino, mas não se permitiu a alteração da identificação sexual no registro de nascimento, com base no argumento de que a designação do sexo deve corresponder à sua identidade genética.

Em situações ainda mais graves, as ações são extintas pelos juízes, baseadas no argumento de que não haveria interesse de agir, em razão de não ter sido realizada a cirurgia de redesignação do sexo. O Tribunal de Justiça de São Paulo vem reformando tais decisões e adotando uma linha argumentativa em conformidade com o que se defende na presente tese, segundo a qual toda pessoa tem o direito de utilizar o nome com o qual se identifique e que não lhe cause constrangimentos. Ademais, a exigência de realização da cirurgia como requisito para retificação do registro civil representa uma violação à dignidade da pessoa humana, por forçar o sujeito a promover alterações no próprio corpo, nem sempre desejadas⁵⁷⁷.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RETIFICAÇÃO REGISTRO DE NASCIMENTO - TRANSEXUAL - ALTERAÇÃO DO NOME - POSSIBILIDADE - RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - EXPOSIÇÃO A SITUAÇÕES VEXATÓRIAS E HUMILHANTES - ALTERAÇÃO DA DESIGNAÇÃO DO SEXO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PROVIMENTO DO RECURSO. (TJMG - Apelação Cível n. 1.0702.15.030891-5/001, Relator(a): Des.(a) Fernando de Vasconcelos Lins (JD Convocado), 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/12/0015, publicação da súmula em 15/12/2015).

No corpo do acórdão constam as seguintes afirmações: “O assento de nascimento deve conter a realidade e, na hipótese, o fato de o autor ser acometido do indigitado transtorno, não o torna, do ponto de vista genético, pessoa do sexo feminino. Destarte, geneticamente, o apelante sempre será do sexo masculino, pela presença dos cromossomos sexuais ‘XY’, que são imutáveis, associado à total impossibilidade de procriar, pela ausência de ovários e útero.”.

⁵⁷⁷ "APELAÇÃO CÍVEL. Ação de retificação de registro civil. Autor transexual almeja que seu nome social feminino substitua o nome masculino oficialmente registrado. Sentença de extinção do feito, por falta de interesse processual, a exigir submissão a procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, como condição para alteração do registro civil. Apelo do autor. Conjunto probatório apto a demonstrar tratar-se de pessoa transexual, não identificada com o sexo masculino, que aguarda fila para realização de cirurgia de mudança de sexo. Não apenas tem a pessoa natural direito ao nome que lhe é dado no momento do nascimento para identificá-la, como também tem direito ao nome com o qual se identifique, e do qual não advenham constrangimentos. Apego às regras estanques da imutabilidade e indisponibilidade do nome não podem servir de justificativa para limitar direito fundamental do indivíduo transexual à fruição plena de sua cidadania, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se, por prevalência de princípio constitucional, admite-se a relativização das normas registrais, não se pode condicionar esta relativização à realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização, o que significaria a instituição de requisito discriminatório, a forçar indivíduos a realizar interferências cirúrgicas no próprio corpo, nem sempre desejadas. Precedentes desta Câmara e Tribunal. Sentença reformada, para permitir a alteração do registro civil e substituição do prenome masculino. Recurso provido." (TJSP Apelação Cível 0001360-69.2014.8.26.0457. 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Viviani Nicolau. Data do Julgamento: 11/08/2015. Data do Registro: 11/08/2015).

“Apelação – Ação de alteração de registro civil – Não requerida modificação da identificação do sexo – Pretensão apenas de alteração do prenome constante no assento – Inserção de nome masculino em detrimento de nome feminino – Sentença – Extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de pressuposto processual – Art. 267, VI, CPC – A tão-só aparência masculina não tornaria a requerente de fato do sexo masculino – Necessidade de precedente cirurgia de redesignação de sexo, para se pretender mudança de prenome – Caso contrário, haver-se-ia contradição entre o prenome e identificação do sexo da requerente no assento – Inconformismo – Desnecessidade de precedente cirurgia de redesignação – Não cabe ao Estado ingerir-se de tal maneira na vida do indivíduo que determine as condições – por natureza tão íntimas – para que possa exercer o seu direito de identidade – Presente o requisito do interesse processual – Manutenção do nome tal como está configura eminente situação vexatória – Incidência do art. 515, §3º, CPC – Vedação legal à limitação voluntária dos direitos de personalidade (art. 11, CC) – Proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana – Sentença reformada – Ação julgada procedente – Recurso provido (TJSP Apelação Cível 0007043-56.2011.8.26.0663. 9ª Câmara de Direito Privado. Relator(a) Piva Rodrigues. Data do Julgamento: 10/02/2015. Data do Registro: 13/02/2015).

Nessa linha de entendimento, o STJ vem reconhecendo, como um direito inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o poder de manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui a identidade sexual. Afirma ainda que manter o assento do sexo no registro civil em dissonância com a realidade psicológica e social, em favor da realidade biológica equivale a manter o sujeito em estado de anomalia, o que ofende sua dignidade⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ **DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética de beneficência, autonomia e justiça, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem

Reconhecer a possibilidade de retificação do registro civil de modo a adequar o nome e a identificação sexual à própria identidade – ao seu modo de ser – é uma forma de concretização da dignidade social dos cidadãos, assegurando-lhes o respeito à alteridade inerente à sua subjetividade, de modo que possa viver em condições idôneas e de igualdade material, aptos a desenvolver plenamente suas aptidões pessoais. O entendimento em sentido contrário expõe o sujeito a situações econômicas, sociais e culturais degradantes, que ofendem também seu sentimento de dignidade.

Os avanços propostos buscam superar a concepção do ser humano como um ente abstrato, o que gerou a padronização das pessoas, em detrimento de sua própria individualidade. Esse talvez deva ser o maior paradoxo da modernidade: um individualismo que nega a alteridade, a individualidade. Mediante o reconhecimento e o respeito intersubjetivo à diferença é que cada sujeito poderá desenvolver plenamente sua personalidade e exercer com mais liberdade seus múltiplos papéis sociais. No interior dessa relação mais saudável com o outro, torna-se possível construir uma adequada visão acerca do significado de autonomia, conforme se verá a seguir.

4.4 A PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA DA AUTONOMIA PRIVADA: O PAPEL DO OUTRO

O termo autonomia é de origem grega e foi bastante utilizado em textos que se referiam à liberdade. Em muitas hipóteses, as expressões autonomia e liberdade encontravam-se associadas para se referir às cidades que não estavam submetidas ao controle externo⁵⁷⁹.

restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar imperfeições como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti. (STJ REsp 1008398 / SP, T3 – Terceira Turma. Rel. Min Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 15/10/2009. DJe: 18/11/2009).

⁵⁷⁹ RENAUT, Alain. O indivíduo. Reflexão acerca da filosofia do sujeito. 2 ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004, p. 08.

Já autonomia da vontade e autonomia privada são expressões em torno das quais ainda não há consenso acerca de suas origens, muito menos no que se refere ao significado. Há quem defenda, de um lado, que o princípio surgiu no âmbito do direito internacional⁵⁸⁰. Por outro lado, a primeira expressão também é atribuída a Emmanuel Kant, que a teria introduzido em 1796 na obra “Crítica da Razão Prática”⁵⁸¹. Em seguida, com a publicação da “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”, Kant reconhece a vontade individual como única fonte de toda obrigação jurídica⁵⁸².

Na mesma obra, Kant distingue também autonomia de heteronomia. A primeira representa o campo da liberdade, âmbito em que os seres humanos exercem suas escolhas e estabelecem regras para si mesmos, coletiva ou interindividualmente. Já a heteronomia consiste em regras que o ser humano não pode modificar, pois está sujeito a elas, a exemplo daquelas encontradas no âmbito da natureza⁵⁸³.

Consoante afirmado anteriormente⁵⁸⁴, foi a partir da ideia kantiana de que a lei deveria ter como conteúdo algo que um sujeito racional seria capaz de atribuir a si mesmo, que a noção de autonomia, como sinônimo de capacidade jurídica, surgiu na literatura jurídica⁵⁸⁵.

A partir de então, desenvolveu-se no Direito a noção de autonomia da vontade, fundada no paradigma liberal-individualista, que a considerava um valor quase que absoluto, fonte de toda a disciplina jurídica e do próprio Estado. A partir das críticas ao excesso de poder conferido ao princípio, desenvolveu-se a noção de autonomia privada.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, afirma Nádia de Araújo: “Atribui-se a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no DIPr”. In: ARAÚJO, Nádia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 370.

⁵⁸¹ “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres a ela correspondentes; mas, por outro lado, toda heteronomia do livre-arbítrio não só deixa de fundamentar qualquer obrigação como também resulta completamente contrária ao princípio desse livre-arbítrio e à moralidade da vontade”. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005, p. 35.

⁵⁸² “a vontade é a faculdade de não escolher nada mais que a razão” e “Concebe-se a vontade como uma faculdade de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis. Semelhante faculdade só se pode encontrar em seres racionais”. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 43 e 57, respectivamente.

⁵⁸³ KANT, op.cit., p. 71.

⁵⁸⁴ Confira item 2.1.2.

⁵⁸⁵ Fernando Noronha atribui a Emmanuel Gounot a formulação do princípio da autonomia da vontade, com o escopo de realizar uma crítica à influência do liberalismo econômico no Direito: “Foi por isso que Gounot, para criticar, teve primeiro de sintetizar a ideia dominante, formulando o que, inspirando-se em Kant, com rara felicidade denominou de *princípio da autonomia da vontade*. Só por uma dessas ironias da vida é que esse princípio, que tão bem caracteriza toda uma era (e ainda hoje de indubitável importância, mas já não rei absoluto) foi expressamente formulado apenas porque era preciso demonstrar as suas inconseqüências[...]”. NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67.

Para Judith Martins Costa, as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” não devem ser confundidas, pois a primeira representa, dentre outras coisas, uma construção ideológica do final do século XIX utilizada por alguns juristas para se opor aos excessos do liberalismo econômico, assim como à tradução jurídica do capitalismo comercial oitocentista⁵⁸⁶. Já Teresa Negreiros entende que ambas as expressões exprimem a mesma realidade, apesar de autonomia da vontade estar ligada ao voluntarismo jurídico do século XIX⁵⁸⁷. Silvio Venosa também não realiza qualquer distinção de natureza semântica, mas conceitualmente trata da autonomia privada, ressaltando as transformações sofridas pela vontade⁵⁸⁸.

No período em que predominou a ideologia liberal, valorizou-se de forma excessiva a vontade (individualismo) como apta a produzir efeitos jurídicos, sem se levar em consideração o contexto social. O lento processo de transformação da autonomia da vontade em valor soberano foi bem resumido por Georges Ripert⁵⁸⁹. Nesse contexto, a vontade era reconhecida como fonte de direitos, a exemplo do que defendia Josserrand⁵⁹⁰.

Emilio Betti critica a noção de autonomia da vontade como apta a produzir efeitos jurídicos, inspirada no dogma da vontade. Para o referido autor, não basta a presença desse elemento, é preciso comportar-se de modo a materializar o negócio jurídico, ou seja, a análise

⁵⁸⁶ “E não se entenda ‘autonomia privada’ como ‘autonomia da vontade’, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo ‘um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos’; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a ideia de uma quase que ‘espontânea’ composição dos interesses econômicos interprivados”. MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. Vol 1., n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, maio 2005, p. 41-66, p. 43-44.

⁵⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 03.

⁵⁸⁸ “A autonomia da vontade não mais se harmoniza com o novo direito dos contratos. A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados; doutro modo, o individualismo tornaria a sociedade inviável. O Estado, por sua vez, com muita frequência ingressa na relação contratual privada, proibindo ou impondo cláusulas. Essa situação vem colocar em choque o contrato como dogma do liberalismo. O binômio liberdade-igualdade que forjou esse liberalismo no direito das obrigações tende a desaparecer”. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. vol. III. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 364-365.

⁵⁸⁹ “Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pode então reinar a doutrina da autonomia da vontade, que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato”. In: RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 53-54.

⁵⁹⁰ JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Trad. da 3. ed. Santiago Cunchillos e Materola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 130.

deve se pautar pelo comportamento que a exterioriza⁵⁹¹. Em sentido semelhante, Antônio Junqueira de Azevedo defende que a vontade não é elemento do negócio jurídico, mas sim a sua declaração⁵⁹².

Aos poucos, as críticas foram contribuindo para diminuir esse totalitarismo da vontade, marcado por forte individualismo. Tais características mantiveram-se, contudo, em sua essência, nas definições de autonomia privada encontradas em destacados autores contemporâneos, a exemplo de Luigi Ferri, para quem a autonomia privada é um sinônimo do poder de disposição e consiste no poder de ditar normas, no exercício do qual os sujeitos poderiam criar, modificar e extinguir situações e relações jurídicas⁵⁹³. Já para Jan Schap, a autonomia privada vincula-se à possibilidade de estabelecer livremente as próprias relações da vida por intermédio de negócios jurídicos, em especial do contrato⁵⁹⁴.

De acordo com Karl Larenz, a “configuração autodeterminada de relações jurídicas com os outros é regida pelo princípio da autonomia privada, que em vez da tutela estatal, permite aos próprios afetados estabelecer relações a partir de suas próprias vontades⁵⁹⁵”.

Para Francisco Amaral, as expressões diferenciam-se pelo fato de “autonomia da vontade” ter uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” estabelece o poder da vontade, como um direito objetivo, concreto e real⁵⁹⁶. A mudança no uso das

⁵⁹¹ “Na verdade, a ‘vontade’, como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, suscetível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados”. In: BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 80.

⁵⁹² “A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4ª ed. atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

⁵⁹³ “Ora io penso che questo disorientamento sia il frutto della mancanza di una precisa nozione giuridica di autonomia privata. Per me, potere di disposizione e autonomia privata sono il medesimo concetto”. Tradução nossa: Ora, eu penso que esta desorientação seja fruto da falta de uma precisa noção jurídica sobre a autonomia privada. Para mim, poder de disposição e autonomia privada são o mesmo conceito. In: FERRI, Luigi. **L’autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 224.

⁵⁹⁴ No original: “Privatautonomie liegt dann in der Möglichkeit, die eigenen Lebensverhältnisse mit dem Mittel des Rechtsgeschäftes, insbesondere des Vertrages frei zu gestalten”. In: SCHAPP, Jan. *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr, 1986, p. 51.

⁵⁹⁵ Tradução nossa. No original: “Die selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsbeziehungen zu anderen führt zum Prinzip der Privatautonomie, die an Stelle staatlicher Bevormundung es den Betroffenen selbst überläßt, ihre Beziehungen nach ihrem eigenen Willen zu gestalten”. In: LARENZ, Karl. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 9., neubearbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004, p. 24.

⁵⁹⁶ AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas Estrutural e funcional. In: **Revista de direito civil**, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1988, p. 7-26, p. 15.

expressões decorre, portanto, de uma importante alteração no conteúdo da noção de autonomia, fundada na passagem do Estado liberal para o Estado social. Fernando Noronha também reconhece que a expressão autonomia privada decorreu de uma revisão do liberalismo econômico e das concepções voluntaristas acerca do negócio jurídico⁵⁹⁷.

Não obstante tais transformações em seu conteúdo, faz-se necessário reconhecer que esse princípio já não tinha um caráter absoluto desde a sua origem, em razão de não refletir a realidade social em sua plenitude, além de ter sido, desde os primórdios, restringido pela ordem pública, mediante limitações oriundas do dirigismo contratual (intervenção do Estado na economia do contrato)⁵⁹⁸. Tais limitações não foram, entretanto, suficientes para impedir abusos por parte dos detentores do poder econômico⁵⁹⁹ e o avanço de uma desigualdade social cada vez mais intensa, consoante vem demonstrando as atuais análises econômicas.

A partir dessas críticas, Giovanni Ettore Nanni defende ser necessária uma “assimilação de transição” da autonomia da vontade para a autonomia privada, pois entende que a segunda expressão está vinculada aos valores constitucionais de tutela da pessoa humana⁶⁰⁰. Já Paulo Raposo chega a afirmar não ser mais admissível se referir à autonomia da vontade, em face da limitação desse poder⁶⁰¹.

A autonomia privada vem sendo compreendida como o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular seus próprios interesses⁶⁰². Em sentido semelhante, porém mais abrangente, Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma que o poder de gerar regras jurídicas para as próprias relações não se encontra apenas na vontade da pessoa, mas naquela declaração que

⁵⁹⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 113.

⁵⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. III. 13ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 22.

⁵⁹⁹ “Proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não pode interferir, ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa” Ibid, p. 23-24.

⁶⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de Direito civil constitucional**. N. 02. Curitiba: Juruá, 2002 ,p.157.

⁶⁰¹ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002 ,p.85.

⁶⁰² Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa-fé nas relações de consumo. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.611-661, p. 614/615.

estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, tanto no que diz respeito à forma quanto ao conteúdo, bem como à capacidade e legitimidade do sujeito⁶⁰³.

Para Pietro Perlingieri, a expressão autonomia privada não pode ser definida em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que coloca a sua exigência. O referido autor compreende como sendo o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar as vicissitudes jurídicas decorrentes de comportamentos livremente assumidos. Trata-se de conceito que ultrapassa a mera iniciativa econômica, pois é a atuação não somente de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade. Ademais, afirma que o elemento constante na teoria dos atos é a iniciativa e não a autonomia privada, pois esta pode faltar⁶⁰⁴.

Em seguida, Perlingieri conclui que a autonomia privada deve ser submetida a juízos de licitude e valor, por meio dos quais se analisa a compatibilidade entre o ato e o ordenamento globalmente considerado⁶⁰⁵.

Desse modo, em consonância com tudo o que foi até aqui defendido, em especial com a ideia de que o outro (em sua alteridade) é requisito essencial à constituição de todo ser humano, o que exige a solidariedade de todos na busca pela plena realização de cada pessoa, propugna-se, na presente tese, em conformidade com o pensamento de Alain Renaut, pela ideia de autonomia privada como abertura ao outro, uma vez que para se constituir enquanto sujeito, a pessoa precisa transcender sua singularidade e pensar-se “como membro de um mundo comum a todos os seres que possuem, tanto quanto ele, a estrutura da subjetividade⁶⁰⁶”.

A noção de autonomia aqui defendida é, portanto, intersubjetiva, tendo em vista a capacidade de se submeter a leis outorgadas a si mesmo pressupor um acordo social em torno do que é admissível enquanto exercício dessa liberdade, ou seja, pressupõe uma relação com a humanidade, mas também com todo o exterior que o cerca. É a partir do mundo da vida – em sua totalidade – que se torna possível definir limites ao exercício da autonomia.

⁶⁰³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

⁶⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: Introdução ao direito civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-19.

⁶⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro.op.cit. p. 277.

⁶⁰⁶ E complementa: “A ideia de sujeito, precisamente na medida em que ela não se reduz à de indivíduo, mas, ao contrário, implica uma transcendência, uma ultrapassagem da individualidade, encerra em si a intersubjetividade e, assim, a comunicação em torno de uma esfera comum de princípios e valores. E é, sem dúvida, mediante essa articulação intrínseca entre subjetividade e intersubjetividade que se trata de repensar o sujeito de hoje”. RENAUT, Alain. **O indivíduo: Reflexão acerca da filosofia do sujeito**. 2 ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004, p. 90

Do cotejo entre a necessidade de cuidado e de responsabilidade com o outro de um lado, e o respeito à sua autonomia, por outro, surge um interessante e complexo problema, que consiste em determinar quais os limites entre o dever de solidariedade e o respeito à autonomia. Em que momento a necessidade de auxiliar o outro perde o caráter de solidariedade e se torna um desrespeito à sua autonomia?

Roxana Borges realizou estudo aprofundado sobre o tema, em que negou a necessidade de qualquer exigência de solidariedade entre os membros da coletividade, no que diz respeito aos direitos personalíssimos do ser humano. Afirmou, então, que basta garantir a inviolabilidade da esfera íntima tanto em face do Estado, quanto em relação à sociedade, para que o sujeito possa desenvolver plenamente sua personalidade. Para tanto, entende ser necessária a manutenção, no âmbito dos direitos mais íntimos, da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, de modo a manter uma clara distinção entre o interesse social e o individual, evitando, assim, interferências indevidas na esfera privada de cada sujeito, pois defende que, em se tratando dos direitos da personalidade, submetê-los apenas às regras do Direito Público significa negar a essência e a *ratio* dessa importante categoria de direitos⁶⁰⁷.

Ainda segundo a referida autora, querer que o particular se mova por interesses públicos, no que diz respeito aos seus direitos mais íntimos, seria transformar a autonomia privada em poder-função⁶⁰⁸. Tal opinião tem a vantagem de contribuir para reforçar os argumentos no sentido de se afastar diversas interferências na esfera privada que tradicionalmente eram ou ainda são justificadas a partir do pretexto de se defender o interesse público ou social, a exemplo de fortes resistências à união entre pessoas do mesmo sexo, à adoção realizada por casais homoafetivos, ao reconhecimento de direitos aos chamados profissionais do sexo, à alteração do nome e do sexo registral dos transexuais, dentre outras situações de intromissão no livre exercício da personalidade.

De acordo com Roxana Borges, enquanto no Direito Público prevalecem os princípios da igualdade e publicidade, no Direito Privado as regras são regidas por um princípio de exclusividade⁶⁰⁹, que tem o objetivo de afastar possíveis interferências alheias – seja por parte de outras pessoas, do Estado ou da sociedade – nas opções de vida feitas por cada indivíduo no exercício de sua autonomia, de modo a garantir a cada ser humano a

⁶⁰⁷ “Nas situações em que interesse público e interesse privado são realmente distintos – e até conflitantes –, a divisão entre direito público e Direito Privado, mais que útil, é necessária”. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.

⁶⁰⁸ BORGES, op.cit., p. 91.

⁶⁰⁹ “O sentido do princípio da exclusividade é muito mais amplo que a atual noção de privacidade ou de intimidade enquanto espécies ou tipos de direitos de personalidade. Assemelha-se mais à proteção da esfera de dignidade da pessoa contra a intromissão do Estado ou da sociedade”. BORGES, op.cit., p. 95.

possibilidade de ser e agir de modo diferente em relação às demais pessoas. Em sentido semelhante, Luigi Ferri defende a liberdade como individualidade do sujeito, ou seja, identifica a liberdade com a esfera da personalidade de cada ser humano⁶¹⁰.

Em que pese os argumentos apresentados pela referida autora, defende-se, na presente tese, que se posicionar favoravelmente ao fim da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado em todas as esferas do Direito, o que inclui os direitos da personalidade, não significa exigir que os particulares atuem, no âmbito de sua intimidade, movidos pelo interesse público, mas demonstrar que essa esfera íntima deve ser protegida e promovida em todos os contextos sociais, pois, em verdade, não se vislumbra a possibilidade de que os direitos mais íntimos dos particulares possam violar o interesse público.

Por conseguinte, o mais importante consiste em demonstrar que, em um regime democrático, em que houve um consenso em torno de valores e direitos fundamentais, consagrados numa Constituição, não há qualquer possibilidade de confronto entre essas esferas (direitos da personalidade versus interesse público), o que dispensa a defesa da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Em verdade, constata-se a utilização indevida da expressão “interesse público” na defesa de valores religiosos ou morais que são restritos a determinados grupos – prática combatida também por Roxana Borges –, ou seja, busca-se impor ao outro um ideal de vida, o que configura um ato de violência. Torna-se assim, relevante, desconstruir tais formas de argumentar, demonstrando a grande falácia contida na imposição de comportamentos para a vida privada e personalíssima em nome do interesse público ou social. Essa proposta encontra-se em consonância com o quanto defendido pela referida autora.

Outro aspecto interessante na obra de Roxana Borges é que, enquanto a maioria da doutrina vê nos direitos da personalidade apenas uma proteção contra a intromissão indevida de terceiros em suas esferas privadas, ou seja, ressalta apenas seu aspecto negativo, Roxana Borges busca valorizar também o aspecto positivo, que representa a possibilidade de todo sujeito exercer plenamente sua liberdade no que diz respeito à sua esfera íntima, sem que sofra qualquer intromissão indevida por parte de terceiros, do Estado ou da sociedade, ainda que, para tanto, tais pessoas tentem se valer do Direito. Por essa razão, defende ser a função

⁶¹⁰ “*Esso è liberta, ma libertà rispettosa delle altrui libertà, cioè coesistenza delle libertà; la limitazione che è insita nell’idea del diritto è essa stessa una limitazione formata, costituita di libertà: è la libertà dell’altro, la libertà del nostro prossimo. Ma la libertà umana non è un vuoto, è la individualità del soggetto, la personalità*”. “Isso é a liberdade, mas a liberdade relativa à liberdade dos outros, isto é coexistência da liberdade; a limitação que é inerente à ideia de direito é em si uma limitação formada, constituída de liberdade: é a liberdade do outro, a liberdade do próximo. Mas a liberdade humana não é um vazio, é a individualidade do sujeito, da personalidade”. Tradução nossa. In: FERRI, Luigi. *L’autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 215.

primordial do Direito, no que se refere aos direitos da personalidade, “evitar a interferência indevida de um indivíduo na esfera jurídica de outro que impeça o exercício positivo de seus direitos mais íntimos⁶¹¹”.

Em outro aspecto essencial, tal opinião se encontra em conformidade com as ideias aqui desenvolvidas, no que diz respeito à necessidade de “afastar a possibilidade de o Estado, o direito ou a sociedade imporem padrões de conduta homogeneizadores que não se justificam pela proteção de interesses legítimos de terceiros⁶¹²”.

Discorda-se, todavia, da afirmação segundo a qual a solidariedade não se aplicaria aos direitos da personalidade⁶¹³. O pleno desenvolvimento de toda a esfera íntima do ser humano depende da participação do outro, uma vez que o adequado reconhecimento por parte de outros sujeitos importantes é essencial na formação da identidade do sujeito e de qualquer grupo social.

A formação da identidade e o desenvolvimento da personalidade de cada sujeito dependem não apenas de uma postura passiva – que consistiria em respeitar e evitar ofensas aos direitos personalíssimos de alguém –, mas também uma efetiva participação do outro⁶¹⁴. Não se trata aqui de mera exigência ou um dever ético, mas de uma realidade inerente à vida em sociedade. O ser humano desenvolve-se a partir das relações com os demais sujeitos, e essa participação, que contém frequentes momentos de solidariedade, é um fato social essencial à formação de sua identidade/personalidade.

Diante deste fenômeno, surge então o dever ético-jurídico de coexistir com o outro, de modo a permitir o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Tal postura exige uma efetiva participação (aspecto positivo) de cada membro da sociedade, na qual se oferece ao outro: o adequado reconhecimento de sua identidade; uma convivência harmônica com sua alteridade; o acolhimento de possíveis vítimas do sistema ético-jurídico dominante; e a luta pelo reconhecimento da identidade e dos direitos dos sujeitos marginalizados.

Esse dever exige, portanto, o aprofundamento da solidariedade inerente às relações humanas, na busca por uma plena realização de cada pessoa. Desse modo, poderá ser

⁶¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105-106.

⁶¹² BORGES, op.cit., p. 108.

⁶¹³ “Reconhecemos que a possibilidade da vida social requer solidariedade entre as pessoas e que o direito deve ter regras fundamentadas no princípio da solidariedade. Mas não é todo o campo jurídico que é afetado por esse princípio, a exemplo dos direitos da personalidade. O principal instrumento das regras jurídicas de solidariedade são institutos na forma de deveres, de funções e de poderes-deveres ou direitos-deveres. Nenhum desses modelos pode ser aplicado aos direitos de personalidade”. In: BORGES, op.cit., p. 106.

⁶¹⁴ Cf. Tópico “3.3. O multiculturalismo e a luta pelo reconhecimento da alteridade”, em que se discutiu a formação da identidade de todo sujeito.

construída uma sociedade livre, justa e solidária. É preciso, entretanto, tentar estabelecer limites para o dever de solidariedade, que, uma vez ultrapassados, representarão uma invasão à esfera de autonomia do sujeito.

Sustenta-se, no presente trabalho, que, enquanto o comportamento do sujeito atingir apenas a sua esfera íntima, e não representar qualquer desrespeito a direitos de terceiros, não se pode impor ou exigir dele qualquer tipo de conduta, sob pena de se configurar uma violação à sua autonomia.

Como exemplo, pode ser citada a questão do consumo de drogas e da dependência química. Enquanto tais atos não prejudicarem terceiros, não se pode impor ao usuário qualquer exigência referente a mudanças de hábito, sob pena de se configurar grave violência contra sua autonomia⁶¹⁵. Isso não impede, contudo, que se busque convencê-lo a mudar seu comportamento.

Por outro lado, a partir do momento em que o usuário comece a praticar infrações penais ou graves condutas antissociais provocadas pelo consumo ou pela dependência química, de modo a desrespeitar direitos de terceiros, poderiam ser exigidos tratamentos emergenciais, em substituição ou cumulativamente com outras possíveis sanções jurídicas, a depender da gravidade da conduta lesiva a interesses de terceiros. Assim, somente em situações extremas, constatada por profissionais de equipes multidisciplinares, o tratamento emergencial deve ser determinado e deve durar apenas até que se considere restabelecida sua autonomia.

De todo modo, a criminalização do consumo e da comercialização de drogas mostra-se de todo inadequada, pois não só desrespeita a autonomia do cidadão, como também o encarceramento ou outras medidas repressivas não representam solução para o problema da dependência química⁶¹⁶.

Por conseguinte, não devem ser admitidas quaisquer imposições no âmbito da esfera íntima de qualquer pessoa, enquanto seus atos não atingirem direitos de terceiros. Nessas

⁶¹⁵ Neste ponto, concorda-se, mais uma vez com a afirmação de Roxana Borges, para quem “O argumento, utilizado por muitos, de que o direito deve proteger o indivíduo de si mesmo, imputando a este uma série de deveres ou proibições que a ninguém interessa, pode encontrar sentido em fundamentalismos religiosos ou morais ou, ainda, em debates movidos pelo preconceito ou pelo autoritarismo, mas não pode ter espaço no terreno jurídico, sob pena de se utilizar o direito, mais do que nunca, como instrumento de opressão.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 105.

⁶¹⁶ Não se pretende aqui aprofundar a discussão do tema na esfera penal. Acerca do tema, cf: BARRETO NETO, Heráclito Mota. Reflexos da bioética sobre o tratamento jurídico do uso de drogas no Brasil: autonomia x paternalismo. Dissertação de Mestrado. Salvador, UFBA, 2014.

condições, o que deve ser buscado é o diálogo, a fim de alcançar um consenso em torno de soluções que melhor atenderiam aos seus anseios de realização como ser humano.

Até aqui, foram desenvolvidas discussões acerca do aspecto extrapatrimonial da noção de autonomia privada, relacionada à formação da personalidade. Através dessa liberdade, são também estabelecidas relações de conteúdo patrimonial, que não deixam de ter influência na formação da esfera íntima de todo sujeito e merecem, por isso, algumas reflexões.

Em razão do redimensionamento da autonomia privada até aqui apresentado, da funcionalização dos institutos jurídicos e da superação das fronteiras entre direito público e privado, percebe-se que houve uma redução do campo de autorregulamentação e, em consequência, do negócio jurídico⁶¹⁷.

O conceito de negócio jurídico é um fato histórico e uma categoria lógica⁶¹⁸. Por essa razão, foi o símbolo de um liberalismo econômico e jurídico, que acabou sendo superado por uma crescente intervenção do Estado na organização e na direção da economia. Quando surgiu o negócio jurídico, o indivíduo era visto como um ser isolado, protegido pelos ideais de liberdade e igualdade (meramente formais). Entende-se, atualmente, ser impossível reduzir à unidade as posições subjetivas dos contratantes.

Atualmente o ato individual de troca perdeu o caráter de fenômeno central nas relações econômico-sociais, uma vez que as relações individuais têm um papel reduzido em face dos conflitos entre grupos econômicos. Prevalece, contudo, o entendimento no sentido de ainda haver utilidade no conceito de negócio jurídico e na possibilidade de sua reconstrução⁶¹⁹.

Daí a percepção pelo Estado da necessidade de limitação da autonomia privada, especialmente no que toca à liberdade de iniciativa econômica. A atividade econômica passou a ter de promover fins sociais, o que representou uma retomada do seu sentido originário,

⁶¹⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e as suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 187.

⁶¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 374.

⁶¹⁹ ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. XI. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. V. Francisco Amaral lembra que “O Código Civil brasileiro de 2002 acolhe expressamente a figura do negócio jurídico, como categoria geral compreensiva das declarações de vontade destinadas à criação, modificação e extinção das relações jurídicas. Afastou-se assim, da concepção unitária do ato jurídico perfilhada pelo Código Civil de 1916, (...)”. In: AMARAL, op.cit, p. 368. Diante dessa previsão normativa, afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy: Se essa foi a escolha do legislador, tem-se que talvez o instante seja, não mais de discutir a utilidade ou necessidade do instituto, mas o de recompreendê-lo à luz de um novo modelo jurídico, de um sistema com novos imperativos axiológicos”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Dos Fatos Jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 395.

distorcido pela atual busca desenfreada por lucros, que tem causado sérios danos aos seres humanos e ao meio ambiente. Nas relações de natureza patrimonial, é possível perceber que houve uma funcionalização da autonomia privada aos escopos sociais⁶²⁰.

Dois fatores concorreram diferentemente para a limitação da autonomia privada: a concentração de capitais e a intervenção do Estado. No primeiro caso, o poder econômico concentrado reduz as possibilidades de escolha no que diz respeito às decisões relativas a contratar ou não contratar, com quem contratar, e o conteúdo do contrato. A intervenção estatal busca regular e reduzir tais efeitos. Percebe-se, assim que não apenas o Estado, mas os poderes econômicos e sociais ameaçam a autonomia privada e o pleno desenvolvimento dos seres humanos.

A seguir, será analisada a importância do patrimônio na formação da personalidade e no exercício da autonomia privada. A partir da demonstração do forte vínculo entre tais elementos, será proposta a superação da dicotomia que ainda prevalece na literatura e na jurisprudência brasileiras, de modo que o patrimônio seja tratado como instrumento para o pleno desenvolvimento do ser humano.

4.5 O RESPEITO À ALTERIDADE E A RESPONSABILIDADE COMO FUNDAMENTOS ÉTICOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS: O RESPEITO À PERSONALIDADE, AO PATRIMÔNIO E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA

Diante do reconhecimento do respeito ao outro em sua alteridade e da responsabilidade como princípios filosóficos e éticos, bem como fundamentos para a construção de novas formas de socialidade, acredita-se ser possível conviver de forma harmônica com a diversidade cultural (multiculturalismo) inerente a grande parte das sociedades do atual mundo globalizado, que se reflete num pluralismo de valores ético-jurídicos. Sustenta-se, também, o respeito às diferenças como fundamento ético para o desenvolvimento de relações privadas pautadas numa efetiva solidariedade social. Dessa forma, busca-se oferecer uma interpretação do Direito Civil considerada mais adequada às atuais demandas sociais e aos objetivos fundamentais da República.

⁶²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: Estudos na perspectiva Civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 288.

Em consonância com as ideias aqui expostas, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem reconhecem como importante característica do Direito pós-moderno a valorização do diferente e da diferença, ou seja, a pretensão de realizar o direito de ser diferente e de manter-se diferente, bem como em ser igual mesmo na diferença. Por essa razão, defendem que o paradigma da diferença é o novo paradigma do Direito Privado. Para os autores, a igualdade deve ser considerada o primeiro fator fundante desse novo Direito Privado, cuja realização depende do poder de *imperium* estatal⁶²¹.

Como foi visto até aqui, o respeito à alteridade e a consequente responsabilidade por todos, como atos de compreensão e acolhimento do outro em sua diferença, são requisitos essenciais para a formação adequada da identidade e para o pleno desenvolvimento de todo ser humano. Por essa razão, representam importantes fundamentos ético-jurídicos para que se desenvolva uma noção de solidariedade social mais apropriada às atuais necessidades sociais, relacionadas ao respeito às escolhas individuais, ou seja, à sua autonomia, especialmente no que diz respeito à sua esfera mais íntima, com o escopo de permitir seu pleno desenvolvimento na qualidade de ser humano. Nesse âmbito, qualquer imposição de um ideal de vida para a esfera personalíssima, ainda que haja um suposto consenso social a respeito, constitui verdadeira violência e ofensa à liberdade do sujeito.

Ao se valorizar o respeito às diferenças, não se busca atribuir ao princípio da igualdade um papel secundário. Ao contrário, almeja-se concretizar a igualdade material, em que as diferenças são consideradas e sopesadas, a fim de se assegurar equilíbrio nas relações sociais e jurídicas. Desse modo, o princípio da igualdade material é considerado requisito indispensável para que cada ser humano possa desenvolver plenamente suas potencialidades. As desigualdades econômicas, sociais e culturais têm criado situações de opressão que impedem as vítimas de desenvolver suas capacidades de forma plena.

A existência de vítimas, de excluídos, impõe à sociedade o dever de atuar, de modo a superar tais condições e a integrá-los à comunidade. Trata-se de uma necessidade contínua e um exercício constante, a fim de evitar também o surgimento de novas situações de opressão e marginalização. A partir da percepção de que a superação de tais condições depende sempre de um atuar do outro, desenvolve-se uma noção mais adequada de solidariedade social, tendo em vista somente ser possível a cada pessoa desenvolver-se em sua plenitude, por meio desses recíprocos cuidado e respeito.

⁶²¹ LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129/130.

O respeito ao outro e à diferença manifestar-se-ão no âmbito das relações jurídicas privadas em duas principais esferas: no respeito à personalidade e no respeito ao patrimônio. Nesse sentido, Helmut Coing entende que o mandamento do respeito ao outro e aos seus bens consiste num dos aspectos da justiça comutativa e tem como origem o brocardo latino *neminem laedere*⁶²².

Não obstante as transformações e avanços promovidos pelo movimento de constitucionalização dos direitos, constata-se que ambas as categorias permanecem bastante abstratas e fundadas no ideal liberal que concebeu os direitos a partir de uma perspectiva predominantemente baseada na igualdade formal.

Nesse ponto, advoga-se a necessidade de tutelar a personalidade e o patrimônio numa perspectiva multiculturalista, que considera a particularidade das situações concretas vivenciadas pelos titulares dos direitos, de modo a garantir que as pessoas possam desenvolver todas as suas potencialidades. Buscar-se-á demonstrar, ainda, que a compreensão contemporânea dos bens dotados de valor econômico como instrumentos necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade dos seus titulares, permite uma estreita conexão entre as duas esferas e possibilita uma visão menos patrimonialista e mais humana das relações obrigacionais.

O tratamento das duas esferas como institutos estanques ainda tem, todavia, prevalecido, de modo que, apenas em situações muito excepcionais, é admitido o fato de determinadas condutas lesivas aos bens materiais atingirem também a personalidade do ofendido.

O Direito Civil deve ser compreendido como mais um instrumento capaz de garantir e promover a plena realização do ser humano. Se, por um lado, resta evidente que ofensas a direitos da personalidade dificultam ou impedem o alcance de tal objetivo, por outro, faz-se necessário reconhecer que lesões ao patrimônio também dificultam sua realização, razão pela qual é preciso superar essa dicotomia.

A personalidade é uma qualidade inerente ao ser humano e que é atribuída a grupos legalmente constituídos. Sua origem remonta ao termo *persona*, máscara utilizada nos teatros

⁶²² E afirma: “*Es ist deutlich, daß die iustitia comutativa einen gegebenen Zustand des Rechts, der Güterverteilung, voraussetzt. Ihre Sätze sagen uns, was zu geschehen hat, wenn jemand unter Bruch dieses rechtlich sanktionierten Zustandes fremde Rechte verletzt, und bestimmen über die Verträge, die in solchem Zustand das Mittel sind, Kooperation zu ermöglichen und Veränderungen herbeizuführen*”. Em Tradução nossa: “É evidente que a justiça comutativa pressupõe um estado jurídico de repartição dos bens. Seus preceitos nos dizem o que deve ocorrer, quando alguém, através da violação desse estado juridicamente sancionado, ofende um direito alheio, e determinam através dos contratos, que são o meio para tal estado, como possibilitar a cooperação e promover mudanças”. COING, Helmut. **Die Grundlage des Rechts**. 4. Auflage. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1985, p. 217.

da Antiguidade Clássica. A palavra passou então a ser empregada como sinônimo de personagem, tendo em vista o desempenho de vários papéis pelos sujeitos na vida real, razão pela qual o termo passou a designar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas⁶²³.

No Direito romano, a personalidade dependia de requisitos físicos: (nascimento com vida e forma humana) e da existência de três estados: de liberdade (*status libertatis*), cidadania (*status civitatis*) e de família (*status familiae*). Exigia-se que o indivíduo fosse livre, cidadão e chefe de família. No Direito moderno, a personalidade surge como projeção da natureza humana, passando a ser sinônimo de ser humano e de sujeito de direito⁶²⁴.

Costuma-se reconhecer como marco jurídico inicial dos direitos da personalidade a *actio injuriarum* do Direito romano, utilizada, ainda que de forma não sistematizada, contra ofensas à honra, à vida e à integridade física⁶²⁵. Outro importante marco histórico foi a Carta Magna na Inglaterra (1215), que reconheceu a liberdade do indivíduo perante o poder público e criou o *habeas corpus* como um instrumento de defesa contra possíveis abusos por parte das autoridades.

Os direitos da personalidade decorrem de duas principais tradições: a do cristianismo, que exaltava o indivíduo, diferenciando-o da coletividade e o dotava de livre arbítrio; e a das declarações de direitos surgidas no final do século XVIII⁶²⁶. Os direitos previstos nas declarações tinham uma matriz individualista, pois buscavam proteger o indivíduo do Estado, e estabeleceram as bases para o novo sistema econômico incipiente: o capitalismo liberal.

Ao longo do século XX, diante das reações sociais decorrentes das desigualdades geradas pelo individualismo e por todo o sistema liberal, os direitos da personalidade desenvolveram-se numa perspectiva social. No início, houve acirrada controvérsia doutrinária acerca da existência e do conteúdo de tais direitos. Discutia-se a possibilidade de considerar a personalidade como objeto do Direito ou se consistiria num elemento externo, fora da pessoa, representando uma obrigação negativa geral⁶²⁷. Para as teorias negativistas, como a personalidade era identificada como titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada objeto deles, pois haveria uma contradição lógica⁶²⁸.

⁶²³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217

⁶²⁴ Ibid., p. 217

⁶²⁵ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 53.

⁶²⁶ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37/38.

⁶²⁷ CAPELO DE SOUZA, op.cit., p. 106.

⁶²⁸ Dentre eles: Ennecerus, Savigny, Von Tuhr, Unger, Dabn, Roubier e Zitelmann.

Dentre os adeptos das teorias negativistas, encontra-se Roberto de Ruggiero, para quem: “A personalidade não constitui um direito subjetivo, mas é fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos”⁶²⁹. Baseado nessas lições, Caio Mario da Silva Pereira também entende que a personalidade não constitui um direito, “de sorte que seria um erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Desta, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”⁶³⁰.

Para Maria Helena Diniz, apoiada em Godofredo da Silva Teles, a personalidade não é um direito, mas apoia os direitos e deveres que irradiam de si mesma, sendo objeto de direito e o primeiro bem da pessoa⁶³¹.

Em sentido contrário, Giampiccolo afirma que a separação entre sujeito e objeto do direito é postulado lógico que se aplica aos interesses protegidos por uma utilidade externa, tal como ocorre em relações de natureza patrimonial. Essa situação não ocorre nas relações jurídicas não patrimoniais⁶³².

Orlando Gomes defende que toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, representa um bem e pode figurar como objeto de uma relação jurídica. Nada impediria, assim, que as projeções da personalidade fossem tuteladas pelo ordenamento jurídico como objeto do direito. Segundo o referido autor, tais direitos não tutelam a própria personalidade, apesar de recaírem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de proteção⁶³³.

Francisco Amaral afirma tratar-se de um direito subjetivo, que apresenta como particularidade inata e original, ter um objeto que é inerente ao seu titular: a própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, ou seja, cuja esfera de proteção é a personalidade, qualidade inerente ao ser humano, o que não impede que alguns atributos sejam também reconhecidos a grupos legalmente constituídos⁶³⁴.

Para Serpa Lopes, os direitos de personalidade referem-se à utilização e disponibilidade de certos atributos inerentes ao indivíduo, como projeções biopsíquicas

⁶²⁹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 442.

⁶³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. I. 23. ed. rev e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 204-205.

⁶³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119-120.

⁶³² GIAMPICOLO, Giorgio. “La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza. In: Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile, 1958, p. 466/477 apud TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 31.

⁶³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 136.

⁶³⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249.

inerentes à pessoa humana, constituindo objetos tutelados pelo ordenamento jurídico⁶³⁵. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, consistem em poderes que o sujeito exerce sobre sua própria pessoa. Também reconhece como âmbito de proteção desses direitos as projeções físicas, psíquicas e morais do ser humano⁶³⁶.

De modo geral, as críticas às teorias negativistas atacaram a premissa, afirmando que a personalidade pode ser considerada sob dois pontos de vista: analisando-a como atributo da pessoa humana; ou reconhecendo-a como característica que habilita a ser sujeito de direito. Nestes casos, percebe-se uma identidade entre as noções de personalidade e de capacidade. Trata-se de análise referente à estrutura das situações subjetivas e representa a possibilidade de ser titular de relações jurídicas.

Para Roxana Borges, não se deve confundir sujeito com objeto do direito, pois o primeiro é a pessoa humana, e os direitos da personalidade, ou bem jurídico em sentido amplo, têm como objeto suas várias qualidades ou expressões⁶³⁷. Carlos Alberto Bittar afirma que tais direitos tutelam os bens constituídos por atributos ou predicados físicos ou morais do homem⁶³⁸.

Diante do exposto, defende-se a necessidade de abandonar a postura patrimonialista do Direito Civil clássico, que entendia a pessoa apenas como titular de direitos e obrigações⁶³⁹, a fim de compreender a personalidade como um conjunto de atributos e características da pessoa humana, como um valor, objeto de proteção jurídica, concepção hoje predominante no Brasil e adotada no presente trabalho. Apesar de tal concepção ter prevalecido a partir dos anos 1950, principalmente em decorrência das violações praticadas durante a segunda Guerra Mundial, boa parte dos autores da época ainda permaneceu bastante vinculada ao modelo de direitos subjetivos patrimoniais.

⁶³⁵ O autor cita J. Dabin para afirmar que os direitos da personalidade “são definidos pelo seu objeto especial, concistente nos elementos constitutivos da personalidade do titular, tomada sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social. Enquanto os demais direitos visam a defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurando ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Vol. 1, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 201.

⁶³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. I: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 153-154.

⁶³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.) **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p.245.

⁶³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 05.

⁶³⁹ Nesse sentido, afirmam Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón: “*La persona no es exclusivamente para el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. Si esta rama del ordenamiento jurídico se caracteriza básicamente por ser la dedicada a la persona em sí misma considerada, debe ocuparse de la protección de sus atributos físicos y morales, de su libre desarrollo y desenvolvimiento*”. **Sistema de Derecho Civil**. vol I. 12 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 322.

No Brasil, os direitos da personalidade estavam previstos no anteprojeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes em 1963. Em 1975, o Ministro Moreira Alves, autor do anteprojeto de Código Civil que acabou promulgado em 2002, inspirado em Orlando Gomes, tratou em um capítulo específico dos direitos da personalidade. Foi, contudo, com a Constituição Federal de 1988 que os direitos da personalidade receberam uma melhor abordagem doutrinária e jurisprudencial.

Francisco Amaral define os direitos da personalidade como direitos subjetivos cujos objetos são os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual⁶⁴⁰. Nesse sentido, pode-se afirmar, com Orlando Gomes, que são “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade⁶⁴¹”. Desse modo, podem ser definidos como direitos, cujo escopo consiste em garantir o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, a partir da proteção aos modos de ser da pessoa; fato que, para Roxana Borges, provoca uma alteração do eixo axiológico do Direito Civil, tradicionalmente patrimonialista, em direção à tutela da pessoa humana⁶⁴².

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, os direitos da personalidade são aqueles cujos objetos correspondem aos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais⁶⁴³. Gustavo Tepedino, valendo-se dos ensinamentos de Giorgio Giampiccolo, ressalta que o ser humano possui dois interesses fundamentais: como indivíduo, o direito a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da ‘vida em relações’. A partir desses pressupostos, conclui que tais aspectos essenciais do sujeito podem substancialmente ser reconduzidos a todas as instâncias específicas da personalidade⁶⁴⁴.

No Direito moderno, a personalidade surge como projeção da natureza humana, e passa a ser interpretada como sinônimo de pessoa ou de sujeito de direito⁶⁴⁵. Por essa razão,

⁶⁴⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247.

⁶⁴¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: forense, 2007, p.138.

⁶⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

⁶⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. I: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152.

⁶⁴⁴ GIAMPICCOLO, Giorgio. “La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza. In: Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile, 1958, p. 458 *apud* TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

⁶⁴⁵ AMARAL, Francisco. *Op.cit.* p. 217

torna-se também um valor jurídico que se reconhece aos indivíduos e, por extensão, a grupos legalmente constituídos⁶⁴⁶.

Acerca da personalidade, existem duas concepções: a naturalista, segundo a qual todos os indivíduos têm personalidade, considerada inerente à condição humana, sendo um atributo essencial do ser humano; e a formalista, própria do positivismo, para quem a personalidade seria atribuída pelo Direito. Francisco Amaral, após analisar as duas perspectivas, propõe uma solução conciliatória, à qual se adere na presente tese, em que “pessoa” traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo⁶⁴⁷.

Discute-se, ainda, se devem ser considerados direitos da personalidade apenas aqueles expressamente previstos na lei (*numerus clausus*) ou se haveria um direito geral da personalidade, que justificaria a identificação de novas projeções, ainda não reconhecidas em lei (*numerus apertus*).

A ideia da existência de um direito geral da personalidade foi originalmente desenvolvida na Alemanha, a partir da noção de dignidade humana. Consoante afirma Karl Larenz, tal concepção foi criada pela jurisprudência na década de 1950 do século passado, a partir dos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental alemã, a fim de oferecer uma proteção mais abrangente aos afetados, não apenas em face do Estado, mas também no que tange aos particulares e às instituições privadas⁶⁴⁸.

Conforme foi visto anteriormente, também há na Constituição Federal brasileira uma cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, considerada como valor máximo do ordenamento jurídico. Esse princípio representa o núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade, pois unifica os direitos fundamentais e dá origem a um direito geral da personalidade⁶⁴⁹. Para Francisco Amaral, tal princípio traduz o reconhecimento do valor da pessoa humana como entidade independente e preexistente ao ordenamento⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 218.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 218.

⁶⁴⁸ “*Angesicht des hohen Werts, den die Verfassung der Würde des Menschen (Art. 1 GG) und der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), beimißt, gehört es zu den Aufgaben der Rechtsordnung, diese obersten Wert nicht nur gegen Staatliche Eingriffe, sondern auch auf der Ebene des Zivilrechts gegen Beeinträchtigungen seitens privater Personen und seitens von Institutionen lückenlos zu schützen*”. Tradução nossa: “Em face do elevado valor, que a Constituição confere à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, constitui tarefa do ordenamento jurídico proteger esse mais elevado valor, sem que haja lacunas, não apenas contra intervenções praticadas pelo Estado, mas também no âmbito do Direito Civil, contra violações praticadas sejam por particulares, sejam por instituições”. LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 9. Auflage. München: Verlag C.H.Beck, 2004, p. 127.

⁶⁴⁹ “A existência de um direito geral da personalidade é defendida sob o fundamento de que, dada a variedade de tipos de lesões aos direitos da personalidade, é necessária a proteção ampla dos indivíduos, por meio de uma espécie de direito-quadro (Rahmenrecht), de caráter aberto, que permita açambarcar hipóteses não previamente reguladas em tipos legais específicos, algo que se torna ainda mais evidente quando se observam problemas

Não obstante o sujeito ser o pressuposto para a criação de normas, concebe-se, no presente trabalho, como já foi dito alhures, o Direito como um objeto cultural, construído historicamente, o que afasta qualquer tentativa de identificação de entidades preexistentes ao ordenamento, pois se sustenta que as normas se desenvolvem juntamente com as relações intersubjetivas humanas. Nessa mesma linha, Gustavo Tepedino não concorda com o reconhecimento dos direitos da personalidade como fonte supralegal, ou seja, fundados no direito natural, e reafirma o caráter histórico desses direitos⁶⁵¹. De forma semelhante, Pietro Perlingieri afirma que até mesmo os princípios da razão e da natureza são historicamente condicionados⁶⁵².

Em razão dessa noção de dignidade, surge um conceito contemporâneo de personalidade jurídica, estabelecida a partir de um “mínimo ético” e de um “mínimo existencial” que não podem ser violados nem pelo poder público, nem pelos demais membros da sociedade⁶⁵³.

Apesar de o Código Civil brasileiro de 2002 ter apresentado uma disciplina na qual os direitos da personalidade foram tratados em suas principais espécies, advoga-se, aqui, a partir da ideia acerca da existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, ser possível a construção de novos direitos também pela literatura jurídica e pela jurisprudência.

Em sentido contrário, Orlando Gomes afirma que a ideia de um direito geral da personalidade favoreceria a confusão com a própria personalidade e “conduziria à sustentação de que a categoria não tem limites”, razão pela qual defende que sua construção deve se apoiar no direito positivo e reconhecer “o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem”⁶⁵⁴.

Em que pesem tais argumentos, compreender os direitos da personalidade como *numerus apertus* permite uma proteção mais abrangente da esfera privada, que se encontra em

ligados à privacidade e às liberdades comunicativas”. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

⁶⁵⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251.

⁶⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 41.

⁶⁵² “O direito é antes de tudo a cultura de uma determinada sociedade, síntese dos problemas e de suas soluções, pacíficas ou contestadas que sejam: um universo de possíveis soluções, desde que caracterizado pelo rigor do método e pelos respeito aos cânones lógico-positivos do argumentar jurídico, fundamento da teoria da interpretação em função normativa”. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 05-06.

⁶⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 95.

⁶⁵⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 137.

consonância com o atual desenvolvimento sociocultural da humanidade⁶⁵⁵. Ademais, não se pode mais deixar de reconhecer que tanto a doutrina quanto o Poder Judiciário exercem o papel de criação do Direito.

Tradicionalmente, o estudo dos direitos da personalidade enfoca a liberdade negativa, ou seja, enfatiza-se apenas a proibição de atos que venham a ofender os direitos personalíssimos de alguém. Roxana Borges propõe-se, todavia, a oferecer um enfoque positivo, a partir do direito que o ser humano tem de exercer seu direito de personalidade de forma ativa, destinando-o à finalidade que melhor se adequar à realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade⁶⁵⁶.

Os aspectos positivo e negativo dos direitos da personalidade foram também analisados por Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem a expressão direitos da personalidade protege o indivíduos contra ofensas ou ameaças de ofensas, assim como concretiza direitos sobre certos aspectos da personalidade⁶⁵⁷.

Cunha Gonçalves também abordou a questão da liberdade positiva ao reconhecer o direito do homem de dispor de si como melhor entender e citou como exemplo a doação de sangue, arriscar-se para salvar a vida de alguém, dentre outros⁶⁵⁸.

No mesmo sentido, o civilista português Oliveira Ascensão reconhece o exercício positivo de direitos da personalidade, ao afirmar que a “garantia do espaço de atuação de cada um concentra-se essencialmente na ideia de liberdade: porque só em liberdade o homem pode desenvolver sua personalidade⁶⁵⁹”. Também para Gustavo Tepedino, a incidência normativa da cláusula geral de tutela da pessoa humana não se limita a situações que configuram delito ou que causam dano injusto, mas se estende a todos os momentos da atividade econômica⁶⁶⁰.

No mesmo sentido, Roxana Borges conclui que os direitos da personalidade são, além de uma liberdade negativa, uma liberdade positiva e que considerar apenas o primeiro

⁶⁵⁵ Nesse sentido, cf.: SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

⁶⁵⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254-255.

⁶⁵⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 223.

⁶⁵⁸ E afirma: “Todos estes actos são direitos sobre o próprio corpo, e com eles não se lesam direitos alheios, nem ofendem os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado”. GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Vol I, T. I, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 339.

⁶⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: introdução. As pessoas. Os bens**. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

⁶⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.

aspecto, de forma isolada, não mais satisfaz as necessidades, no que toca ao livre desenvolvimento da personalidade⁶⁶¹.

Diante do exposto, é possível afirmar que não se pode mais conceituar a personalidade de modo a identificá-la exclusivamente com a ideia de liberdade negativa. Torna-se necessário também compreendê-la como liberdade positiva, reconhecendo-se o poder que cada ser humano possui para desenvolvê-la, assim como o dever do Estado de promover políticas públicas voltadas a garantir seu pleno exercício, e, por fim, o dever de solidariedade de cada membro da sociedade em sua promoção, obrigação esta compreendida não como uma imposição externa, mas como uma necessidade essencial ao pleno desenvolvimento de cada pessoa, fundada na constatação de que o outro em sua alteridade é indispensável à constituição do Eu.

A personalidade não deixa de ser uma aptidão reconhecida a toda pessoa. Uma interpretação civil-constitucional autoriza, todavia, a conclusão de que a não se admite mais limitá-la à possibilidade de o titular ser sujeito de direitos, devendo estar relacionada ao próprio ser humano⁶⁶² e sua dignidade. Consoante afirma Gustavo Tepedino, não se trata de um novo reduto de poder do indivíduo, mas de um valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, submetendo a atividade econômica a novos critérios de validade⁶⁶³.

Nesse ponto, faz-se necessário concordar com a crítica feita por Pietro Perlingieri, para quem a personalidade humana se mostra insuscetível de recondução a uma “relação jurídica-tipo” ou a um “novelo de direitos subjetivos típicos”, consistindo em um valor jurídico a ser tutelado nas múltiplas e renovadas situações em que o sujeito se encontra a cada dia. Daí decorre a insuficiência do modelo de direito subjetivo para atender às necessidades criadas pela ideia de personalidade jurídica⁶⁶⁴. Tal insuficiência agrava-se diante dos abusos praticados pelo uso de novas tecnologias, o que levou Anderson Schreiber a sinalizar a necessidade não apenas de uma nova ética, mas de uma nova abordagem dos direitos da personalidade⁶⁶⁵.

Em verdade, evidencia-se a insuficiência da proteção aos direitos da personalidade amoldada conforme o paradigma do direito de propriedade. Os dispositivos do Código Civil

⁶⁶¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.) **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 256.

⁶⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.. **Direito civil**: teoria geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 98.

⁶⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47.

⁶⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 153 e ss.

⁶⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coords.). **Diálogos sobre direito civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 234.

de 2002 vinculam-se a uma lógica repressiva e de ressarcimento, própria do Direito Penal, incapaz de atender aos atuais anseios de tutela da pessoa.

Ademais, como assinala Anderson Schreiber, no Código Civil, ao invés de se estabelecer parâmetros de ponderação para as hipóteses de colisão de interesses, preferiu-se uma regulação isolada, típica e abstrata dos direitos da personalidade. Afirma ser necessário reconhecer o conteúdo dialético ou móvel dos direitos da personalidade, cuja extensão somente pode ser medida em face do interesse com que colide⁶⁶⁶.

Desse modo, resta à literatura jurídica e à jurisprudência o exercício desse papel de construir um arcabouço de proteção da personalidade mais adequado às necessidades da atual sociedade, especialmente a partir da cláusula geral de tutela da pessoa humana, em cotejo com os novos desafios surgidos a partir do desenvolvimento de novas tecnologias.

No alcance de tal desiderato, vem sendo destacada a noção de patrimônio como instrumento necessário à plena realização do ser humano. Esse termo foi originalmente utilizado para designar os bens da família, para se referir à sucessão paterna (*pater*)⁶⁶⁷. A conceituação desse instituto ainda é controversa na literatura jurídica. Francisco Amaral identifica duas principais teorias acerca do patrimônio: a Teoria Clássica ou Subjetiva, que o classifica como universalidade de direito, ou seja, um conjunto unitário de direitos e obrigações; e a Teoria Moderna ou Realista, segundo a qual se consideraria apenas o ativo. A Teoria Moderna realiza uma crítica ao patrimônio como universalidade, pois entende que não se trata de um ente unitário e indivisível, mas formado por vários núcleos separados, de modo que um sujeito poderia ser titular de vários patrimônios⁶⁶⁸.

Roberto de Ruggiero adota uma posição intermediária, pois reconhece que, às vezes e para determinados fins, o patrimônio é tratado pela lei como uma unidade orgânica, independente dos vários direitos que o compõem. Para o referido autor, a definição mais completa o considera “como o complexo das relações jurídicas relativas a uma pessoa, que têm uma utilidade econômica e são por isso susceptíveis de estimação pecuniária”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coords.). **Diálogos sobre direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235-237.

⁶⁶⁷ “PATRIMÔNIO. Derivado do latim *patrimonium*, de *pater*, originalmente quer o vocábulo significar os *bens da família* ou os *bens herdados dos pais*. Nesse restrito sentido, tinham-no, primitivamente, os romanos, que chegavam, mesmo, a distingui-lo sob a determinação de família, simplesmente, ou de *família pecúnia*, conforme se registra nos fragmentos das XII Tábuas, a respeito do Direito das Sucessões”. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 1014.

⁶⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 338 e 339.

⁶⁶⁹ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. I. Trad. de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2005, p. 283.

Em sentido semelhante, Cunha Gonçalves afirma que o instituto possui uma tríplice significação: ora representa o conjunto de direitos e obrigações; ora o ativo de direitos, com dedução do passivo de obrigações; ora uma universalidade de direitos, a exemplo da herança⁶⁷⁰.

Já a teoria clássica baseia-se na ideia de unidade abstrata do patrimônio; foi adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916 e repetida pelo Código Civil de 2002, que o compreende como atributo ou projeção da personalidade. Dentre seus adeptos, portanto, encontra-se Clóvis Beviláqua, responsável pela elaboração do Código Civil de 1916, que define patrimônio como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente, ou seja, abrange tanto o crédito quanto as dívidas. O autor compreende o patrimônio como “a projeção econômica da personalidade civil⁶⁷¹”.

Com posicionamento semelhante, Caio Mário da Silva Pereira define o instituto como projeção econômica da personalidade civil, e justifica com a afirmação de que todo ser humano em sociedade participa de relações jurídicas de expressão econômica e, por isso, todo indivíduo há de ter um patrimônio⁶⁷². O autor defende que há uma relação necessária entre a existência do indivíduo em sociedade e seu patrimônio, mas recusa a ideia de identificá-lo com a personalidade do ser humano. Ademais, entende tratar-se de uma unidade, ou seja, “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente⁶⁷³”.

Orlando Gomes rechaça a tese da unidade⁶⁷⁴, por entender que ela confunde duas noções distintas: a de patrimônio e a de personalidade. Segundo o referido autor, a doutrina moderna afasta o subjetivismo, ao justificar a coesão dos elementos integrantes de uma universalidade de direito com base na destinação comum. Assim, patrimônio seria o conjunto de bens coesos pela afetação a um fim econômico específico⁶⁷⁵. Vicente Ráo também não concorda com o ato de classificá-lo como um prolongamento da personalidade, adotado pela doutrina clássica⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. Vol I, T. I, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 345.

⁶⁷¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007, p. 227-228.

⁶⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 336.

⁶⁷³ *Ibid*, p. 335 e 337.

⁶⁷⁴ Segundo o referido autor, com a doutrina moderna, “Quebra-se o princípio da unidade e indivisibilidade do patrimônio, admitindo-se um patrimônio geral e patrimônios especiais”. In: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 183.

⁶⁷⁵ *Ibid*, loc.cit.

⁶⁷⁶ “Contra a primeira doutrina, isto é, a que considera o patrimônio como um prolongamento da personalidade de seu titular, tem-se dito, com acerto, que não leva na devida conta a circunstância de representar o patrimônio, o *ter* e não o *ser* de uma pessoa, erro do qual resultou a rigidez de suas conclusões”. In: RÁO, Vicente. **O direito**

Manuel Abaladejo reconhece o patrimônio como o conjunto de relações de natureza patrimonial de um sujeito e nega o possível caráter de unidade substantiva independente e distinta⁶⁷⁷. Já Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón entendem que as teorias clássica e moderna são claramente unilaterais e enfatizam duas facetas de um mesmo problema. Por essa razão, entendem ser mais correto um ponto de vista intermediário, de acordo com o qual se trataria de uma massa de bens de dupla face: ativa e passiva. No primeiro caso, ele representaria um poder, um âmbito de liberdade sob as relações que o compõem; no segundo caso, uma esfera de responsabilidade a respeito das mesmas, uma garantia para os credores. Ademais, essas massas de bens ou estão unidas ao seu titular, ou separadas por seu destino a um fim determinado⁶⁷⁸.

Para os fins da presente tese, é relevante destacar a concepção desenvolvida por Luiz Edson Fachin que, a partir de uma análise crítica do Direito Civil clássico – cuja noção de patrimônio encontra-se em seu núcleo –, desenvolve uma nova definição para esse instituto. Para tanto, entende ser necessário compreendê-lo não apenas como resultado de oportunidades individuais, mas como um conteúdo definido pelo coletivo, uma vez que possui forte sentido social. Com base na ideia de repersonalização do Direito, o autor defende que pessoa e patrimônio não estão absolutamente entrelaçados, e nega que essa relação deva ocupar um primeiro plano⁶⁷⁹. Em seguida, afirma que, na questão do vínculo com pessoa, não se pode reputá-lo como atributo da personalidade⁶⁸⁰.

Para Fachin, o Código Civil brasileiro reflete o patrimônio como valor nuclear privado tradicional. Nele prevalece uma conceituação restrita desse instituto, abrangente apenas das coisas suscetíveis de apropriação. Numa perspectiva crítica, o autor propõe uma nova concepção, na qual o compreende como um universo plural e aberto, repleto de complexidade em sua definição⁶⁸¹.

e a vida dos direitos. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 880.

⁶⁷⁷ “*De tal modo, pues, no se puede pensar que, em princípio, el patrimonio sea un objeto, una entidad aparte, sobre la que la persona tenga un derecho autónomo, como si se dijese que existe un derecho de propiedad sobre el patrimonio*”. In: ABALADEJO, Manuel. **Derecho Civil**: introducción y parte general. 19. ed. Madrid: EDISOFER, S.L., 2013, p. 349.

⁶⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. vol. I. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 378-379.

⁶⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

⁶⁸⁰ “Estão em esfera máxima, mas não pertencem à mesma ordem. A ordem do ser não integra atributo inato do ter; pode, no entanto, dele servir-se”. *Ibid.*, p. 42.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p.185.

Em seguida, a partir do conceito de personalismo ético, fundado na defesa da dignidade da pessoa humana, Fachin estabelece uma vinculação entre a noção de patrimônio e a tutela do direito fundamental à vida⁶⁸², de modo a compreendê-lo como a serviço da pessoa. Por fim, sugere que, sob um prisma solidarista, seja desenvolvida a noção de patrimônio mínimo, não com referência a uma quantidade, mas como um valor, um conceito aberto, “cuja presença não viola a ideia de um sistema jurídico axiológico⁶⁸³”.

Esse conceito foi concebido pelo autor com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, composto por um conjunto de normas que buscam impedir a redução de qualquer sujeito à miserabilidade – a exemplo do art. 548 do Código Civil, que proíbe a doação de todos os bens–; protegem o bem de família; reconhecem a impenhorabilidade dos frutos do trabalho; e buscam assegurar a preservação da empresa. Tais dispositivos teriam por escopo garantir a todo ser humano um conjunto de bens e coisas compreendidos como essenciais a uma existência digna.

Na opinião do referido autor, a expressão patrimônio mínimo possui conceito apto a construir o justo e o razoável para o caso concreto; trata-se de uma forma de expiação da desigualdade⁶⁸⁴, de alcance de equilíbrio e está sustentada pela constitucionalização do Direito Civil que, juntamente com outros institutos civilistas, conduzem às noções de repersonalização e despatrimonialização realizada pela Constituição Federal⁶⁸⁵.

Não obstante inexistir um entrelaçamento direto entre pessoa e patrimônio, não se pode negar que condutas que desrespeitam o patrimônio alheio tendem a produzir reflexos negativos, ao impedirem a plena realização da personalidade. A ideia de despatrimonialização do Direito Civil reforça a tese aqui defendida, tendo em vista representar uma opção pelo personalismo, como superação do individualismo; e pelo patrimonialismo, como sobrepujamento da patrimonialidade em si mesma, consoante afirma Pietro Perlingieri⁶⁸⁶.

Desse modo, não há uma redução ou expulsão do conteúdo patrimonial do sistema civilístico, mas o aspecto econômico é visto como suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Constrói-se, assim, uma tutela das situações patrimoniais qualitativamente diversa⁶⁸⁷.

⁶⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246.

⁶⁸³ Ibid, p.280.

⁶⁸⁴ Ibid, p. 278.

⁶⁸⁵ Dessa forma, “O polo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico”. Ibid., p 249-251.

⁶⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. De Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

⁶⁸⁷ Ibid., p. 34.

Segundo Heloísa Helena Barboza, substituiu-se uma ótica liberal, individualista e patrimonialista do século passado por uma visão humanista. A pessoa deixa de ser o motor e produtor de riquezas, passando a ser vista como ser humano. Desse modo, surge a compreensão de que o sujeito deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio⁶⁸⁸.

Em razão de tal instituto ser atualmente percebido como um instrumento de promoção e realização da personalidade dos seres humanos, é possível afirmar que ataques injustificados ou ilegítimos ao patrimônio alheio reduzem a possibilidade de plena realização do ser humano.

A mudança de eixo ocorrida no Direito Privado, em que a centralidade se transferiu para a pessoa, não pode significar que tais institutos devam ser tratados de forma completamente apartada, a exemplo do que se verifica na jurisprudência pátria, conforme será demonstrado em seguida. Não se pretende propor um retorno à compreensão de que se trata de atributo da personalidade, mas demonstrar que desrespeitos ao patrimônio alheio podem causar danos à personalidade e, por isso, merecem maior atenção e menor tolerância por parte do Poder Judiciário brasileiro.

A ideia de um patrimônio mínimo representa um inegável avanço, pois busca evitar que se exija o cumprimento de obrigações de modo a reduzir qualquer ser humano à condição de miserabilidade. Faz-se necessário, todavia, avançar, no sentido de assegurar não apenas um mínimo existencial, essencial a uma vida digna, mas também um conjunto de bens jurídicos capazes de permitir que os sujeitos desenvolvam suas potencialidades.

O alcance desse desiderato exige ao menos quatro principais mudanças: 1) maior valorização de todo trabalhador, com o pagamento de justas retribuições e a oferta de adequadas condições de trabalho, tema que foge ao escopo da presente tese; 2) maior justiça na tributação⁶⁸⁹, a fim de melhorar a redistribuição de riqueza, por meio de políticas públicas, tema que também extrapola os fins do presente trabalho; 3) a busca pelo equilíbrio nas relações obrigacionais, a fim de evitar a exploração dos mais vulneráveis, tema que será desenvolvido no capítulo seguinte; 4) a necessidade de se reprimir com mais vigor os ataques injustificados e ilegítimos ao patrimônio alheio.

Nesse ponto, pretende-se demonstrar como essa dicotomia – pessoa *versus* patrimônio, que inicialmente surgiu como uma crítica ao seu tratamento como esfera da

⁶⁸⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p. 27-39, p. 33.

⁶⁸⁹ Nesse sentido, vale conferir a obra de Thomas Piketty, anteriormente citada: PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, *passim*.

personalidade – vem favorecendo a abordagem de tais atos apenas como danos de natureza patrimonial.

A partir da correta crítica ao patrimônio como atributo da personalidade, parece ter se desenvolvido um conceito muito restrito, que o relaciona apenas às coisas suscetíveis de apropriação, e não o reconhece como instrumento para o desenvolvimento da personalidade, o que ofende a ideia de despatrimonialização do Direito Civil. Não obstante a crítica ter contribuído para aprimorar a noção do que se identifica como direitos personalíssimos, terminou por desconsiderar os vínculos entre tais institutos. Desse modo, não se tem percebido que, em diversas hipóteses, inúmeras ofensas patrimoniais produzem efeitos prejudiciais ao pleno exercício dos direitos da personalidade, por parte do ofendido.

Essa crítica não tem o escopo de defender um retorno à definição de patrimônio como direito personalíssimo, mas de afastar, a partir da chamada despatrimonialização do Direito Civil, interpretações que confirmam a esses institutos um tratamento dicotomizado, ou seja, distanciado de qualquer interrelação.

No Brasil, tem se verificado que, diante das dificuldades em acessar o Poder Judiciário, pessoas físicas e jurídicas vêm apostando na impunidade e praticando atos lesivos aos direitos de terceiros. Em muitos casos, esse comportamento de má fé provoca um dano patrimonial cujo valor é inferior aos custos com contratação de advogado, despesas processuais, com transporte, dias de trabalho perdidos em audiências, e todo o tempo dispendido na recuperação do que inicialmente poderia ser considerado um dano excusivamente patrimonial.

Sabendo de tais dificuldades e realizando um cálculo do custo-benefício, muitas pessoas têm se aproveitado para praticar atos ilícitos e se recusado a ressarcir os prejuízos causados, contando com a desistência do ofendido em procurar o Poder Judiciário, ao perceber que os custos com a busca pelo ressarcimento do dano serão mais elevados do que o prejuízo sofrido. Como se pode perceber, isso tem incentivado a prática de condutas de má fé.

Muitos desses atos são realizados por prestadoras de serviços essenciais aos cidadãos, a exemplo do fornecimento de água, de energia elétrica e de telefonia. São instituições que contam com milhares de clientes. É bastante frequente, por exemplo, a cobrança por serviços não utilizados pelo consumidor. Quando se considera o valor exigido individualmente, a quantia é pequena. O montante arrecadado, entretanto, em razão da quantidade de consumidores lesados, costuma envolver quantias milionárias.

Em regra, tais fornecedores recusam-se a corrigir voluntariamente as cobranças indevidas, pois sabem que o número de reclamações será pequeno, quando comparado à quantidade de consumidores lesados, o que lhes garantem um aumento do lucro.

Nesse ponto, vale relembrar a crítica de Lênio Streck, anteriormente citada, segundo a qual o Direito brasileiro ainda se encontra vinculado ao paradigma liberal-individualista, que sustenta a desfuncionalidade do sistema⁶⁹⁰. Não obstante existirem instrumentos de tutela de interesses coletivos e difusos, a atuação das instituições competentes para a defesa de tais interesses, assim como as respostas proferidas pelo Judiciário ainda são bastante aquém das necessidades dos brasileiros, o que pode ser vislumbrado como um reflexo dessa cultura das ações individuais que ainda predomina na prática jurídica nacional⁶⁹¹.

Mesmo nesse contexto individualista, no momento em que os lesados buscam o Poder Judiciário, enfrentando as conhecidas dificuldades, que os levarão a gastar tempo e dinheiro em busca do ressarcimento de danos que poderiam ter sido evitados ou ao menos ressarcidos de forma consensual, deparam-se com posicionamentos conservadores, que apenas admitem para as hipóteses acima descritas – em sua grande maioria, vale ressaltar, condutas de má-fé – a indenização por danos materiais, por entender que esse comportamento teria provocado apenas um mero aborrecimento⁶⁹², fato que não justificaria qualquer indenização a título de dano moral.

⁶⁹⁰ Vide tópico 2.3. supra.

⁶⁹¹ A veracidade dessa afirmação pode ser constatada, por exemplo, no reduzido número de julgados do STJ em que se admitiu a existência de dano moral ou extrapatrimonial coletivo, não obstante os mais de 30 anos de vigência da Lei de Ação Civil Pública e dos mais de 25 anos do Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁹² AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR COBRANÇA INDEVIDA NA CONTA TELEFÔNICA RELATIVO A SERVIÇO NÃO CONTRATADO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o mero dissabor ou aborrecimento, experimentado em razão de inadimplemento contratual, não configura, em regra, prejuízo extrapatrimonial indenizável. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. A análise dos fundamentos que ensejaram o reconhecimento da inexistência de ato ilícito exige o reexame probatório dos autos, inviável por esta via especial, ante o óbice do enunciado da Súmula 7 desta Corte.

3. A incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, porquanto falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução a causa.

4. Agravo regimental desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

(STJ, AgRg no AgRg no AREsp 631453 / RS. Quarta Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. DJ 01.10.2015. DJe 06.10.2015).

A criação jurisprudencial da figura do mero aborrecimento representa um reforço à ultrapassada teoria do dano moral como dor, vexame, sofrimento⁶⁹³. O dano moral deve ser compreendido como qualquer ofensa à dignidade humana⁶⁹⁴. As reações negativas ao evento são meras consequências de um dano já ocorrido e não necessitam estar presentes para que se configure a ofensa moral.

Não se pretende, com isso, defender que toda lesão patrimonial configura também um dano moral, mas que a recusa injustificada em se respeitar parâmetros mínimos de lealdade e boa-fé – o que leva o cidadão, um grupo de lesados ou órgãos representativos de interesses coletivos e difusos a buscar a tutela do Poder Judiciário – gera um prejuízo muito maior do que um mero aborrecimento.

Em verdade, os prejudicados deixam de utilizar parte importante do seu tempo e dos seus recursos na busca pela satisfação de seus objetivos de vida, ao empregá-los em um longo e dispendioso litígio judicial.

A fim de afastar comportamentos como os descritos, deve o Poder Judiciário condenar aqueles que adotam condutas ofensivas aos parâmetros razoáveis de lealdade e boa-fé ao pagamento de danos morais, tanto na esfera individual, quanto na coletiva.

⁶⁹³ Como exemplo que comprova essa conexão entre o mero aborrecimento e a concepção ultrapassada do dano moral como dor, vexame e sofrimento, confira o seguinte julgado do STJ:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONCLUSÃO OBTIDA MEDIANTE ANÁLISE DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual.

2. In casu, o Tribunal a quo concluiu pela inexistência de dano moral passível de reparação, tendo em vista o curto lapso temporal transcorrido entre a negativa de cobertura da cirurgia bariátrica pelo plano de saúde e a antecipação dos efeitos da tutela que garantiu, à agravada, a cobertura pretendida, situação que não se mostrou suficiente para comprometer a sua saúde ou violar seus direitos da personalidade.

3. A jurisprudência desta Corte entende que, quando a situação experimentada não tem o condão de expor a parte a dor, vexame, sofrimento ou constrangimento perante terceiros, não há falar em dano moral, uma vez que se trata de circunstância a ensejar mero aborrecimento ou dissabor, mormente quando mero descumprimento contratual, embora tenha acarretado aborrecimentos, não gerou maiores danos ao recorrente.

4. Agravo regimental não provido.

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator”.(STJ, EDcl no AREsp 626695 / SP. Quarta Turma. Rel. Min. Raul Araújo. DJ 19.05.2015. DJe. 18.06.2015).

⁶⁹⁴ Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83. Em sentido semelhante, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha”, In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

Por conseguinte, cláusulas contratuais ou quaisquer outras condutas que violem diretamente normas jurídicas, acrescidas da recusa em corrigi-las de maneira voluntária e consensual, representam ofensa ao dever de lealdade e boa-fé que deve pautar as relações jurídicas, o que pode configurar danos extrapatrimoniais de natureza individual ou coletiva. Nos comportamentos de má-fé, busca-se enganar, ludibriar o outro, o que representa um desrespeito ao sentimento de dignidade do ofendido e/ou da coletividade afetada por essa conduta⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ No STJ ainda são poucos os julgados que reconhecem o dano moral coletivo por abusos praticados nas relações de consumo. Contudo, há um julgado recente que se aproxima do quanto defendido na presente tese: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

2. Inexiste violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais.

3. É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes igual paridade de armas. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial.

4. O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela ex adversa. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontroversos.

5. O fato de ter as instâncias de origem desconsiderado a prova testemunhal da recorrida - porquanto ouvida na qualidade de informante - não está apto a configurar cerceamento de defesa, pois a própria dicção do art. 405, § 4º, do CPC, permite ao magistrado atribuir a esse testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir qualquer valor.

6. Não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concreta de sua escorreta conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis à sua inércia. Fica, pois, afastado possível violação aos arts. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC.

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

Para proteger o interesse coletivo, boa parte da doutrina defende a aplicação de um dano moral coletivo⁶⁹⁶. Já Rafael Viola manifesta-se contrariamente à ideia, por entender que tais danos não podem ser enquadrados como danos morais. Sustenta a necessidade de se fazer uma distinção entre danos morais e extrapatrimoniais, pois reconduzir esses novos danos a categorias já existentes e construídas numa época em que prevalecia o individualismo, poderia levar a consequências inquietantes⁶⁹⁷. Para o referido autor, deveria ser reconhecida a existência de um dano extrapatrimonial social, com um caráter punitivo, entendido como imprescindível para a tutela coletiva e que ganha contornos de Direito Público⁶⁹⁸.

Antônio Junqueira de Azevedo admite o dano social como uma nova categoria e entende que o caráter punitivo da responsabilidade civil se aplica mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, funcionando como meio de desestímulo⁶⁹⁹.

Vale ressaltar, entretanto, que esse instituto não representa apenas uma construção doutrinária. Em verdade, a expressão dano moral coletivo encontra-se positivada no ordenamento jurídico brasileiro, nos incisos VI e VII do art. 6º do CDC e no art. 1º da Lei 7.347/85. Em face da insuficiência da tutela individual para a proteção de situações subjetivas, o ordenamento passou a tutelar interesses coletivos.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens – no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

13. Recurso especial a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. (STJ, REsp 1397870/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ. 02/12/2014. DJe 10/12/2014).

⁶⁹⁶ Nesse sentido, cf.: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1994. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004. RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. In: **Revista de direito do consumidor** n. 25. São Paulo: RT, 1988.

⁶⁹⁷ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coords.) **Diálogos de direito civil**. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396/397.

⁶⁹⁸ VIOLA, Rafael. Op.cit. p. 399-400.

⁶⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: o dano social. In: Revista Trimestral de direito civil, vol. 19, Rio de Janeiro: Padma, p. 215.

A coibição enérgica de comportamentos como os descritos poderá contribuir para desafogar o Poder Judiciário da enorme quantidade de processos que atualmente possui. A prática da conciliação, estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça⁷⁰⁰, acaba por incentivar, ao menos nas relações de consumo de massa, a manutenção das cláusulas contratuais abusivas, assim como o fornecimento de produtos e serviços de má qualidade, uma vez que, em regra, apenas um pequeno número de consumidores recorre ao Poder Judiciário e o valor pago a título de indenização é menor do que o investimento necessário para melhorar a qualidade de produtos e serviços – cálculo esse realizado normalmente por todo empresário. Em muitos casos, as práticas abusivas aumentam significativamente os lucros, a exemplo das cobranças indevidas de serviços não prestados ou sequer solicitados.

A procura pela tutela judicial é realizada normalmente após tentativas frustradas de resolver o conflito amigavelmente. Para os fornecedores, a melhoria na qualidade dos produtos e serviços requer investimentos que não serão realizados enquanto for mais lucrativo manter o *status quo* e pagar pequenas indenizações aos poucos consumidores que reclamam, ainda mais quando se tem um Poder Judiciário que incentiva a prática de conciliações – realizadas em valores que respeitam os limites autorizados pelos fornecedores aos seus prepostos e transformadas em política institucional.

Desse modo, são atingidas metas de julgamento de processos, mas são negadas aos consumidores prestações jurisdicionais que os recompensem pelos prejuízos efetivamente sofridos e que desestimulem a prática de comportamentos semelhantes. Ao contrário: incentiva-se indiretamente a má-fé com a promessa de conciliação dentro dos valores oferecidos pelos prepostos dos fornecedores de produtos e serviços.

Uma teoria interessante, que tem sido desenvolvida como crítica ao comportamento de má-fé de fornecedores de produtos e serviços, consiste na tese da perda de tempo livre ou útil como hipótese de dano indenizável. O tema tem sido abordado na esfera consumerista, em que se verifica com frequência a perda excessiva de tempo por parte do consumidor para resolver questões simples, a exemplo do longo tempo de espera em filas de bancos ou nos sistemas de teleatendimento.

Por essa razão, vem se defendendo que o tempo útil ou livre constitui um bem jurídico, previsto de forma implícita na Constituição Federal, na norma que assegura a

⁷⁰⁰ O CNJ estabelece metas de julgamento ao Poder Judiciário que são alcançadas mais facilmente através da conciliação. Nesse sentido, instituiu até o “Prêmio Conciliar é Legal”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliar é legal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em 09 fev.2016.

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação⁷⁰¹, cuja lesão é suscetível de indenização a título de dano moral⁷⁰². Seria indenizável a perda de tempo útil que fugisse à razoabilidade e decorresse de comportamentos ilícitos e de má-fé por parte dos fornecedores de produtos e serviços⁷⁰³.

A tese da perda de tempo útil ou livre foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁷⁰⁴ e aplicada à esfera consumerista. Sustenta-se, nesse ponto, o tempo livre ou útil como elemento essencial à integral satisfação das aspirações personalíssimas, razão pela qual sua perda é passível de indenização por dano moral. A aplicação dessa nova construção jurídica não deve, todavia, limitar-se à esfera consumerista, mas ser estendida a todo comportamento de má fé que acarrete uma injusta e intolerável perda de tempo a outrem.

⁷⁰¹ O inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 maio 2015.

⁷⁰² Nesse sentido: GUGLINSKI, Victor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Disponível em: <http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111764342/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade>. Acesso em 10/02/2016.

⁷⁰³ Assim, questiona Pablo Stolze: “É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos, imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social?”. In: GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>>. Acesso em 10/02/2016.

⁷⁰⁴ “DES. ALEXANDRE CÂMARA – Julgamento: 03/11/2010 – SEGUNDA CÂMARA CIVEL Agravo Interno. Decisão monocrática em Apelação Cível que deu parcial provimento ao recurso do agravado. Direito do Consumidor. Demanda indenizatória. Seguro descontado de conta corrente sem autorização do correntista. Descontos indevidos. Cancelamento das cobranças que se impõe. Comprovação de inúmeras tentativas de resolução do problema, durante mais de três anos, sem que fosse solucionado. Falha na prestação do serviço. **Perda do tempo livre. Dano moral** configurado. Correto o valor da compensação fixado em R\$ 2.000,00. Juros moratórios a contar da citação. Aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do CPC, no percentual de 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Recurso desprovido.”

“DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA – Julgamento: 27/10/2010 – QUARTA CÂMARA CIVEL. Apelação. **Danos morais**. Contrato para instalação do serviço OI VELOX (banda larga internet). Inadimplemento contratual por parte da operadora que alegou inviabilidade técnica por impropriedades da linha telefônica. Sentença de procedência. **Dano moral** fixado em R\$ 2.000,00. Apelos de ambas as partes. A princípio, o inadimplemento contratual não acarreta **danos morais**, porém, pelas peculiaridades do caso concreto, se verificou a ocorrência de aborrecimentos anormais que devem ser compensados. Violação ao dever de informação, art. 6º, III, do CDC. Grande lapso temporal entre a data da celebração do contrato e a da comunicação de que a não seria viável a prestação dos serviços por impropriedades técnicas da linha telefônica do Autor. Teoria da **Perda do Tempo Livre**. Por mais de um ano, o Autor efetuou ligações para a Ré na tentativa de que o serviço de internet fosse corretamente instalado, além de ter recebido técnicos da Ré em sua residência, mas que não solucionavam os problemas. Indenização bem dosada em R\$ 2.000,00. Pequeno reparo na sentença para fixar a correção monetária desde a data do arbitramento e juros moratórios a partir da citação. Provimento parcial ao recurso do autor. Desprovimento ao recurso do réu.”

Ambas as decisões foram citadas por: GUGLINSKI, Victor. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Disponível em: <http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111764342/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade>. Acesso em 10/02/2016.

Diante do exposto, constata-se a importância do tempo e do patrimônio como instrumentos para o completa desenvolvimento do ser humano, o que comprova o estreito vínculo entre tais bens jurídicos, não obstante possuírem naturezas jurídicas bem distintas. Por conseguinte, pode-se afirmar que pessoa e patrimônio não podem ser objeto de tutelas jurídicas completamente apartadas, pois ambos os institutos possuem um eixo comum: a valorização da pessoa humana⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Nesse sentido: LIMA MARQUES, Cláudia; Bruno Miragem. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 107.

5 A EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS CONTEMPORÂNEAS

“Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein”⁷⁰⁶.

Otto Von Gierke

No capítulo anterior, foram analisados os requisitos necessários para que se possa promover, no Direito brasileiro, a transição do paradigma individualista para o da solidariedade democrática, já consagrado na Constituição Federal, e aqui compreendido como aquele capaz de assegurar ao ser humano sua plena realização, bem como de aprofundar o sentido de democracia.

Busca-se, a seguir, demonstrar como as propostas anteriormente formuladas alteram a interpretação do conteúdo de institutos centrais do Direito Privado, mais precisamente a personalidade, o direito obrigacional, a propriedade e a responsabilidade civil. Por último, analisa-se o papel a ser desempenhado pelo juiz na concretização desse novo paradigma, consagrado por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Demonstrar-se-á, em especial, como tais propostas de transformação interpretativa encontram-se em consonância com os princípios fundamentais e os objetivos fundamentais da República brasileira.

5.1 O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE COMO UM ESTADO DO SUJEITO E PRINCÍPIO NORTEADOR DO NOVO DIREITO PRIVADO

Importante questão relativa ao respeito à diferença e à responsabilidade pelo outro consiste na proteção aos vulneráveis. Trata-se de tema antigo, uma vez que essa tutela remonta aos primeiros sistemas ético-jurídicos de que se tem conhecimento a exemplo do mundo sumério, semita e mesopotâmico, onde foi elaborado o Código de Hammurabi, cujo epílogo já mencionava a proteção dos fracos, dos pobres e dos estrangeiros dentre seus principais objetivos⁷⁰⁷, conforme abordado anteriormente⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Tradução nossa: “Nosso Direito Privado será social, ou não será coisa alguma”. GIERKE, Otto. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 1889.

⁷⁰⁷ “[...] Para que o forte não oprima o pobre, para fazer justiça ao órfão e à viúva[...] Que o oprimido afetado num processo venha à frente de minha estátua de Rei da Justiça e se faça ler a minha estrela de escrita”. Trecho

O sistema ético indo-europeu, entretanto, caracterizado por uma visão negativa acerca da corporalidade e da sexualidade, acabou exercendo forte influência – especialmente a partir do século XV, com o advento das grandes navegações, quando se tornou dominante – dando origem ao primeiro sistema ético mundial. Tal percepção negativa da corporalidade acabou por provocar a exploração da mulher, a negação da pluralidade, bem como toda forma de exclusão e dominação de escravos, servos e camponeses, de modo que as vítimas – os oprimidos, ou seja, vulneráveis – não tiveram voz nesse horizonte de eticidade. A noção de vulnerabilidade manteve-se, contudo, presente nos sistemas éticos regionais e mundial, apesar da dominância de outros valores nos últimos quatro séculos.

No final do século XIX, com o desenvolvimento da produção e do consumo de massa, percebeu-se um desequilíbrio nas relações contratuais, que tornava uma das partes mais vulnerável e, assim, suscetível a que o outro contratante praticasse atos abusivos. Como exemplo, pode ser citado o trabalhador, que se submetia a condições degradantes, em razão do seu limitado poder de barganha diante do proprietário dos meios de produção. Situação semelhante ocorria nas relações de consumo, nas quais o adquirente não possuía informações claras a respeito da qualidade dos produtos e serviços adquiridos, cujo processo produtivo era controlado pelo fornecedor⁷⁰⁹. A criação de normas voltadas à disciplina das relações de trabalho e de consumo resultou da necessidade de intervenção na economia⁷¹⁰. A ideia de vulnerabilidade do consumidor desenvolveu-se “tendo em vista a facilidade com que pode ser atacado em sua manifestação livre e consciente de vontade, bem como a sua situação de fragilidade ante os fornecedores”⁷¹¹.

Nesse sentido, afirma José Geraldo Brito Filomeno que o consumidor é, sem dúvida, a parte mais fraca, uma vez que os proprietários dos meios de produção é que “detém todo o

do Código extraído de: DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 28.

⁷⁰⁸ Confira o item 2.2 e a nota de rodapé n. 5.

⁷⁰⁹ Nesse sentido: BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. In: **Revista da EMERJ**. Vol. 7, n. 25. Rio de Janeiro, 2004, p. 249.

⁷¹⁰ Consoante afirma José Geraldo Brito Filomeno: “Não é por acaso, aliás, que o chamado ‘movimento consumerista’, tal qual nós o conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo dos chamados ‘frigoríficos de Chicago’”. FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 55.

⁷¹¹ LOCATELLI, Liliana; SIMON, Cláudio Antonio de Paiva. A vulnerabilidade do consumidor ante os ambientes virtuais: o caso dos sítios de aproximação. In: **Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito**. URI Santo Ângelo. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, p. 159.

controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro”⁷¹².

Em meados do século XX, surgiram, como reação mais ampla ao sistema ético excludente, movimentos compostos por sujeitos marginalizados que buscaram lutar por seu adequado reconhecimento, a exemplo da população afrodescendente, das mulheres, do movimento LGBT, dos índios e dos imigrantes. Apenas nas últimas décadas tais movimentos adquiriram, todavia, um caráter mundial. Pode ser identificada como marco desse reconhecimento global a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A partir de então, percebe-se a retomada de uma concepção de vulnerabilidade mais abrangente, vinculada às questões existenciais, ou seja, personalíssimas ou sociais, e extrapatrimoniais.

Conforme foi ressaltado anteriormente, não há ordem social em que todos os membros possuam o mesmo poder. Há sempre situações em que se verifica um desequilíbrio fático, o que gera a necessidade de a lei proteger os mais fracos, de modo a promover uma compensação de forças. Sem essa tutela jurídica, aumenta-se o risco da submissão aos mais fortes. Constatase que todos os seres humanos são vulneráveis, pois podem ser atingidos de alguma forma em sua integridade psicofísica, consoante ressalta Heloísa Helena Barboza⁷¹³.

Para Paulo Lôbo, a vulnerabilidade é, sob o ponto de vista do Direito, o reconhecimento de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem pessoas, são dignas de proteção. Trata-se de um fruto do Estado social, com suas promessas de justiça social e de redução das desigualdades sociais⁷¹⁴.

Já Carlos Nelson Konder entende que a vulnerabilidade não se limita às relações contratuais, uma vez que podem ser identificadas duas espécies distintas: a patrimonial e a existencial. Enquanto a primeira vincula-se à inferioridade contratual, que ameaça causar uma lesão patrimonial, a segunda faz menção ao risco de ser lesado em sua dignidade⁷¹⁵.

⁷¹² FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 55.

⁷¹³ “Todos os seres humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade”. BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T.S.; Oliveira, Guilherme (coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

⁷¹⁴ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Contratante vulnerável e autonomia privada**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25358/contratante-vulneravel-e-autonomia-privada>. Acesso em 16.fev.2016.

⁷¹⁵ “a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a

O referido autor considera relevante que se faça a distinção, a fim de oferecer um tratamento diferenciado e adequado a cada situação. Defende, ainda, que a redução de ambas à mesma categoria poderia prejudicar as potencialidades do segundo modelo de tutela, “limitando ou mesmo esvaziando suas perspectivas transformadoras”⁷¹⁶.

A distinção é significativa, pois permite identificar instrumentos de tutela da vulnerabilidade existencial que não se submetem à lógica patrimonialista do Código Civil brasileiro, a exemplo da reserva de assentos em transportes coletivos e de vagas em estacionamentos para idosos e portadores de necessidades especiais.

Vale ressaltar, entretanto, que, na presente tese, procurou-se demonstrar que os chamados efeitos indiretos de uma relação contratual desequilibrada, em que uma das partes obtém vantagem indevida a partir da vulnerabilidade da outra, podem ser graves e atingir relevantes aspectos da personalidade do ofendido. Ademais, tais efeitos têm sido negligenciados pelos tribunais brasileiros, o que gera a necessidade de se analisar com mais rigor as consequências negativas para a personalidade, de determinados comportamentos ilícitos, decorrentes do descumprimento de obrigações contratuais de cunho patrimonial⁷¹⁷.

Essa mudança de perspectiva deve ser realizada a partir das noções de alteridade e de responsabilidade, que trazem consigo a ideia de cuidado, ou seja, a identificação de um dever em relação a outro ser, que se torna “preocupação”, diante de uma ameaça à sua vulnerabilidade. Com base nas normas constitucionais que fixam os objetivos fundamentais da República, identifica-se o dever ético-jurídico de proteção aos mais fracos: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades regionais e sociais; erradicação da pobreza e da marginalização; e promoção do bem de todos sem preconceitos.

Para se alcançar tais objetivos, faz-se necessário tutelar as diferentes vulnerabilidades, sejam elas econômicas, sociais, técnicas ou personalíssimas, de modo a assegurar relações pautadas pelos princípios da liberdade, da justiça e da solidariedade. Tais normas devem produzir efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito do Direito Privado.

Natalino Irti, em obra publicada no final do século XX, afirmou que o Direito Civil vem se desenvolvendo na era da sociedade tecnológica com um caráter protetivo. Desse

ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade”. KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial**: por um sistema diferenciador. In: Revista de Direito do Consumidor. Ano 24. Vol 99. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Maio-jun./2015, p. 111.

⁷¹⁶ Ibid., p. 108.

⁷¹⁷ Vide item 4.5. supra.

encontro entre o Direito Civil e a sociedade tecnológica surge um conjunto normativo dúctil, flexível, voltado para a defesa do sujeito em suas múltiplas esferas de atuação. Nesse contexto, o conhecimento e a informação passam a ocupar uma posição central na cultura civilística⁷¹⁸.

De fato, a omissão ou a oferta insuficiente de informações em determinadas relações jurídicas torna a pessoa vulnerável e sujeita, portanto, a danos de variadas espécies. Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor reconheceu o direito à informação como um dos direitos básicos do consumidor⁷¹⁹.

Por outro lado, o acesso indevido a informações de natureza personalíssima também fragiliza o sujeito na relação jurídica. Veja, por exemplo, a discussão surgida, a partir das pesquisas genéticas, acerca da possibilidade de se identificar, a partir do material genético de alguém, potenciais doenças que esse sujeito poderá desenvolver no futuro. Teriam as companhias de seguro o direito de exigir a realização desses exames antes da contratação, de modo a melhor definir o valor do prêmio? É evidente que se trata de informação protegida como direito personalíssimo, que colocaria o consumidor numa posição de vulnerabilidade naquela relação contratual.

Consoante ressalta Eike Von Hippel, as definições sobre quem deve ser considerado hipossuficiente e em que medida necessita de proteção não são homogêneas e podem mudar ao longo do tempo. Atualmente há, contudo, um consenso internacional acerca de muitas situações que merecem tutela. Por outro lado, a definição de hipossuficiência é relativa, pois um mesmo sujeito poderá ser assim considerado em relação ao seu empregador, por exemplo, e simultaneamente ser o mais forte em relação a um menor sob sua tutela⁷²⁰.

No Brasil, faz-se a distinção entre hipossuficiência e vulnerabilidade, em razão de a diferenciação estar presente no próprio Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência é pressuposto para que se realize a inversão do ônus da prova, e exige que se verifique estar o sujeito numa posição de inferioridade⁷²¹. Já a vulnerabilidade é presumida para todos os

⁷¹⁸ IRTI, Natalino. **La cultura del diritto civile**. Torino: Utet, 1990, p. 51-52.

⁷¹⁹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)”. BRASIL. Lei n. 8.078 DE 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷²⁰ HIPPEL, Eike von. **Der Schutz des Schwächeren**. Tübingen: Mohr, 1982, p. 01.

⁷²¹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

consumidores. Desse modo, o que Eike Von Hippel designa como hipossuficiência deve ser entendido no Brasil como sinônimo de vulnerabilidade.

Para Cláudia Lima Marques, a nova forma de pensar as relações e os conflitos do Direito Privado, marcadas pelo pluralismo, transformou a proteção aos vulneráveis em mandamento ético-jurídico, que será concretizado tanto por leis protetivas quanto pela atuação de juristas comprometidos com a efetivação da dignidade da pessoa humana⁷²².

De acordo com a referida autora, a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco, que pode ser permanente ou provisório, mas que fragiliza o sujeito de direitos e desequilibra a relação. Não se trata do fundamento para a aplicação das regras de proteção ao sujeito mais fraco, mas a explicação dessas regras. Desse modo, consistiria na noção que ilumina a aplicação de normas protetivas e reequilibradoras⁷²³.

Consoante foi visto a partir da análise do pensamento de Enrique Dussel, percebe-se que é impossível criar um sistema perfeito, que não produza vítimas, pois a imperfeição é uma característica inerente à condição humana e, conseqüentemente, às suas instituições. Por conseguinte, as características de cada sujeito, assim como as relações econômicas e sociais geram e gerarão situações em que a vulnerabilidade de alguém estará exposta e merecerá tutela jurídica. Caberá à sociedade identificá-la e assegurar-lhe uma proteção adequada.

Segundo Lévinas, a vulnerabilidade da pessoa constitui sua subjetividade e se expressa na dor, ou seja, a subjetividade tem como conteúdo a sensibilidade, que possibilita a exposição à afeição⁷²⁴. A partir da noção de alteridade como respeito ao outro e às suas diferenças, desenvolve-se, como foi visto, a noção de responsabilidade comunitária diante da vulnerabilidade compartilhada de todos os viventes⁷²⁵. O ser humano pós-moderno poderá estar vulnerável em relação a algumas das suas múltiplas relações sociais, ainda que somente naquelas em que figura como consumidor.

Por essa razão, deve-se reconhecer a vulnerabilidade como um princípio norteador do Direito, cujo papel deverá se destacar cada vez mais no âmbito do Direito Privado e, em

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”. BRASIL. Lei n. 8.078 DE 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷²² LIMA MARQUES, Cláudia; Bruno Miragem. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

⁷²³ Ibid., p. 120.

⁷²⁴ “No sofrimento, a sensibilidade é vulnerabilidade, mais passiva que a receptividade; ela é provação, mais passiva que a experiência”. LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.118.

⁷²⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 378.

especial, no Direito Civil. Nas últimas décadas, surgiram microsistemas voltados à proteção de situações específicas de vulnerabilidade, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto do Idoso, da Lei Maria da Penha. Existem outros casos, entretanto, que em regra são regidos pelas normas do Direito Civil e ainda não possuem reconhecimento e tratamento adequados.

Faz-se necessário, portanto, admitir a vulnerabilidade como um estado dos seres humanos e que não se limita às situações específicas previstas nos citados microsistemas. Consoante foi demonstrado anteriormente⁷²⁶, a construção de uma suposta igualdade civil, fundada na liberdade e na igualdade, como valores de conteúdo meramente formal e contratual, contribuiu não somente para a manutenção, mas também para o agravamento de desigualdades fáticas.

A partir do reconhecimento das diferenças e das distintas vulnerabilidades que caracterizam cada ser humano e influenciam suas relações jurídicas, torna-se necessário oferecer um tratamento jurídico diferenciado, materialmente desigual, de modo a impedir o desequilíbrio fático entre os sujeitos envolvidos⁷²⁷.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé desempenha um papel crucial na consecução de tais objetivos, especialmente no que diz respeito ao dever acessório de informar a outra parte acerca do conteúdo e das consequências de determinada relação jurídica.

A noção de boa-fé foi cunhada originalmente em Roma, nos períodos arcaico e pré-clássico, quando foram também criados muitos dos conceitos formais que constituíram o Direito Romano. Sua origem remonta à expressão *fides*, utilizada inicialmente em diversos contextos e com múltiplos prismas semânticos. A partir da construção realizada pelos Pretores, seu conteúdo adquiriu, no período clássico, o caráter de norma jurídica objetiva: *bona fides*, relacionada ao comportamento honesto e correto, que respeita a lealdade e os costumes do tráfego⁷²⁸.

Na Alemanha, o conceito desenvolve-se a partir da expressão *Treu und Glauben*⁷²⁹, de origem filológica distinta de *bona fides*, cuja equivalência semântica foi adquirida

⁷²⁶ Vide o último tópico do primeiro capítulo.

⁷²⁷ Consoante afirma Robert Alexy: “Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 417.

⁷²⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. 3 reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 55-56 e 105.

⁷²⁹ O termo *Treu* pode ser traduzido como lealdade e *Glauben* como crença, confiança.

posteriormente⁷³⁰. Enquanto numa das acepções da *fides* romana, a expressão significava a fidelidade ao que foi pactuado, na cultura germânica ela era remetida a qualidades ou estados humanos objetivados⁷³¹.

Dentre as importantes contribuições do Direito alemão para a noção de boa-fé encontram-se sua vinculação à ideia de cumprimento exato dos contratos e a percepção da necessidade de, no exercício dos direitos individuais, ter em conta o interesse da outra parte. De acordo com Menezes Cordeiro, essas concepções não correspondem nem à *bona fides* clássica, nem à versão diluída identificada no *Corpus Iuris Civilis*⁷³².

O terceiro viés da boa-fé surge no Direito Canônico, que a utiliza de forma mais destacada no âmbito da tutela da usucapião e dos contratos consensuais. O princípio é aqui compreendido como ausência de pecado, em oposição à má fé⁷³³.

Atualmente, a boa-fé readquiriu importância e vem sendo considerada um *topos* subversivo do direito obrigacional⁷³⁴ tradicional, no qual se compreendia bastar o acordo de vontades para obrigar as partes ao cumprimento da avença. De acordo com essa nova concepção, exige-se também que se atue em conformidade com a honestidade, a lealdade e a probidade, além do respeito a outros princípios contratuais.

Consagrou-se, assim, a boa fé objetiva, ou seja, regra de comportamento de fundo ético, assentada na ideia de que todos devem se comportar com lealdade, honestidade e retidão no que diz respeito ao outro membro de uma relação jurídica. O ressurgimento da boa fé, em seu aspecto objetivo, como importante elemento normativo nos ordenamentos jurídicos dos países vinculados ao sistema europeu continental, deve-se especialmente à percepção de que sua concepção subjetiva se tornou insuficiente para solucionar os conflitos da pós-modernidade. A concepção tradicional, psicológica, exige que fosse considerado o estado de ânimo ou de espírito do agente no que diz respeito ao conhecimento de certos fatos que viciavam uma determinada situação, ou seja, exige-se um entendimento equivocado, de um erro que enreda o contratante, não obstante a crença na correção de sua conduta.

⁷³⁰ “A não correspondência linguística, entre a designação alemã de boa-fé – *Treu und Glauben* – e *bona fides*, é o ponto de partida para a indagação de uma boa fé especificamente germânica” In: MENEZES CORDEIRO, , Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. 3 reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 166.

⁷³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 124.

⁷³² MENEZES CORDEIRO, op.cit., p. 175.

⁷³³ “Em qualquer caso, a boa fé canônica traduziria, perante determinadas situações, a ausência de pecado”. Ibid., p. 154.

⁷³⁴ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, op.cit., p. 410.

Em tais hipóteses, caberia ao aplicador do direito identificar, portanto, a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção. Percebeu-se que essa verificação da condição psicológica de alguém no momento da prática do ato era extremamente difícil e insegura, razão pela qual passou a ser considerado o comportamento do sujeito.

Ao se propugnar por uma análise objetiva, ou seja, comportamental, não se pretende desconsiderar os elementos concretos do caso, a exemplo das condições pessoais e culturais dos envolvidos na relação jurídica em apreço. Nesse sentido, afirma Judith Martins-Costa não ser possível, efetivamente, “tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”⁷³⁵.

As vulnerabilidades dos seres humanos variam de acordo com suas histórias de vida e com o específico conteúdo das diferentes relações jurídicas que estabelecem em seu cotidiano. Diante de tamanha complexidade, faz-se necessário que o conteúdo da boa-fé e, em especial, do dever acessório de informar, varie de modo a se adequar às características dos sujeitos envolvidos em cada relação jurídica concreta.

Admitir que o conteúdo do dever de informar seja sempre o mesmo, independente das características pessoais dos envolvidos na relação jurídica, contribui para a prática de atos que violam a boa-fé e podem provocar um aumento das desigualdades fáticas entre os cidadãos. Afinal, não se pode crer ser suficiente oferecer a um cidadão brasileiro com baixa escolaridade o mesmo conteúdo de informação fornecida a um experiente advogado, quando ambos são aderentes de um contrato de mútuo feneratício⁷³⁶. Parece evidente que a boa-fé impõe ao mutuante, na primeira hipótese, um dever de informar mais amplo.

O referido princípio foi consagrado no Código Civil brasileiro de 2002 em três principais dispositivos: nos artigos 113, 187 e 422. O primeiro preceito exige que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração⁷³⁷. Já o art. 187 considera abusivo o exercício do direito que viole a boa-fé, os bons costumes, ou o seu

⁷³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

⁷³⁶ Nesse caso, pode ser identificada uma vulnerabilidade jurídica, em que “há falta de conhecimentos jurídicos específicos, ou falta de experiência na contratação”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2. ed. rev. e atual. trad. Bruno Miragem. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 256.

⁷³⁷ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

fim econômico ou social⁷³⁸. Por fim, o art. 422 exige dos contratantes o dever de atuar, tanto na celebração quanto na execução do contrato, conforme os princípios da probidade e boa-fé⁷³⁹.

Não se pretende aqui realizar uma análise crítica de cada um dos dispositivos, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, mas identificar, por intermédio de seus textos, as principais tarefas a serem desempenhadas pelo princípio da boa fé. Tradicionalmente, costumam ser atribuídas três principais⁷⁴⁰ funções⁷⁴¹. A primeira é denominada interpretativa⁷⁴², em que o princípio atua como referencial hermenêutico para todas as relações jurídicas. A segunda busca evitar o exercício abusivo de direitos subjetivos, ou seja, todo direito subjetivo encontra-se limitado pelo princípio da boa-fé. A terceira consiste na função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção.

Costumam ser mencionados como exemplos de deveres anexos aqueles referentes à informação e ao conselho, à cooperação, ao segredo e à não concorrência, à custódia, à vigilância, à lealdade, dentre outros. Tais hipóteses são apenas exemplificativas, pois as exigências podem sofrer variações de acordo com as circunstâncias do caso concreto⁷⁴³.

⁷³⁸ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷³⁹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷⁴⁰ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 427-472; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. Vol. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-60; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. vol. 4. Tomo 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69-76; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374.

⁷⁴¹ Cláudia Lima Marques defende, fundada na doutrina alemã, que a boa-fé teria mais duas funções: 1) a de correção e adaptação, que permite ao julgador adaptar e corrigir o conteúdo dos contratos quando houver mudança das circunstâncias, a fim de garantir a permanência do vínculo, não obstante a ocorrência da quebra da base objetiva do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*); 2) a de autorização para se decidir por equidade, pois para a concreção dessa cláusula geral há ativa participação do aplicador do direito. MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: **Direitos do consumidor endividado**. MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.). São Paulo: RT, 2006, p. 281 e 282.

⁷⁴² Acerca dessa função, afirmou Orlando Gomes: “O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela aferível. Ademais, subentende-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força do uso regular e da própria equidade. [...] No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes”. GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 42.

⁷⁴³ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 172.

Ademais, prevalece o entendimento no sentido de que, por se tratar de boa-fé objetiva, a violação de tais deveres independe de culpa⁷⁴⁴.

Com base na função de criar deveres jurídicos acessórios, em especial o de informar acerca das condições e do conteúdo de determinada relação jurídica, é importante que seja reconhecida a necessidade de os tribunais ampliarem seu conteúdo, caso assim exijam as circunstâncias, bem como pelas características dos sujeitos envolvidos em cada relação jurídica concreta.

Desse modo, sustenta-se o entendimento segundo o qual, diante das inúmeras situações de vulnerabilidade a que poderá estar exposta toda pessoa, deve ser ampliada a abrangência do princípio da boa-fé, especialmente no que se refere aos deveres anexos, no sentido de reforçar o dever de cooperar e de informar adequadamente a outra parte da relação jurídica. Não se pode admitir que um dos contratantes, aproveitando-se do baixo nível de instrução da outra parte, imponha condições que sequer foram compreendidas por ela, cujas consequências são graves para o seu patrimônio.

Como exemplo, pode ser citada, mais uma vez, a hipótese do fiador, cuja situação jurídica vem sendo agravada por decisões dos tribunais brasileiros. Como foi visto anteriormente, no dia 08.02.2006, o STF reconheceu incidentalmente a constitucionalidade do dispositivo que admite a possibilidade de penhora do único imóvel pertencente ao fiador, ou seja, do seu bem de família, na hipótese de inadimplência do locatário, quando o garantidor assume essa condição no contrato de locação⁷⁴⁵. Esse entendimento coloca o fiador numa posição de extrema vulnerabilidade, uma vez que, além de poder perder seu bem de família, não terá o mesmo poder ao exercer seu direito de regresso contra o locatário, que terá seu bem de família protegido pela própria lei que admite a criticada hipótese excepcional, em evidente violação ao princípio da igualdade substancial.

Outro problema refere-se à inserção, nos contratos de fiança, da cláusula segundo a qual o fiador renuncia ao benefício de ordem, que encontra expressa previsão legal no inciso I do art. 828 do Código Civil. Poucos brasileiros compreendem, entretanto, que, ao assinar o contrato como fiadores em que consta essa cláusula, estão conferindo ao credor o direito de cobrar a dívida diretamente deles, sem que antes precise exigí-la do devedor principal. Trata-

⁷⁴⁴ Nesse sentido, pode ser citado o Enunciado 24 das Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça federal: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. AGUIAR, Rui Rosado de (coord.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p.19.

⁷⁴⁵ RE 407.688; AI 576.544-AgR-AgR.

se de exemplo ilustrativo da violação ao dever anexo de informar decorrente do princípio da boa fé.

Quando se tratar de contrato de adesão, haverá nulidade da cláusula em razão de representar renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, prática vedada pelo art. 424 do Código Civil⁷⁴⁶. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 364 das Jornadas de Direito Civil: “No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão⁷⁴⁷”.

É preciso reconhecer, entretanto, a possibilidade de, mesmo em contratos paritários, ser anulada a cláusula de renúncia ao benefício de ordem, quando uma das partes tiver se aproveitado da situação de vulnerabilidade da outra para fazê-la celebrar o contrato, sem conhecer o significado do conteúdo da cláusula. Nessas hipóteses, haverá violação ao dever anexo de informar decorrente do princípio da boa-fé.

Em decisão recente, que agrava a situação do fiador, a Terceira Turma do STJ não o reconheceu, ainda que tenha assumido responsabilidade solidária, como parte legítima para propor ação de revisão contratual contra o credor⁷⁴⁸. Como fundamento, afirmou que interesse econômico não pode se confundir com legitimidade ativa, pois somente quem é sujeito da relação jurídica de direito material trazida a juízo é que possuiria legitimidade *ad causam*.

O fiador é, contudo, sujeito de uma relação jurídica material: o contrato de fiança, de natureza acessória, mas que justamente por isso, possui “a mesma natureza e extensão da obrigação principal⁷⁴⁹”. Se o fiador responde pela dívida em condições semelhantes ou idênticas àquelas estabelecidas no contrato principal, deve ser admitida sua legitimidade para propor ação de revisão contratual contra o credor no que se refere ao conteúdo da fiança, mesmo que seus efeitos se limitem à relação jurídica existente entre o credor e o fiador.

Em face das decisões citadas, figura, no Brasil, a possibilidade de um fiador, devedor solidário, vir a responder antes mesmo do devedor principal, em razão de renúncia ao

⁷⁴⁶ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷⁴⁷ AGUIAR, Rui Rosado de.(coord.) **Jornadas de direito civil I,III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 57.

⁷⁴⁸ RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. PROPOSITURA DA DEMANDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ILEGITIMIDADE ATIVA DO FIADOR. ACESSORIEDADE DO CONTRATO DE FIANÇA. RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL DE NATUREZA DISTINTA DA QUE SE ESTABELECE NO CONTRATO PRINCIPAL. (Recurso Especial Nº 926.792 - SC (2007/0034405-8). Terceira Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 14.04.2015).

⁷⁴⁹ GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 537.

benefício de ordem ou em virtude de ter sido estipulada a solidariedade com o afiançado, e ainda ter seu bem de família atingido, a fim de dar cumprimento à obrigação principal, sem que possa questionar a dívida antes que a cobrança seja realizada, dando origem a uma evidente situação de vulnerabilidade.

Na Alemanha, a BGH⁷⁵⁰, a partir de 1994, desenvolveu a ideia de interconexão de casos típicos relativos à fiança, com o intuito de estabelecer uma moldura a ser seguida em situações semelhantes. Esse conjunto de decisões aproxima-se da proposta apresentada neste tópico, no que diz respeito à necessidade de uma maior proteção aos mais vulneráveis e ao dever de informar adequadamente o fiador acerca das condições da fiança.

De acordo com Jan Schapp, a análise dos casos indica que se construiu um esquema estruturado em dois momentos: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro exige que haja grande desproporção entre a amplitude da obrigação e a capacidade de cumprimento do fiador. O segundo apresenta diferentes casos de vulnerabilidade do fiador, que são apontados como motivo dessa desproporção⁷⁵¹, dentre eles a inexperiência e o dilema psíquico provocado pela exigência de que a fiança seja prestada por um parente próximo do devedor.

No dia 24/02/1994, a BGH apresentou três casos típicos de ofensa aos bons costumes em fianças prestadas por parentes próximos e que se referem à identificação de novas situações de vulnerabilidades: exploração dos laços familiares, banalização do risco pelo credor e inexperiência comercial do fiador sem grande interesse pessoal.

No primeiro caso, a instituição financeira condicionou a concessão de crédito à prestação de fiança por parte de parentes próximos, o que colocou o fiador numa posição de vulnerabilidade, diante do dilema psíquico criado, em razão do laço afetivo existente entre o parente próximo e o tomador do empréstimo. No segundo, caso houve banalização do risco por parte do gerente, que minimizou as consequências da celebração do contrato de fiança, quando afirmou que a assinatura do fiador representava uma mera formalidade. Esse julgamento tornou-se conhecido na Alemanha como o caso da mera formalidade (em alemão: *Zu-den-Akten Fall*). No terceiro, identifica-se a inexperiência do fiador, dentre outros elementos, no ato de assumir uma dívida gravemente desproporcional em relação à sua capacidade financeira. Em tais situações, a BGH entendeu ter havido ofensa aos bons costumes, violando a cláusula geral prevista no §138, Abs. 1 do BGB. Nesses casos, o

⁷⁵⁰ A Bundesgerichtshof (BGH) equivale ao STJ no Brasil.

⁷⁵¹ SCHAPP, Jan. A concretização das cláusulas gerais pelo juiz a partir do exemplo da ofensa aos bons costumes na fiança prestada por parentes próximos. Trad. Laurício Pedrosa e Deborah Salomão. In: **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 24. Vol. 99, maio-jun./2015, p. 15-38, p. 24.

referido tribunal identificou novas formas de vulnerabilidade, que não estão expressamente previstas no BGB, mas que decorrem da interpretação de suas cláusulas gerais.

A partir dessa experiência estrangeira, defende-se a necessidade de que os tribunais brasileiros identifiquem práticas semelhantes que exploram a vulnerabilidade de certos sujeitos nas mais diversas relações jurídicas, e as interpretem como ofensivas à boa-fé, à função social do contrato e/ou ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como exemplo de ato ofensivo à boa-fé, pode ser citada a exigência por parte de instituições financeiras de que os sócios figurem como fiadores em empréstimos tomados pela pessoa jurídica. Se a função da pessoa jurídica consiste justamente em oferecer segurança ao sócio de que seu patrimônio pessoal não será atingido por suas dívidas, essa fiança desnatura a própria finalidade e a natureza desse instituto.

Somente por intermédio de uma maior participação na concretização das cláusulas gerais previstas no ordenamento jurídico brasileiro é que os tribunais poderão oferecer aos cidadãos uma proteção adequada contra as inúmeras práticas abusivas que surgem no cotidiano das relações privadas. O Poder Legislativo não é capaz de acompanhar a velocidade das transformações ocorridas no exercício da autonomia privada, exigindo do Poder Judiciário uma nova postura, que será objeto de análise ao final deste capítulo.

5.2 A INSUFICIÊNCIA DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO COMO LIMITE À LIBERDADE: A COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS COMO LAÇOS DE SOLIDARIEDADE SOCIAL

Etimologicamente, a palavra obrigação tem origem nos termos latinos “*ob*” e “*ligatio*” que representam a ideia de vinculação, de liame. Segundo a concepção tradicional, considera-se esse vínculo como uma limitação à liberdade de agir em favor de pessoa determinada ou determinável⁷⁵². Haveria, assim, nas relações obrigacionais, uma limitação psíquica, decorrente da própria restrição à liberdade, imposta aos indivíduos por meio da relação jurídica.

Essa expressão encontra-se bastante difundida, apesar de ser criticada em razão de enfatizar um dos polos da relação jurídica: o passivo. A mesma crítica pode ser feita àqueles

⁷⁵² Nesse sentido: “O recurso à etimologia é bom subsídio: *obrigação*, do latim *ob* + *ligatio*, contém uma ideia de vinculação, de liame de cerceamento da liberdade de ação, em benefício de pessoa determinada ou determinável”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. vol II. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 03-04.

que propuseram denominá-la de Direito de Crédito, já que, nesse caso, enfatiza-se o polo ativo da relação jurídica.

Em consonância com a concepção tradicional, Roberto de Ruggiero refere-se à acepção técnica do termo obrigação, que corresponderia à *obligatio* da terminologia romana, e exprimiria a relação jurídica em que alguém (devedor) está adstrito a uma determinada prestação perante outro sujeito (credor), que tem direito de exigí-la, obrigando o primeiro a satisfazê-la⁷⁵³.

Antunes Varela, após reconhecer a multiplicidade de sentidos que podem ser atribuídos, ressalta que, em sentido técnico, as obrigações são definidas como “o vínculo jurídico por força do qual uma pessoa tem o poder de exigir de uma outra certo comportamento (prestação), para a satisfação de um interesse digno de proteção legal⁷⁵⁴”.

Essa concepção é identificada também na literatura jurídica nacional, a exemplo de Silvio Rodrigues que, baseando-se no conceito de obrigação presente no Direito Romano, especialmente nas *Institutas* de Justiniano, a define como o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto) em favor de outrem (sujeito ativo)⁷⁵⁵. Para Orlando Gomes seria um vínculo jurídico entre duas partes, “em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor”⁷⁵⁶.

Constata-se que o termo obrigação era definido de forma excessivamente abstrata, como um vínculo jurídico que subordinava o devedor a realizar uma prestação em favor o credor. Essa forma de conceituação traduzia o ideal da sociedade burguesa do século XIX, que acreditava na liberdade e na igualdade meramente formal como valores suficientes para o desenvolvimento da sociedade. Essa definição acabou se refletindo na doutrina do século XIX e de boa parte do século XX.

Consoante afirma Franz Wieacker, dentre os precursores das críticas ao modelo individualista do Direito pode ser citado Ihering que, apesar de não ter clara consciência do alcance da afirmação, defendeu o interesse coletivo contra o individual, ao afirmar que o

⁷⁵³ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. 3. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 34.

⁷⁵⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. Vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1980, p. 52.

⁷⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03-04.

⁷⁵⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

direito se determina pelo que é útil à sociedade. Aos poucos foi sendo desenvolvida a ideia de um direito social⁷⁵⁷.

Geoges Ripert também criticou essa excessiva abstração da definição de obrigação e se propôs a identificar um valor moral para as obrigações civis⁷⁵⁸. Segundo o referido autor, no momento em que as liberdades de religião e de opinião foram consideradas aspectos da liberdade civil, o Estado passou a defender a sua neutralidade em relação a conteúdos religiosos e morais. Critica essa concepção e afirma que se o Direito se desinteressa pelo aperfeiçoamento moral do indivíduo, deixa de ter seu papel na sociedade⁷⁵⁹. Por essa razão, defende que as regras devem ser fornecidas e aplicadas em face do ideal moral que o legislador se propôs a realizar e para o qual o juiz deve concorrer⁷⁶⁰.

A demanda pela assunção de obrigações e pela celebração de contratos surgiu da necessidade de cooperação entre os membros da sociedade, a fim de suprir suas necessidades⁷⁶¹. A criação de vínculos é, portanto, inerente à condição humana. Conforme foi ressaltado anteriormente, o outro é condição de existência de todo sujeito. Somente ao travar diferentes relações, o ser humano poderá perceber-se como tal e desenvolver todas as suas potencialidades. Sendo assim, a concepção do vínculo obrigacional como uma limitação à liberdade representa um resquício do individualismo exacerbado, fundado na ideia de que a liberdade plena só existiria na ausência de qualquer obrigação perante o outro, com forte influência do pensamento de Hobbes, conforme foi apresentado anteriormente.

Trata-se, portanto, de uma definição abstrata, idealizada e bastante distante da realidade histórica da humanidade, caracterizada por um grau cada vez maior de interdependência entre os sujeitos, em especial no que se refere à aquisição de bens indispensáveis à existência digna, tendo em vista que a especialização do trabalho tornou o sujeito cada vez mais incapaz de produzir o necessário para atender a todas as suas necessidades.

No primeiro período do Direito Romano, a execução da obrigação recaía na pessoa do devedor, que poderia ser reduzido à condição de escravo ou morto. Caio Mário da Silva Pereira lembra que era possível conduzir o devedor às margens do Rio Tibre e fragmentar seu corpo em vários pedaços, oferecendo as partes aos credores proporcionalmente ao montante

⁷⁵⁷ WIEAKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3 ed. Liboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 628 e ss.

⁷⁵⁸ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 21.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁶⁰ “A simples noção de obrigação implica uma crença no ideal moral, visto que é necessário explicar a submissão legítima do homem ao homem”. *Ibid.*, p. 384 e 385.

⁷⁶¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03.

dos créditos⁷⁶², numa espécie de concurso de credores. Nesse ato, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald identificam uma ideia rudimentar de razoabilidade⁷⁶³.

Com a criação da *Lex Poetelia* em 326 a.C. a execução passou a incidir apenas sobre o patrimônio do devedor. Essa impessoalidade da obrigação, oriunda do Direito Romano, foi retomada no processo de codificação que marcou o século XIX e início do século XX, sendo o Código Napoleônico de 1804 o maior representante dessa ideia.

Desde então, essa regra manteve-se nos sistemas jurídicos ocidentais. Isso não significa, contudo, que a dignidade dos devedores tenha sido sempre respeitada e que a prisão por dívidas tenha desaparecido dos ordenamentos jurídicos vinculados ao sistema europeu-continental.

No Brasil, basta verificar, por exemplo, que até o ano de 2008, o STF mantinha posicionamento de que nem mesmo os tratados internacionais referentes a direitos humanos – a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica –, prevaleciam em face da Constituição. Diante do conflito entre a proibição prevista no referido tratado acerca da prisão do depositário infiel e o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que a admitia expressamente, entendeu o STF até aquele ano pela prevalência da Constituição Federal e a consequente prisão do devedor nessas hipóteses⁷⁶⁴.

Após o advento da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o §3º ao art. 5º e estabeleceu um novo tratamento para os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos⁷⁶⁵, o STF revisou seu posicionamento e adotou o entendimento de que a subscrição do Pacto de São José da Costa Rica impede a prisão do depositário infiel⁷⁶⁶, em razão do *status* supralegal⁷⁶⁷ dessa Convenção, que tornaria inválidas as leis que a desrespeitassem.

⁷⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 09-10.

⁷⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 01.

⁷⁶⁴ Como exemplo, pode ser citado o HC n. 72.131- RJ, j. 23.11.1995.

⁷⁶⁵ Assim dispõe o novo parágrafo do art. 5º da Constituição Federal “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 23 maio 2015.

⁷⁶⁶ “Ementa: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel”. HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585). DJe. 26.06.2009.

⁷⁶⁷ A Ementa abaixo apresenta um resumo do entendimento a que chegou o STF:

REPETITIVO. PRISÃO CIVIL.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre admitiu a constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da CF/1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel.

É importante reconhecer que, antes mesmo dessa Emenda, houve julgados do STJ que afastaram a prisão do depositário infiel⁷⁶⁸, apesar de prevalecer até então o entendimento acerca de sua admissibilidade. A mudança deu-se a partir do julgamento do STF. Em março de 2010, o STJ transformou em súmula seu entendimento acerca da inadmissibilidade de prisão de depositário judicial infiel⁷⁶⁹.

Por outro lado, situações semelhantes à escravidão por dívidas ainda são encontradas no Brasil. Ela não está presente apenas em práticas que desrespeitam o Direito do Trabalho, como ocorre nas hipóteses em que o trabalhador é reduzido à condição análoga à de escravo, oportunidade em que pode ser obrigado a adquirir bens no estabelecimento do empregador, sendo cobrado por dívidas que sempre superam a sua remuneração, de modo a mantê-lo em regime semelhante ao de escravidão⁷⁷⁰; é perceptível também mediante a cobrança abusiva de juros no Brasil, que transforma muitos sujeitos em escravos de suas dívidas.

Isso em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da Constituição de 1988, inadmissível seu recebimento com força de emenda constitucional. A edição da EC n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, estabelecendo novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional. A CF/1988, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O órgão pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do RE 466.343-SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando *status* normativo supralegal, o que significa que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infralegais autorizadas da custódia do depositário infiel. Dessa forma, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade. Precedentes citados do STF: RE 253.071-GO, DJ 29/6/2001; RE 206.482-SP, DJ 5/9/2003; HC 96.772-SP, DJe 21/8/2009; do STJ: RHC 26.120-SP, DJe 15/10/2009; HC 139.812-RS, DJe 14/9/2009; AgRg no Ag 1.135.369-SP, DJe 28/9/2009; RHC 25.071-RS, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479-RS, DJe 11/5/2009; REsp 792.020-RS, DJe 19/2/2009, e HC 96.180-SP, DJe 9/2/2009. REsp 914.253-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/12/2009.

⁷⁶⁸ HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

- No contrato de alienação fiduciária em garantia, é incabível a prisão do devedor fiduciante, visto que não equiparável a depositário infiel. Precedentes. Ressalva pessoal. Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. (STJ, Terceira Turma. HC 44053/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi. DJ 19.09.2005).

⁷⁶⁹ Súmula 419 – projeto do ministro Felix Fischer – “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

⁷⁷⁰ O crime de redução à condição análoga à de escravo está previsto no art. 149 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 10.803, de 11.12.2003:

Vale ressaltar que a prisão do devedor de alimentos permanece admissível, fundada na ideia de que se busca garantir a subsistência do credor, o que justifica a excepcional admissibilidade da medida.

Diante das noções de despatrimonialização e a repersonalização⁷⁷¹ do Direito Civil, em que o patrimônio deve ser compreendido como instrumento para a plena realização do ser humano, é preciso garantir não apenas um patrimônio mínimo⁷⁷², que não possa ser atingido pelos credores, como também assegurar uma nova interpretação das relações obrigacionais, capaz de reconhecer a situação de desequilíbrio e uma consequente vulnerabilidade desses devedores.

Nesse sentido, Orlando Gomes, após definir o Direito das Obrigações como um conjunto de noções, princípios e regras que disciplinam a parte relativa aos vínculos jurídicos, de natureza patrimonial, que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei⁷⁷³, reconhece que sua disciplina deve se orientar no sentido de realizar melhor o equilíbrio social. Para ele, seus preceitos encontram-se imbuídos não apenas de preocupação moral, voltada para impedir a exploração do fraco pelo forte, como também pela prevalência do interesse coletivo⁷⁷⁴.

Em verdade, o Direito das Obrigações representa a base, não somente do Direito Civil, mas de todo o Direito e, ainda, de todas as ciências sociais⁷⁷⁵. Por essa razão, pode-se

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”. BRASIL. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

⁷⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-37.

⁷⁷² Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷⁷³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 05.

⁷⁷⁴ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967, p. 01.

⁷⁷⁵ “...*et il n'est nullement exagere de dire que le concept obligationnel constitue l'armature et le substratum du droit, et même, d'une façon plus générale, de toutes les sciences sociales*”. Tradução nossa: “e não é nenhum exagero dizer que o conceito obrigacional constitui a armadura e o substrato do direito, e mesmo, de uma maneira mais geral, de todas as ciências sociais”. JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français: théorie générale des obligations*. t. II. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 04.

reconhecer, com J.W. Hedemann, não apenas a sua função econômica, mas também a importância cultural, os aspectos morais e o sentido humano do Direito das Obrigações⁷⁷⁶.

Consoante afirma Enzo Roppo, os conceitos de obrigação e de contrato possuem uma função ideológica, pois por meio de uma ocultação parcial ou disfarce da realidade, busca proteger determinados interesses⁷⁷⁷. Deve-se, assim, reconhecer que, por intermédio das relações obrigacionais o regime econômico estrutura-se, utilizando formas definidas de atividade produtiva e de permuta de bens⁷⁷⁸.

Desse modo, é possível afirmar que a concepção tradicional do instituto da obrigação – como um vínculo jurídico pelo qual um sujeito passivo fica adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor do sujeito ativo, sob pena de, não o cumprindo, seu patrimônio vir a responder pelo equivalente – desempenhou o papel de legitimar o regime econômico capitalista, marcado pelo individualismo e por privilegiar o interesse e os valores de uma burguesia ascendente, que impôs ao mundo seu padrão ideal de sujeito: homem, branco, proprietário e pai de família. Como toda padronização, esse modelo gerou exclusão e desrespeito em relação a todos aqueles que dele se diferenciaram, consoante foi visto anteriormente.

Especialmente durante o século XIX, acreditava-se que a própria ideia ou definição de obrigação representava uma categoria a-histórica. Em verdade, essa crença resultava da concepção científica da época, que se refletia no positivismo jurídico. Consoante afirma Bobbio, o predomínio da teoria Pura do Direito de Kelsen contribuiu para que prevalecesse o estudo da estrutura em detrimento da função. O autor ressalta, entretanto, que a valorização do aspecto funcional não representa uma negação da teoria kelseniana, mas sua complementação⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ “El jurista, em especial el científico, se inclina fácilmente a considerar exclusivamente la estructura jurídica de las relaciones de Derecho que estudia. Y, efectivamente, con bastante frecuencia es decisivo en el estudio de un caso práctico, ya se haga por un investigador, ya por el juez en el proceso o ya en la actividad asesora del abogado, únicamente el contenido jurídico del caso en cuestión. Pero no debemos olvidar que sobre el Derecho de obligaciones, con su regulación de los contratos de compraventa, de servicios, de sociedad, de la indemnización de daños por actos ilícitos, etc., influye también la vida cultural del pueblo y de cada uno de sus individuos”. HEDEMANN, J.W. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de obligaciones*. vol. III. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, §2, p. 25.

⁷⁷⁷ “porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um ‘contrato’ e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo, (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais ‘liberais’ em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

⁷⁷⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.08.

⁷⁷⁹ “Daí a função do direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com frequência cada vez maior, promocional. (...) Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da

Segundo Pietro Perlingieri, a definição de obrigação foi construída mediante a individualização de um mínimo denominador comum, o que reduziu “as diversidades a perfis externos ao conceito, espúrios em relação a ele”⁷⁸⁰, e, com isso, acabou sendo concebida como “um puro esquema conceitual”⁷⁸¹.

Atualmente, busca-se afastar a ideia de submissão do devedor ao credor. Na tentativa de superar essa concepção, Renan Lotufo entende que não se pode mais admitir a percepção da obrigação como um vínculo que aprisiona o devedor. Ao contrário, deve ser utilizada a liberdade como fundamento, em razão de ter sido afetada pelo nascimento do vínculo obrigacional⁷⁸².

Em crítica semelhante, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald sugerem a substituição da noção de vínculo pela de relação obrigacional. Para tanto, partem do conceito de vínculo presente no dicionário, que representa “tudo aquilo que ata, liga ou aperta”. Essa definição, segundo os referidos autores, traz consigo a ideia de prisão ou cadeia, de subordinação do devedor à pessoa do credor. Por essa razão, afirmam ser mais adequada a noção de relação obrigacional, uma vez que o devedor não está mais submetido à pessoa do credor, mas subordinado à prestação⁷⁸³.

Diante da necessidade de se considerar a dimensão ética dos comportamentos humanos, defende-se, no presente trabalho, uma concepção do direito obrigacional que seja mais abrangente do que seus aspectos patrimonial e econômico, assim como capaz de superar a concepção desse instituto como uma restrição à liberdade, a fim de considerá-lo um dos instrumentos capazes de proporcionar a plena realização do ser humano, assim como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para tanto, faz-se necessário superar a noção de obrigação como categoria a-histórica.

Desse modo, constata-se que, atualmente, a obrigação passou a refletir um conteúdo mais humano, social e ético. Há uma crise dos antigos paradigmas e surgimento de novos, a partir de uma releitura dos instrumentos jurídicos criados após a Revolução Francesa na ótica da atual sociedade industrial e de massa⁷⁸⁴.

estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional”. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 209.

⁷⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.206.

⁷⁸¹ Ibid.

⁷⁸² LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: obrigações: parte geral**. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 09.

⁷⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juriss, 2006, p. 18-19.

⁷⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 86.

De acordo com Menezes Cordeiro, quem primeiro defendeu o estudo da relação obrigacional em sua complexidade intra-obrigacional foi Heinrich Siber, que utilizou uma conjunção linguística usada por Savigny para defender o vínculo obrigacional como um “organismo” e visualizou a obrigação como uma multiplicidade de pretensões⁷⁸⁵.

Em sentido semelhante, Karl Larenz também defendeu a análise da relação obrigacional como uma totalidade, que compreenderia um conjunto de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas⁷⁸⁶. Ressaltava, contudo, que isso não se opunha à sua análise como um processo⁷⁸⁷. No mesmo sentido, afirma Guilherme da Gama que ambas as perspectivas se complementam, pois permitem que a obrigação seja vista, em sua totalidade, como um conjunto de processos⁷⁸⁸.

No Brasil, Clóvis Couto e Silva propôs também que a obrigação fosse analisada como um processo, como um sistema complexo, composto por situações jurídicas diversas⁷⁸⁹. Segundo o referido autor, é a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo⁷⁹⁰.

Esse proceder seria composto por duas fases: a do nascimento e desenvolvimento dos deveres; e a do adimplemento⁷⁹¹. Essa complexidade obrigacional é composta também pelos deveres anexos, decorrentes da cláusula geral de boa-fé nas relações jurídicas, conforme foi anteriormente abordado.

⁷⁸⁵ “Siber defende o vínculo obrigacional como um ‘organismo’: a obrigação abrangeria uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global”. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 3 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 587-588.

⁷⁸⁶ “*Wir verstehen dabei das ‘Schuldverhältnis’ nicht nur, wie es das Gesetz mitunter tut (so z. B. in § 362), als die einzelne Leistungsbeziehung (Forderung und Leistungspflicht), sondern als das gesamte Rechtsverhältnis (z. B. Kauf-, Miet-, Arbeitsverhältnis), das durch einen Bestimmten Tatbestand (z. B. diesen bestimmten Kauf-, Miet- oder Arbeitsvertrag) begründet wird und sich als eine rechtliche Sonderverbindung unter den Beteiligten darstellt*”. Tradução nossa: “Nós entendemos, com isso, a relação obrigacional, não apenas como a lei por vezes faz (por exemplo, no §362), como uma única relação prestacional (crédito e obrigação), mas como uma relação jurídica total (por exemplo, uma relação de compra, de locação ou de trabalho), que é fundada em um determinado tipo legal (por exemplo, através desses específicos contratos de compra, locação ou trabalho) e que se apresenta como um vínculo jurídico especial entre os partícipes”. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Band I: Allgemeiner Teil. 14 Auflage. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987, p. 26.

⁷⁸⁷ “*Weil es auf dem Wege zu diesem Ziele mannigfache Änderungen erfahren kann, ohne doch seine Zielgerichtetheit einzubüßen, kann man es auch als einen in der Zeit verlaufenden Prozeß betrachten*”. Tradução nossa: “Porque, no caminho para esse objetivo, inúmeras mudanças podem acontecer sem causar danos ao seu objetivo fixado, pode-se considerá-la também como um processo que se desenvolve no tempo”. *Ibid.*, p. 28.

⁷⁸⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59.

⁷⁸⁹ “A relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas, antes, o complementa”. COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como um processo**. 5 reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 17.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 43.

Perlingieri também propõe que o fenômeno seja apresentado em uma visão procedimental e que a atenção seja concentrada na tríade relação-fato-relação, em que a relação obrigacional ou a situação inicial façam as vezes de “prius do fato, condicionando a sua estrutura”⁷⁹². Propõe que a obrigação seja apreciada numa perspectiva dinâmica e funcional, estabelecendo-se uma estreita aproximação entre a teoria da relação e aquela de sua fonte, de modo a reconhecer as vicissitudes simples e complexas nas quais se substancia⁷⁹³.

Essa perspectiva relacional busca romper os esquemas e conceitos individualistas para enfocar interpretações que expressem as exigências de socialidade e solidariedade⁷⁹⁴. Por essa razão, torna-se necessário que a obrigação seja informada pelos valores e princípios que prevalecem em determinado momento histórico⁷⁹⁵.

Ademais, Perlingieri reconhece vários modos de incidência constitucional, seja mediante individuação do conteúdo das cláusulas gerais de boa-fé, lealdade, estado de necessidade, seja através da releitura orientada axiologicamente de toda a disciplina que compõe a relação obrigacional⁷⁹⁶. Defende a necessidade de individuação das qualidades subjetivas ora sobre o título, ora sobre o objeto, ora sobre as modalidades da relação (como regulamento)⁷⁹⁷.

Atualmente, as relações obrigacionais são conceituadas como um vínculo de cooperação⁷⁹⁸. Por essa razão, a obrigação não deve ser encarada como o estatuto do credor, pois este tem também o dever de cooperar para o adimplemento do devedor, o que reforça a ideia de respeito aos princípios da boa-fé, bem como seu sentido de lealdade e confiança⁷⁹⁹. Nessa senda, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que o regulamento contratual é

⁷⁹² PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.207.

⁷⁹³ Ibid., loc. cit.

⁷⁹⁴ Ibid., p. 208.

⁷⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58.

⁷⁹⁶ PERLINGIERI, op.cit., p. 211.

⁷⁹⁷ Ibid.

⁷⁹⁸ Nesse sentido: Ibid., p.212; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instuições de direito civil**. vol. II, 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstituindo o Direito Civil a partir do direito ambiental: contrato, bens, sujeito. Revista **do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. N. 14, Salvador, 2007.1, p. 103.

⁷⁹⁹ Nesse sentido: “*Thus interpreted, contract law’s essential purpose is to secure cooperation in human behavior, and particularly in exchange. In sophisticated modern societies this cooperation has led to a massive and elaborate system of credit – and ‘credit’ is simply another word for ‘trust’ or ‘reliance’.*” “Assim interpretado, o propósito essencial do direito dos contratos é o de garantir a cooperação no comportamento humano, e particularmente em trocas. Em sociedades modernas sofisticadas, esta cooperação levou a um maciço e elaborado sistema de crédito - e “crédito” é simplesmente outra palavra para ‘confiança’ ou “dependência’.” Tradução nossa. In: ATIYAH, P.S; SMITH, Stephen A. **Atiyah’s introduction to the law of contract**. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 04.

resultado de uma heteronomia de fontes: à autonomia privada se acrescem os deveres impostos pela boa-fé objetiva⁸⁰⁰.

Por fim, vale ressaltar a necessidade de que a obrigação seja estudada não mais de forma excessivamente abstrata, nem numa perspectiva externa, mas sim em seu aspecto interno, considerando as vicissitudes de cada relação concreta.

A literatura jurídica mais atualizada, no que se refere ao Direito Obrigacional, define a obrigação como um vínculo de cooperação, em que ambas as partes devem colaborar para a realização dos interesses envolvidos na relação jurídica. Na presente tese, é reconhecido o avanço representado por essa concepção, que superou a ideia de obrigação como um acordo de vontades contrapostas, na qual a outra parte era compreendida como um oponente.

Entende-se, contudo, que a exigência de ser cooperativo ainda está aquém da contribuição trazida pela ideia de solidariedade como paradigma jurídico para o século XXI. A cooperação ainda traz em si a ideia de dever, de imposição externa, na qual o “outro” não é reconhecido como requisito necessário para a plena realização do “eu”. Nesse sentido, a necessidade de cooperação é compreendida como uma exigência jurídica, sem maiores justificações que não as previsões normativas referentes à boa-fé, à função social, ao equilíbrio econômico dos contratos, dentre outros princípios consagrados no ordenamento jurídico.

Sem negar a importância de tais princípios, busca-se, aqui, demonstrar como a ideia de solidariedade – baseada na alteridade e no reconhecimento do outro na qualidade de ser distinto – aprofunda o sentido até então trazido na literatura jurídica contemporânea, ao reconhecê-la não apenas como um dos objetivos fundamentais da República, que se concretiza com o auxílio de outros princípios e regras previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mas também como um valor ético essencial à satisfação integral dos objetivos existenciais humanos.

Não basta, portanto, cooperar, é preciso solidarizar-se com o outro, de modo a atender a todas as suas legítimas expectativas, surgidas a partir daquela relação jurídica, uma vez que somente assim se constrói uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de promover a maximização das realizações pessoais de todos os sujeitos que a compõe.

Para tanto, faz-se necessário distinguir dois sentidos para o termo solidariedade: 1) em sentido amplo, representa um princípio político: a solidariedade social, consagrada como objetivo fundamental da República, que pressupõe o respeito ao outro em sua alteridade,

⁸⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 47.

conforme foi anteriormente exposto; 2) em sentido estrito, representa o sentido originário de solidariedade, oriundo da expressão latina *in solidum*, e que se refere às obrigações que se enfeixam num todo, em que cada um dos vários credores pode exigir do devedor a totalidade da obrigação; ou cada um dos vários devedores deve pagar ao credor comum a totalidade da dívida (CC, art. 264).

O que se propõe, na presente tese, consiste em considerar todas as relações jurídicas e, em especial, as relações obrigacionais como laços de solidariedade em sentido amplo, ou seja, como vínculos de solidariedade social, em que cada uma das partes deve se comprometer ao máximo para a satisfação dos legítimos interesses da outra.

Desse modo, a obrigação deixa de ser percebida como mera limitação à liberdade, passando a ser concebida como mecanismo social de autorrealização, em que a participação do outro é essencial. Resta evidenciada, assim, sua contribuição para o alcance dos objetivos fundamentais da República brasileira.

5.3 POR UMA CONCEPÇÃO MAIS ADEQUADA DAS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES

Outro importante tema, que se coaduna com as teses aqui apresentadas, consiste na crítica feita ao excesso de individualismo presente na concepção moderna de diversos institutos e estatutos jurídicos, em especial na definição e no conteúdo dos direitos subjetivos, assim como a reação a tais excessos, representada pela construção da ideia de que deveriam cumprir uma função social. Dentre estes, destaca-se o direito de propriedade.

Como ressalta Pietro Barcellona, a propriedade foi sendo, aos poucos, abstraída e liberada, transformando-se em abstratas “apropriabilidade” (*appropriabilità*) e alienabilidade, além de instrumento potente, mediante o qual é possível generalizar a qualificação do sujeito jurídico como sujeito proprietário. Em relação à subjetividade abstrata, a propriedade deixa de ser uma qualidade pessoal e passa a ser a forma da subjetividade em si mesma. Surge, então, uma correspondência entre a abstração da propriedade e a abstração do sujeito, o que torna possível a transformação do originário individualismo possessivo em “uma forma geral de organização da sociedade: a sociedade dos proprietários livre e iguais”⁸⁰¹. O modelo de

⁸⁰¹ BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietário*. Torino: Bollati Boringhieri Editore, 1987, p. 37.

propriedade da modernidade tem profunda ligação com a visão atomística da sociedade e pode ser analisado a partir de seu caráter unitário, ilimitado, exclusivista e absoluto⁸⁰².

A propriedade privada não apenas assumiu o lugar de centro da ordem social, mas todo o sistema jurídico passou a girar em torno desse direito. Como ressalta Eroulths Cortiano Júnior, a abstração plena do direito proprietário explica sua excepcional capacidade de extensão e de resistência. As definições legislativas abstraíram ao máximo o proprietário, seus poderes e o objeto de apropriação, de forma a permitir que o modelo proprietário se transformasse em princípio⁸⁰³.

Trata-se do que Pietro Barcellona chama de princípio proprietário ou lógica proprietária, em que esse instituto se transforma de direito da pessoa, do sujeito proprietário, em princípio de organização, mediante uma progressiva desvinculação entre seu novo significado e a sua relação com o domínio da terra. A propriedade adquire o sentido de uma disponibilidade ilimitada dos objetos produzidos e uma “apropriabilidade” privada por meio do comércio. Com isso, a pessoa deixa de ser titular de um poder e passa a ser o “destinatário potencial dos produtos circulantes no mercado”⁸⁰⁴, ou seja, transforma-se em um indivíduo que consome.

A princípio, a noção de função social parece redundante, uma vez que a principal finalidade do Direito é a busca pelo bem comum. Diante do individualismo exacerbado do século XX, houve, todavia, uma deturpação do conceito de direito subjetivo, o que tornou necessária a referência expressa à função social. Dessa forma, foi desenvolvida a concepção segundo a qual o exercício de direitos subjetivos somente será admitido pelo Direito se estiver em consonância com os anseios sociais. Assim, buscou-se harmonizar o exercício dos direitos individuais com os interesses da sociedade, bem como com os dos não proprietários⁸⁰⁵. Vale

⁸⁰² Nesse sentido, a definição do direito de propriedade prevista no art. 544 do Código de Napoleão é bastante característica: “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. No original: “la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’onn’em fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/larticle-544-du-code-civil-clef-de-voute-du-droit-de-proprie-23903.html>. Acesso em 27.03.2016.

⁸⁰³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106, 111 e 115.

⁸⁰⁴ BARCELONA, 1987, p. 102-105.

⁸⁰⁵ Expressão utilizada por Orlando Gomes: “No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não-proprietários”. GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129.

lembrar, contudo, que os interesses sociais não podem violar os direitos fundamentais da pessoa humana⁸⁰⁶.

Tais ideias desenvolveram-se diante de um contexto histórico marcado pelo desequilíbrio social, provocado pelos abusos praticados por aqueles que detinham o poder econômico. Percebeu-se que a crença num equilíbrio natural do mercado era uma falácia, uma vez que os detentores do poder econômico tinham – e ainda têm – condições de manipular artificialmente determinadas condições econômicas, de modo a se beneficiarem, em detrimento da grande maioria da população. O exercício abusivo do poder econômico engendrou um poder pessoal e a propriedade converteu-se num título de poder sobre as pessoas⁸⁰⁷.

Para que se possa melhor compreender a transição do individualismo em direção à defesa das diferentes funções sociais no Direito, faz-se necessário relembrar as lições de Émile Durkheim e sua crítica ao individualismo moderno. Consoante foi anteriormente abordado, o referido autor defendeu que a liberdade somente poderia ser alcançada à medida que o sujeito fosse impedido de explorar a sua superioridade psíquica, econômica ou outra qualquer que possua, com o escopo de reprimir a autonomia do seu semelhante. A partir dessa análise, a liberdade deixou de ser compreendida tão somente como um atributo individual e passou a ser concebida com base nas relações sociais.

As regras sociais teriam, segundo Durkheim, o escopo de evitar o uso inadequado do poder. Ademais, todo direito seria público, em razão de possuir uma função social; e todo indivíduo prestaria um serviço à sociedade, apesar de realizá-lo de diferentes formas, sendo esse o fundamento da solidariedade orgânica⁸⁰⁸.

Leon Duguit é considerado o responsável por fomentar, mais especificamente na esfera jurídica, as discussões relativas à função social da propriedade. O referido autor defendia que a propriedade só deveria ser atribuída àqueles que se encontrassem numa situação econômica característica, que lhes permitisse desempenhar livremente sua missão social. Já o direito de propriedade deveria ser compreendido “como justo e

⁸⁰⁶ Esse o conteúdo do princípio da socialidade, que deve pautar a interpretação do Código Civil de 2002. Nesse sentido: AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

⁸⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

⁸⁰⁸ “Todo direito é privado, no sentido de que são sempre e em toda parte indivíduos que se encontram em presença e que agem; mas, sobretudo, todo direito é público, no sentido de que o direito é uma função social e de que todos os indivíduos são, embora a títulos diferentes, funcionários da sociedade”. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra”⁸⁰⁹.

Desde o fim do século XIX e início do século XX, começou a se desenvolver a ideia de que os direitos não mais poderiam ser vislumbrados como absolutos e que precisavam ter uma função social. Nesse sentido, a obra de Otto Von Gierke, de 1889, representa importante marco histórico na defesa de que o Direito Privado deveria ter uma função social⁸¹⁰.

Tais ideias não acarretaram, entretanto, o descrédito das premissas da primeira modernidade, muito menos sua impugnação ou sua confrontação em face de contraprincípios antagônicos. O efeito foi muito mais sutil: enquanto a estrutura externa de valores da modernidade permaneceu intacta, o conteúdo dos conceitos fundamentais foi tão erodido ou alterado, que sua força normativa foi desviada ou se tornou evidente sua construção social e, assim, suas fragilidades. O direito de propriedade, por exemplo, deixou de ser concebido de modo a destacar apenas como características sua plenitude e exclusividade.

A necessidade de mudanças refletiu-se nas Constituições do século XX. Paradigmáticas foram a Constituição Mexicana de 1917 – cujo art. 27, §3º estabelece: “a Nação terá em todo tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público (...)” – e a de Weimar, datada de 1919 – cujo art. 153, §3º estipula: “a propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade.”⁸¹¹

Consoante ressaltam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, esses dispositivos tiveram um profundo impacto na forma de se conceber a propriedade por dois principais motivos: pela adoção deste instituto típico do Direito Privado na Constituição, uma norma de Direito Público; e em razão de se conceber a propriedade privada como fonte não apenas de direitos, mas também de deveres⁸¹².

No Direito Privado, o desenvolvimento da teoria do abuso do direito foi um dos primeiros passos no sentido de impor limites ao exercício de direitos subjetivos⁸¹³,

⁸⁰⁹ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28-29.

⁸¹⁰ Em um dos últimos trechos da obra, o autor afirma: “*Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein*”. Tradução nossa: “Nosso Direito Privado será social, ou não será coisa alguma”. GIERKE, Otto. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 1889, p. 45.

⁸¹¹ O conteúdo dos artigos foi encontrado em: MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 182.

⁸¹² Ibid.

⁸¹³ Nesse sentido, afirma Heloísa Carpena: “exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui esse mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o”. CARPENNA, Heloísa. **O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional**. In:

especialmente quando violavam interesses sociais e econômicos. Passou a ser considerada abusiva a prática de atos que não geravam qualquer benefício ao titular do direito subjetivo, mas, ao mesmo tempo, causavam danos a terceiros. De acordo com Heloísa Carpena, a partir da consagração dessa teoria, passou-se a exigir que o exercício de qualquer direito subjetivo estivesse condicionado aos parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade socioeconômica, ou seja, aos valores sociais que esses conceitos exprimem. Desse modo, foi imposto ao magistrado o desafio de “harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social”⁸¹⁴.

No Brasil, a primeira Constituição a fazer referência expressa à função social foi a de 1934, ao não admitir o exercício do direito de propriedade contra o interesse social⁸¹⁵. A Constituição de 1946 condicionou o uso da propriedade ao bem estar social, além de fazer referência expressa à necessidade de uma justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos⁸¹⁶.

Somente a partir da Constituição de 1967 é que se utilizou pela primeira vez a expressão função social da propriedade, enquanto princípio informador da ordem econômica⁸¹⁷. A Constituição Federal de 1988 reconhece a função social como um dever

TEPEDINO, Gustavo. (coord.) A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 404.

⁸¹⁴ CARPENA, Heloísa. **O abuso do direito no Código Civil de 2002**: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.) A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 418.

⁸¹⁵ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 27 fev. 2016.

⁸¹⁶ “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 16 É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

“Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 27 fev. 2016.

⁸¹⁷ “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]

III - função social da propriedade;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

jurídico (CF, art. 5º, XXIII)⁸¹⁸, assim como um princípio da ordem econômica (art. 170, III)⁸¹⁹.

No âmbito do Direito Civil, somente com o advento do Código Civil de 2002 (art. 1228, §2º)⁸²⁰ houve uma proibição expressa à prática de atos emulativos e ao abuso do direito pelo proprietário. Até então, a aplicação dessa teoria no Brasil era feita a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I do Código Civil⁸²¹ de 1916, ou seja, entendia-se como ilícito e, portanto, abusivo, o exercício anormal de um direito. Clóvis Beviláqua, ao analisar o dispositivo atualmente revogado, destacava que a evolução do Direito tinha se operado no sentido do maior desenvolvimento e acentuação dos seus intuitos éticos, com uma correspondente redução dos seus elementos egoísticos, e reconhecia que haveria uma reprovação pela consciência pública em relação ao exercício do direito do indivíduo, quando contrariasse o destino econômico e social do direito em geral⁸²².

Não obstante o reconhecimento expresso do abuso do direito no Código Civil de 2002, o referido dispositivo já nasceu anacrônico, em razão de exigir, para a sua verificação, uma análise subjetiva, ou seja, que se constate a intenção do proprietário, num momento em que prevalece no Direito Civil brasileiro a análise objetiva do comportamento, a partir do princípio da boa-fé, conforme demonstrado anteriormente.

Ademais, a teoria do abuso do direito prevista na Parte Geral do Código Civil brasileiro de 2002 (art. 187) prevê que, para a ocorrência de um ato abusivo, deve ser analisado o comportamento do sujeito (análise objetiva), e não sua intenção. Essa teoria é considerada mais moderna e abrangente e, por isso, poderá ser utilizada de forma

⁸¹⁸ Art. 5º. [...] “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁸¹⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III - função social da propriedade;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁸²⁰ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.[...]

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2015.

⁸²¹ “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. BRASIL. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

⁸²² “O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936, p. 426.

complementar na interpretação do dispositivo do Código Civil que reconhece a necessidade de respeito à função social da propriedade.

Em estudo acerca do abuso do direito, Rodrigo Mazzei identifica a contradição entre os dispositivos do §2º do art.1.228 e do art. 187 do Código Civil. Diante dessa constatação, entende que a melhor solução seria a reforma do Código Civil, a fim de revogar o primeiro dispositivo citado, que consagra regra acerca da prática de atos emulativos. Enquanto isso não ocorrer, defende que seja realizada uma interpretação restritiva dessa norma, na qual reste afastada a exigência de aferição da intenção para que se configure o abuso do direito por parte daquele que exerce os poderes inerentes à propriedade⁸²³.

Diante de ambos os dispositivos normativos previstos no Código Civil de 2002, deve-se compreender a vedação aos atos emulativos como um limite negativo e externo ao direito subjetivo de propriedade e a função social como um instituto mais abrangente, que estabelece limites internos e positivos à atuação do proprietário⁸²⁴.

A exigência de função social foi prevista também para um dos mais importantes instrumentos necessários à circulação da propriedade, qual seja, o contrato. Essa previsão expressa encontra-se disposta no artigo 421 do Código Civil⁸²⁵ e guarda íntima relação com a função social da propriedade, uma vez que por meio do contrato, o proprietário exerce o seu poder mais amplo, que consiste na faculdade de disposição da coisa.

Trata-se de dispositivo que tem como escopo a promoção da justiça comutativa, reduzindo as desigualdades entre os concorrentes. Segundo a doutrina tradicional, essa norma limita a autonomia da vontade quando estiver em confronto com o interesse social⁸²⁶. Nesse ponto, subscreve-se a crítica de Paulo Raposo, para quem a função social dos contratos não nega a autonomia privada, mas a prestigia, ao evitar a preponderância do individualismo exacerbado⁸²⁷. Acrescenta-se, ainda, que não se trata de limitação à autonomia da vontade, mas da atual construção intersubjetiva e consensual acerca do seu conteúdo, consoante foi analisado anteriormente.

⁸²³ MAZZEI, Rodrigo. Abuso do direito: contradição entre o §2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu. (org.) **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 356.

⁸²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 204.

⁸²⁵ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁸²⁶ Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. Vol.III 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 12.

⁸²⁷ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p.87.

No referido dispositivo foi utilizada a técnica da cláusula geral e, por essa razão, transferiu-se ao aplicador do direito o poder de elaborar a melhor solução para o caso concreto, a partir dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Diante de tais transformações na disciplina dos contratos, Teresa Negreiros sugere um novo paradigma de análise: o da essencialidade, em que se deve considerar a utilidade existencial em lugar da análise meramente patrimonial, de modo a oferecer soluções mais adequadas diante dos conflitos surgidos no interior de relações contratuais⁸²⁸. Desse modo, propõe que os contratos nos quais se busca satisfazer necessidades essenciais deveriam obter um tratamento jurídico diferenciado em relação àqueles que envolvem bens não essenciais.

Essa proposta é relevante e representa um destacado avanço. Deve-se, contudo, perceber também que, o descumprimento de obrigações contratuais, praticado de má fé, ainda que relativo a bens não essenciais, pode atingir a personalidade da parte prejudicada, o que exige do Poder Judiciário uma reação tão rigorosa quanto aquelas que envolvam bens essenciais, consoante defesa apresentada acima.

Com base nessa evolução histórica, defende-se atualmente em função social de diversos institutos, a exemplo da função social da empresa, da responsabilidade civil⁸²⁹, assim como não somente em função social da propriedade, mas em funções sociais das diferentes propriedades. Dessa forma, a satisfação de boa parte dos interesses individuais e coletivos pressupõe que o seu exercício seja caracterizado por uma valoração socialmente útil. Isso significa que a tutela de um interesse pelo ordenamento exige o atendimento concomitante de razões de natureza coletiva⁸³⁰, desde que respeitados os direitos personalíssimos e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento das funções sociais foi um passo importante para a redução do caráter individualista de diversos institutos jurídicos, não obstante ser sua aplicação ainda bastante tímida nos tribunais brasileiros.

Faz-se necessário reconhecer a função social como integrante de qualquer direito subjetivo, assim como dos diversos estatutos jurídicos, de modo que não se deve mais privilegiar o interesse privado em detrimento de um legítimo interesse coletivo. Para Eroulths

⁸²⁸ “A essencialidade do bem deve ser considerada como fator determinante da vulnerabilidade da parte que contrata a sua utilização ou aquisição”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 489.

⁸²⁹ “Com efeito, isso requer dotar a responsabilidade civil de um instrumental que permita uma operabilidade condizente com sua novel atribuição jurídica: a consecução da função social que tem agora a exercer”. BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134.

⁸³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

Cortiano Júnior, a função social promove um redimensionamento do direito de propriedade e não apenas estabelece um limite aos poderes proprietários. Com base nesse princípio, advoga que a propriedade deve ser utilizada de forma solidarística⁸³¹. A funcionalização de alguns institutos tem como escopo atingir os objetivos mais importantes do ordenamento jurídico, dentre eles a construção de uma sociedade livre, justa⁸³² e solidária.

Os principais requisitos para que uma determinada propriedade cumpra sua função social encontram-se previstos na Constituição Federal. Com o seu advento, a propriedade privada deixou de ter uma regulamentação exclusivamente privatista e passou a ser tratada como um Direito Privado de interesse público⁸³³.

São impostos limites negativos e positivos, o que a leva a ser chamada de poder-dever ou direito-função. De acordo com Pietro Perlingieri, a história desse instituto consiste numa transição da figura do direito subjetivo para aquela do poder jurídico, “na qual prevalecem limites, gravames, ônus, deveres específicos”⁸³⁴. A função social consiste na razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito⁸³⁵. Consoante afirma Eros Roberto Grau, é a função social que a justifica e legitima⁸³⁶.

Atualmente, há um consenso acerca da necessidade de que as propriedades cumpram suas respectivas funções sociais. Nesse ponto, entretanto, subscreve-se a crítica desenvolvida por Stefano Rodotà no sentido de que o tratamento da propriedade como um instituto confere-lhe um suposto caráter objetivo, que induz a doutrina a afirmar a necessidade de determinados bens cumprirem tais funções, quando, em verdade, é a atividade do proprietário, ou seja, o exercício desse direito que deve ser realizado em consonância com a função social. A ênfase, portanto, deve ser dada à atividade do sujeito e não apenas ao bem em si⁸³⁷. Por essa razão,

⁸³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142.

⁸³² Nesse sentido: “A correlação entre propriedade privada e justiça social vê-se sempre ameaçada por um problema de acessibilidade, refletindo o discurso sobre a exclusão, ao se tomar por base uma ordem jurídica civil planificada com base na economia de mercado. Corrigir essa distorção consiste em uma tarefa inarredável do estado democrático de direito”. BARROSO, Lucas Abreu. **Propriedade Privada, justiça social e cidadania material**. In: BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 161.

⁸³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade**. Revista de Direito Ambiental, n. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais jan./mar: 67-85, 1998, p. 69.

⁸³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 924.

⁸³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 226.

⁸³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

⁸³⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. Terza edizione. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 248.

opta-se aqui por fazer referência a estatutos jurídicos proprietários, cujo conteúdo varia de acordo com as diferentes espécies de propriedade disciplinadas.

Francisco Cardozo Oliveira afirma que a propriedade compreende a apropriação individual ou coletiva de coisas, possuindo natureza social e econômica. Ademais, reconhece que, mesmo sendo ato de apropriação individual, só se torna possível em sociedade e a partir das relações sociais. Em seguida, faz afirmações que se coadunam perfeitamente com o quanto defendido na presente tese, no sentido de que “o pressuposto da apropriação é a existência do outro. É pela presença do outro que é medida a disponibilidade da coisa para apropriação”⁸³⁸. Assim, os contornos dos modos de apropriação, assim como qualquer disciplina ética e jurídica, são delineados intersubjetivamente, o que afasta a ideia de direitos como poderes ilimitados.

Busca-se demonstrar, entretanto, que as concepções dominantes acerca dessas funções sociais terminam por legitimar a degradação do meio ambiente – o que representa uma ameaça à existência de todos os seres vivos do planeta –, em razão de não se considerar a ideia de sustentabilidade como elemento essencial às definições.

Com base nas noções éticas acima desenvolvidas, fundadas na alteridade e na responsabilidade como fundamentos para uma verdadeira solidariedade social, faz-se necessário identificar elementos comuns às diferentes funções sociais das propriedades, e que estejam em consonância com os referidos fundamentos éticos e a realidade social do país, a fim de que possam ser adequadamente concretizados⁸³⁹.

Para tanto, é preciso inicialmente perceber a insuficiência da concepção monista do direito de propriedade, por não ser capaz de abranger os diferentes conteúdos que cada estatuto possui, além de limitar o poder de atuação do proprietário. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira reconhece a impossibilidade de se criar um conceito inflexível para o referido instituto, assim como de compreender que o atual estágio representa sua definitiva fase de desenvolvimento, pois a propriedade vem sofrendo “transformações tão substanciais quanto

⁸³⁸ E prossegue: “Algo que é permanentemente disponível não exige apropriação. Com a limitação da disponibilidade, faz-se necessária a apropriação”. OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 115.

⁸³⁹ Nesse sentido: “O aspecto mais importante do princípio da função social da propriedade é a sua concretude. A despeito de ser discutido e analisado em todo canto, de nada adianta ao princípio se ele não tiver aplicação prática”. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 220.

aquelas que caracterizariam a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal”⁸⁴⁰.

Para Stefano Rodotà, a existência de múltiplos estatutos proprietários leva à constatação de que hoje o valor ordenador mais importante não é mais aquele da estabilidade, encarnada numa definição abstrata e imutável, mas o de movimento, que reconhece um caráter fluido ao conceito de propriedade, em razão das suas diversas disciplinas setoriais⁸⁴¹.

Hannoch Dagan defende que o termo propriedade deve ser compreendido como um guarda-chuva, capaz de abranger variadas e distintas instituições, cujo conteúdo se modifica conforme o contexto e a natureza do bem em questão. Ressalta, ainda que as relações fundadas na propriedade promovem algumas das interações humanas mais cooperativas, a exemplo das relações entre cônjuges, parceiros e membros das comunidades locais, de modo que as teorias monistas, ao imporem a aplicação de normas impessoais do mercado a tão distintas esferas, podem produzir o efeito de destruir ou marginalizar as importantes formas de interação e desenvolvimento humanos⁸⁴².

Por essa razão, entende que a concepção de propriedade como um conjunto composto por diferentes institutos não só contraria a subscrição a um compromisso normativo composto por apenas um princípio regulador, que orientaria o direito de propriedade, mas também rejeita a noção de um equilíbrio particular entre valores que deveriam orientar toda a sua disciplina. Em vez disso, insiste em que a heterogeneidade das atuais doutrinas existentes seja levada a sério e que se endosse o entendimento segundo o qual cada instituto busca um equilíbrio entre seus distintos e específicos valores. Dessa forma, seria reconhecido o pluralismo estrutural no âmbito do direito de propriedade, uma vez que, ao se admitir e disponibilizar várias estruturas de propriedade diferentes, mas igualmente valiosas, a interação interpessoal proporcionada por esses múltiplos institutos tornaria a autonomia mais significativa⁸⁴³.

Para que tais ideias possam ser efetivadas no Direito brasileiro, faz-se necessário inicialmente perceber a insuficiência dos requisitos tradicionalmente indicados como

⁸⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. v. IV. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 67.

⁸⁴¹ No original: “*ben più importante è il constatare che, per questa via, il valore ordinante non è più quello della stabilità (incarnato dalla definizione astrata e immutabile), ma quello del movimento (espresso dal fluire delle diverse discipline di settore); e che diviene così possibile cogliere e dar rilievo piuttosto alle innovazioni, precedentemente occultate e riassorbite attraverso l’ ‘elasticità’ dello schema unitario*”. RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. Terza edizione. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 56.

⁸⁴² DAGAN, Hanoch. *Pluralism and Perfectionism in Private Law*. In: **Columbia Law Review**. Vol. 112, 2012, p. 1439-1441.

⁸⁴³ DAGAN, Hanoch, 2012, p. 1443-1444.

essenciais ao respeito ao princípio das funções sociais das propriedades. Em regra, sua interpretação é realizada com base apenas nos dispositivos normativos específicos que disciplinam cada estatuto, cujo conteúdo varia de acordo com a espécie de propriedade analisada. Aqui se constata, mais uma vez, a valorização do princípio da legalidade como principal regra de interpretação do arcabouço legislativo⁸⁴⁴, em detrimento da sistemática constitucional⁸⁴⁵.

No que se refere à propriedade urbana, por exemplo, deve ser respeitado o que estabelece o §2º do artigo 182 da Constituição Federal, ou seja, exige-se o respeito ao plano diretor que, juntamente com as leis orgânicas, são os instrumentos urbanísticos voltados à disciplina das funções sociais das propriedades urbanas.

Já em relação à propriedade rural, requer-se o cumprimento dos requisitos específicos previstos no artigo 186 da Constituição Federal⁸⁴⁶, que identifica três elementos básicos: econômico, social e ecológico. Nesse sentido, costuma-se afirmar não ser suficiente a mera produtividade para que seja cumprido o princípio da função social da propriedade rural, pois deve haver também uma utilização do solo rural capaz de promover o bem estar dos proprietários, trabalhadores, e da coletividade, além da preservação do meio ambiente como direito difuso.

⁸⁴⁴ Nesse sentido, vide a crítica feita por Lucas Abreu Barroso e Mário Lúcio Quintão Soares, citada no tópico 4.2, *supra*.

⁸⁴⁵ Essa concepção se reflete nas decisões dos tribunais brasileiros:

RECURSO ESPECIAL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. IMÓVEL RURAL. PRÉVIA AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA FLORESTAL LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A RETIFICAÇÃO DA ÁREA (LEI 4.771/65, ANTIGO CÓDIGO FLORESTAL, ART. 16, § 8º; LEI 12.651/2012, ATUAL DIPLOMA FLORESTAL, ARTS. 18 E 29). RECURSO PROVIDO.

1. Tanto no revogado Código Florestal (Lei 4.771/65, art. 16, § 8º) quanto na atual Lei 12.651/2012 (arts. 18 e 29) tem-se a orientação de que a reserva legal florestal é inerente ao direito de propriedade e posse de imóvel rural, fundada no princípio da função social e ambiental da propriedade rural (CF, art. 186, II).

2. "É possível extrair do art. 16, § 8º, do Código Florestal que a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão, desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771/65" (REsp 831.212/MG, DJe de 22/9/2009, Relatora Min. Nancy Andrighi).

3. Recurso especial provido.

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. Marcelo Antonio Moscolgiato, pela parte recorrente. (STJ, Quarta Turma, REsp 843829 / MG, Rel Min. Raul Araújo, DJ 19/11/2015, DJE 27/11/2015).

⁸⁴⁶ "Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

Não obstante a existência de diferentes funções sociais das propriedades, cujo conteúdo varia conforme a natureza do bem em apreço, é possível identificar alguns elementos comuns a todas, dentre os quais, destaca-se a necessidade de respeito ao meio ambiente. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental (CF, art. 225)⁸⁴⁷, apesar de não estar previsto no capítulo que trata dos direitos individuais e coletivos. Nesse sentido, já há entendimento consolidado do STF no qual se reconhece como direitos fundamentais não apenas aqueles consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, tendo em vista a possibilidade de serem identificados também ao longo do texto constitucional, de forma expressa, ou em razão do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou ainda em decorrência dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário⁸⁴⁸.

Por se tratar de um direito de natureza difusa, é reconhecido ao Estado e à coletividade o dever de garantir e promover o acesso ao meio ambiente equilibrado como um bem jurídico autônomo. Sua disciplina representa mais um elemento na constatação de que a Constituição consagrou a indissolubilidade existente entre o Estado e a sociedade civil.

No que se refere à exigência relativa à preservação ambiental, novamente se costuma fazer menção ao respeito à legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Florestal e de outros diplomas legais, em detrimento da exigência prevista no art. 225 da Constituição Federal, relativa à preservação do meio ambiente também para as futuras gerações.

Em que pese a existência de respeitáveis opiniões nesse sentido, é perceptível a insuficiência de tais definições, em razão de legitimar a atual exploração dos recursos naturais, de modo ainda distante da ideia de sustentabilidade. A expressão uso sustentável está relacionada à capacidade regenerativa do ecossistema⁸⁴⁹, e à possibilidade desse uso não representar uma ameaça à vida no planeta Terra.

O Papa Francisco identifica o desrespeito à solidariedade e à amizade cívica como fonte de danos ambientais. Assim, entende que a ecologia social é necessariamente institucional e deve alcançar diferentes dimensões, que vão desde os grupos sociais primários, como a família, até as relações internacionais⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁸⁴⁸ ADI 939-7/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=939&classe=ADI>>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

⁸⁴⁹ Nesse sentido: FRANCISCO. **Carta Encíclica *Laudato Si'***: Sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 87.

⁸⁵⁰ Ibid., p. 87.

Tal compreensão coaduna-se com as ideias aqui esposadas, tendo em vista os danos ecológicos ofenderem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de natureza difusa, cuja fruição somente pode ocorrer de forma coletiva, o que pressupõe uma solidariedade entre todos os membros da sociedade. Dessa forma, toda lesão ao meio ambiente é uma violação não só a esse direito fundamental, como também ao dever de solidariedade social e um desrespeito ao objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para que o princípio das funções sociais das diversas propriedades se torne capaz, portanto, de garantir o respeito aos direitos fundamentais e aos objetivos fundamentais da República, faz-se necessário compreender que a noção de sustentabilidade é ínsita à ideia de proteção ambiental.

Há uma definição clássica de sustentabilidade, utilizada pela Organizações das Nações Unidas (ONU) no Relatório Brundtland, segundo a qual “desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades e aspirações”⁸⁵¹.

Para Leonardo Boff, esse conceito é correto, mas tem como limitações o fato de ser antropocêntrico e nada dizer sobre o que ele denomina de comunidade de vida, ou seja, os demais seres vivos que utilizam a biosfera e, por isso, também precisam da sustentabilidade. Por essa razão, apresenta um conceito mais abrangente, em que busca superar o tratamento do planeta Terra como uma mera coisa ou meio de produção, ressaltando a interdependência e a necessidade de coexistência entre todos os seres vivos⁸⁵².

Na presente tese, a defesa da sustentabilidade como elemento ínsito às funções sociais, nos termos da definição realizada por Leonardo Boff, está em consonância com o conteúdo dos valores éticos aqui construídos, especialmente no que diz respeito às duas perspectivas de responsabilidade elaboradas a partir das contribuições de Hans Jonas, Emmanuel Levinás, Habermas, Apel e Enrique Dussel.

Nesse sentido, propugnou-se, conforme tratado anteriormente, que não apenas o outro, mas toda a exterioridade – o que abrange a totalidade da natureza – representa um apelo aos seres humanos no sentido de criar uma responsabilidade irrecusável, voltada à

⁸⁵¹ Definição citada por: BOFF, Leonardo. **A grande transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 165.

⁸⁵² “Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda atender às necessidades das gerações presentes e futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução, e coevolução”. Ibid., p. 165.

manutenção de equilíbrio e harmonia na natureza, situação que inclui, evidentemente, as relações humanas. Por conseguinte, tudo o que circunda os seres vivos deve ser tratado como elemento indispensável à constituição e ao desenvolvimento pleno da vida em geral e, por conseguinte, da personalidade única de cada ser humano.

A ideia de sustentabilidade está em consonância com a ética material aqui proposta, caracterizada por não se limitar a produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade, como sugere Dussel, mas também por garantir a existência e harmonia das demais vidas presentes no ecossistema.

Considerando a noção de sustentabilidade apresentada, verifica-se o descumprimento do princípio das funções sociais das propriedades, uma vez que nem a produção nem o consumo estão sendo realizados de modo sustentável, fato que representa uma ameaça à vida na Terra.

Em razão de o meio ambiente ser um bem difuso, entende-se que, a partir da noção de sustentabilidade, será possível assegurá-lo não apenas perante as presentes, mas também para as futuras gerações de todos os seres vivos do planeta, o que exigirá um reforço da ideia de solidariedade social.

Vale ressaltar, entretanto, a necessidade de se combater possíveis utilizações dessa noção ou até da expressão como mero instrumento de retórica, pois é evidente que os atuais modelos de produção e consumo não são sustentáveis, e o alcance de tal objetivo exige uma profunda alteração da estrutura produtiva, assim como de mentalidades⁸⁵³.

⁸⁵³ Tal afirmação não nega, contudo, o avanço representado por referências expressas ao termo sustentabilidade nos julgamentos dos tribunais brasileiros, o que também não afasta a necessidade de aprofundamento do seu conteúdo:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO. MEDIDA CAUTELAR PELO JUIZ SINGULAR. POSSIBILIDADE. CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL QUE NÃO SE RESUME À PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL NÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Entendeu o Tribunal de origem que os recorridos não atacaram o decreto expropriatório, mas sim atos administrativos outros que podem ser sustados para impedir a edição e publicação de Decreto Presidencial.
2. Assim, são inaplicáveis os arts. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97, que vedam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias que objetivem a impugnação de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.
3. Nos moldes em que foi consagrado como um Direito Fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.
4. Em situação diferente, porém, encontra-se a propriedade de bens que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família. Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, bem como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual.
5. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses – que não os meramente individuais do proprietário – que a condicionam ao cumprimento de uma função social.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o princípio das funções sociais das propriedades exige o exercício dos direitos de modo compatível com a preservação dos elementos necessários ao equilíbrio ecológico e ao pleno desenvolvimento de todas as formas de vida do planeta, o que abrange também as futuras gerações.

O alcance de tais objetivos exige também uma concepção mais abrangente acerca da responsabilidade por danos, capaz de promover uma expansão das exigências voltadas para a prevenção, bem como a ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária, conforme será demonstrado a seguir.

5.4 A REDISCUSSÃO DOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE POR DANOS: AMPLIAÇÃO DAS MEDIDAS PREVENTIVAS E DAS HIPÓTESES DE SOLIDARIEDADE

A responsabilidade civil é um dos temas mais importantes do Direito, pois consiste num dos elementos para que se julgue a eficácia ou ineficácia de um sistema jurídico, bem como as suas finalidades sociais⁸⁵⁴. Esse instituto, todavia, somente adquiriu sua autonomia plena recentemente, no âmbito do Direito Francês, a partir de estudos acerca do Direito romano e das leis bárbaras que se aplicavam à França. Por essa razão, ainda hoje se encontra

6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF.

7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

8. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.

9. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores.

10. No caso concreto, a situação fática fixada pela instância ordinária é a de que não houve comprovação do descumprimento da função social da propriedade. Com efeito, não há como aferir se a propriedade - apesar de produtiva do ponto de vista econômico, este aliás, o único fato incontroverso - deixou de atender à função social por desrespeito aos requisitos constantes no art. 9º da Lei n. 8.629/93.

11. Analisar a existência desses fatos, conforme narrado pelo agravante, implica revolvimento de matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (voto-vista) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1138517 / MG, Rel. Min. Humberto Martins, Dj 18/08/2011, DJe 01/09/2011).

⁸⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 207.

submetido a um processo de evolução caracterizado por constantes e profundas transformações, de modo que se situa bem distante da estabilidade⁸⁵⁵.

Durante seu processo evolutivo, buscou-se utilizá-lo como instrumento apto a responder às crescentes demandas oriundas das intensas mudanças promovidas pelo processo de industrialização e pela concentração de pessoas nos grandes centros urbanos. É possível se afirmar que a evolução da responsabilidade civil decorreu do reconhecimento de espaços de não-direito⁸⁵⁶, nos quais o dano inicialmente era visto como mera fatalidade, o que afastava a responsabilização do causador. Aos poucos, novos instrumentos foram criados para impor ao agente o dever de indenizar.

Muitos prejuízos ainda hoje são entendidos, todavia, como mera fatalidade, o que comprova a permanência de espaços de não-direitos, que precisam ser reconhecidos, disciplinados, de modo a prevenir e reparar danos.

A denominada responsabilidade civil tradicional baseava-se na análise do comportamento individual e culposo. Sua origem remonta à regra moral do *neminem laedere*⁸⁵⁷, que se consagrou no Digesto de Ulpiano, e aperfeiçoou-se como resultado da simbiose estabelecida entre os princípios do Direito romano – especialmente a partir da interpretação da chamada *Lex Aquilia*⁸⁵⁸ – e os valores da moral cristã. O Cristianismo influenciou fortemente o Direito de diversos Estados desde a Idade Média⁸⁵⁹. Teve, contudo,

⁸⁵⁵ “Aunque la responsabilidad civil no ha adquirido su plena autonomia sino em época reciente, su historia ha sido extremadamente convulsionada. Por lo demás, la misma se encuentra aún lejos de haberse estabilizado”. VINEY, Genevieve. **Tratado de derecho civil**: introducción a la responsabilidad. Trad. Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007, p. 25.

⁸⁵⁶ Segundo Luiz Edson Fachin: “O pluralismo de fontes, a força criativa dos fatos e a afirmação dos espaços de não-direitos como ensejadores de transformação social e jurídica implicam a primeira estrutura, e abrem possibilidades antes negadas” FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

⁸⁵⁷ Sobre a responsabilidade civil no Código de Napoleão, afirmou Georges Ripert: “A regra moral elementar *neminem laedere* encontra no princípio geral de responsabilidade estabelecida no art. 1.382 do Código Civil a sua expressão e a sua sanção. O legislador reprimiu primeiro certas faltas; depois, desistindo de atingir por uma discriminação precisa das faltas a regra moral que se impõe, visto tratar-se de dar direção justa às ações humanas, tomou partido de uma regra geral de conduta”. RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p. 205.

⁸⁵⁸ “É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico”. AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 20-21.

⁸⁵⁹ “Mas o impacto do direito da Igreja sobre o direito profano da Idade Média é também tão grande que sem o seu conhecimento seria impossível uma plena compreensão da história do Direito Privado. Ele é, na verdade, tão multifacetado e dificilmente apreensível no seu conjunto que se torna, desde logo, necessário um esclarecimento sobre a natureza deste contexto”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 68.

participação decisiva em relação à aplicação da sanção e à reparação dos delitos. A responsabilidade jurídica sofreu os influxos da noção cristã de responsabilidade moral⁸⁶⁰.

A teoria da responsabilidade subjetiva, desde a sua origem, baseia-se no princípio da autonomia da vontade, ou seja, cada indivíduo suportará as perdas e os ganhos decorrentes da sua atividade, salvo se na origem do dano ocorrer uma culpa *lato sensu*⁸⁶¹. Em verdade, esse modelo encontra fundamento na tradição filosófica ocidental, que se intensificou no Iluminismo.

O Direito Civil tradicional e, por conseguinte, a responsabilidade civil desenvolveram-se principalmente a partir de dois importantes valores do Iluminismo: o individualismo característico da época, que se refletia no *cogito ergo sum* de Descartes; bem como o liberalismo econômico, cujo maior expoente foi Adam Smith. O aprofundamento dessas ideias contribuiu para a legitimação do livre exercício de atividades econômicas, desde que respeitados limites mínimos, em consonância com o que dispunha os valores liberais. Caso uma conduta ou atividade culposa causasse dano a alguém, seria imposto ao causador o dever de indenizar a vítima. A responsabilidade civil tradicional, inicialmente de caráter subjetivo, buscava, por conseguinte, um culpado, e exigia a identificação dos seguintes elementos: o dano, o nexo causal entre a conduta e o prejuízo causado, bem como a culpa do agente.

Uma das principais ideias trazidas pelo iluminismo consistia na crença de que a ciência se fundava na separação entre sujeito e objeto. Acreditava-se na possibilidade de análise do mundo de forma objetiva e imparcial e o Direito, para adquirir esse *status*, deveria ser construído com base no método cartesiano. Essa concepção desempenhou destacada influência sobre a responsabilidade civil, especialmente em razão de considerar o dano e o nexo causal como elementos fáticos, empiricamente constatáveis, o que explica também a resistência em se reconhecer o dano moral, além da dificuldade atual em identificar um liame causal entre determinadas atividades e os danos sofridos pelas vítimas.

O juiz, ao exercer a função de observador imparcial dos fatos, deveria identificar a ocorrência fática dos requisitos acima descritos, a fim de que pudesse impor ao causador o dever de reparar o dano. A partir da segunda metade do século XIX, com o advento de intensas transformações sociais, provocadas, sobretudo, pela Revolução Industrial e pelo

⁸⁶⁰ Nesse sentido: VINEY, op.cit., p. 32.

⁸⁶¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 43.

consequente incremento do fenômeno tecnológico⁸⁶², responsável pela multiplicação dos riscos, os estudiosos do tema constataram que a aferição da conduta do autor de um ato ilícito, vale dizer, da sua culpa, não mais atendia à finalidade objetivada pela responsabilidade civil.

Tem-se, assim, que a responsabilidade objetiva foi fruto das mutações sociais. O processo de industrialização, o surgimento de aglomerações urbanas (causado pelo movimento da população em direção às grandes cidades, em busca das oportunidades de emprego surgidas com o surto fabril), dentre outros fatores, provocaram um estreitamento das relações humanas, o que intensificou o entrelaçamento de interesses multiplicando as possibilidades de condutas humanas abusivas e injustas. Ademais, o aparecimento de novas invenções contribuiu para o incremento dos riscos.

Vale ressaltar, todavia, que o Direito romano já admitia casos de responsabilidade objetiva, a exemplo da responsabilidade por coisas lançadas de prédios (ação de *effusis et dejectis*), bem como a responsabilidade de donos de navios e escuderias por atos cometidos por seus dependentes. Nesses casos, as manifestações exteriores de certos comportamentos eram mais importantes que o motivo psicológico⁸⁶³, ou seja, a conduta era mais importante do que a intenção. Essa ideia somente foi ampliada, contudo, diante do surgimento, no século XIX, de inúmeras situações danosas que não se adaptavam ao sistema da responsabilidade subjetiva, o que gerou uma crise da responsabilidade civil⁸⁶⁴.

A responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, atende em parte a essa necessidade social e representou a forma encontrada para evitar a injustiça de deixar a vítima sem a devida indenização. As soluções encontradas pela teoria da responsabilidade objetiva satisfizeram as necessidades da sociedade no final do século XIX e início do século XX, além de ter dado origem a formas mais equânimes de socialização dos riscos⁸⁶⁵. Eventos danosos que inicialmente eram considerados mera fatalidade, em razão de não se identificar um culpado, passaram a ser albergados pela ideia de responsabilidade objetiva.

As transformações sociais ocorridas em meados do século XX provocaram um aumento dos danos e expuseram a insuficiência dos elementos tradicionais da

⁸⁶² ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 305-306.

⁸⁶³ VINEY, Genevieve. *Tratado de derecho civil*: introducción a la responsabilidad. Trad. Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007, p. 30.

⁸⁶⁴ “Dessa maneira, impossibilitada, pelas circunstâncias, a extremação ou individualização de um responsável pela reparação dos danos dentro dos parâmetros usuais da responsabilidade clássica, necessário se torna que uma nova base se descubra para o suporte de um novo edifício da obrigação de reparar, alheio ao da culpa milenária, subjetiva”. SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 1974, p. 165.

⁸⁶⁵ “[...] do que hoje se cogita, na responsabilidade objetiva, é, antes, da equidade e da solidariedade humana, valores de marcada espiritualidade. É em nome de sentimentos altruísticos, em última análise, que se batem todos aqueles que lutam pela implantação do fundamento novo na teoria da responsabilidade civil”. *Ibid.*, p. 96.

responsabilidade civil, a exemplo da exigência de constatação do nexo causal, bem como do dano emergente.

Para Ulrich Beck, o século XX, especialmente a partir do acidente em Chernobil, foi testemunha de uma fratura dentro da modernidade, por meio da qual a sociedade se desprende dos contornos da industrialização clássica e deu início a uma nova figura, a que denominou sociedade (industrial) de risco⁸⁶⁶, na qual a produção de riqueza vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. De acordo com o referido autor, a sociedade contemporânea estaria numa fase de desenvolvimento em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial. Tratar-se-ia da sociedade de risco⁸⁶⁷.

Essa sociedade caracterizar-se-ia pela proliferação de ameaças imprevisíveis e invisíveis, cujos instrumentos de controle falham ou são incapazes de evitá-las⁸⁶⁸. Isso decorre da exigência capitalista por inovação, que leva os agentes econômicos a lançarem novos produtos no mercado, sem a devida análise acerca das consequências negativas intrínseca a tais objetos, a fim de evitar que sejam superados pela concorrência. Outro relevante fator característico do que o referido autor descreveu como sociedade de risco consiste no anonimato dos danos, cuja contribuição é perceptível para a ocorrência do que Ulrich Beck definiu como irresponsabilidade organizada⁸⁶⁹.

Esse fenômeno permanece presente no atual momento histórico. As relações humanas tornaram-se mais complexas, especialmente no que diz respeito ao exercício de atividades econômicas. A especialização da mão de obra exige a participação de um conjunto de atores, seja na produção industrial, seja na prestação de serviços, de modo que cada atividade conta com a participação de diversos agentes. Diante, contudo, de possíveis danos causados por tais ações, as vítimas deparam-se com as normas referentes à responsabilidade civil que permanecem privilegiando a busca por um culpado, por um causador do dano, o que

⁸⁶⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Espanha: Paidós, 1998, p. 16.

⁸⁶⁷ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Orgs.) **Modernização Reflexiva**. Tradução de Cebele Magna Lopes. Revisão técnica de Saliba Rizek. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 15.

⁸⁶⁸ LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 12.

⁸⁶⁹ “Com otras palabras: la division del trabajo muy diferenciada le corresponde una complicidad general, y a ésta una irresponsabilidad general. Cada cual es causa y efecto y por tanto no es causa. Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contrarreacciones. Esto procura a la idea de sistema evidencia social y popularidad. Esto deja claro de manera ejemplar donde reside el significado biográfico de la Idea de sistema: se puede hacer algo y seguir haciéndolo sin tener que responsabilizarse personalmente de ello”. BECK, 1998, p. 39.

evidencia o caráter liberal-individualista do ordenamento jurídico, insuficiente para impor a responsabilidade por danos decorrentes de múltiplos fatores e/ou sujeitos.

As teorias do nexo causal refletem bem o paradigma individualista do Direito Civil, uma vez que buscam identificar a causa adequada ou imediata do dano. Na sociedade contemporânea, muitos danos decorrem de causas que, , são insuficientes para provocá-lo. Ao interagir, todavia, com outros fatores, podem ter efeitos devastadores, a exemplo dos danos causados pela poluição do ar, da água, dos agrotóxicos nos alimentos, da radiação emitida por aparelhos eletrônicos, assim como da interação entre esses diferentes fatores.

Diante da insuficiência e ineficácia tanto da responsabilidade civil subjetiva quanto da responsabilidade objetiva para atender às novas espécies de danos e para garantir uma efetiva proteção aos membros da sociedade, identifica-se ainda hoje a crise da responsabilidade civil, agravada pela inexistência de fundamentos que permitam a sua reconstrução.

De acordo com Ricardo Lorenzetti, tal crise decorre também do excesso de abstração atribuído aos princípios conceituais, cujo escopo consistiria na manutenção de sua vigência e ampliação de sua capacidade, a fim de abranger hipóteses heterodoxas. O caminho escolhido produziu o efeito reverso, ou seja, contribuiu para que os dispositivos perdessem sua utilidade normativa. Diante disso, o autor reconhece a necessidade de “‘reconstrução’ teórica da responsabilidade por danos”⁸⁷⁰.

Na tentativa de superar a crise, realizou-se, segundo Anderson Schreiber, uma erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil⁸⁷¹: a culpa, antes requisito essencial e difícilimo de ser provado, foi dispensada em inúmeras hipóteses; a constatação do nexo causal vem sendo flexibilizada em diversas situações, com o escopo de garantir indenização às vítimas⁸⁷²; por fim, essa mesma flexibilização tem provocado, segundo o referido autor, uma temerária expansão dos danos ressarcíveis⁸⁷³.

⁸⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 50.

⁸⁷¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

⁸⁷² “A indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que a qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos. Os tribunais têm, por toda parte, se valido da miríade de teorias do nexo causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade consiste, quase sempre, em assegurar à vítima alguma compensação”.Ibid., p. 63-64.

⁸⁷³ Ibid., p.77.

Nesse sentido, Alvino Lima afirmou que a questão da responsabilidade transformou-se num simples caso de reparação e reconheceu a necessidade de um novo princípio, capaz de assegurar a ordem social, de modo que todos os danos pudessem ser ressarcidos⁸⁷⁴.

Tais rupturas e transformações promoveram a transição da responsabilidade civil tradicional – pautada pela análise da conduta do causador do dano, a fim de identificar a presença dos tradicionais elementos da responsabilidade civil: o nexo causal entre o seu comportamento e o dano, além da culpa no proceder – para a chamada responsabilidade por danos⁸⁷⁵, na qual o foco consiste em compensar a vítima pelo dano sofrido⁸⁷⁶.

De acordo com Jorge Mosset Iturraspe, o direito de danos decorre de uma interpretação proposta pelo “constitucionalismo social”, vinculada à noção de respeito à pessoa humana como centro do Direito, tendo em vista estar a proteção à pessoa contra toda espécie de dano relacionada à consideração de sua dignidade⁸⁷⁷.

Ademais, no novo direito de danos, a ilicitude, a culpa e a relação de causalidade deixam de ser critérios seguros para a atribuição do dano, pois, em muitos casos, a responsabilidade se funda no risco criado, e deverá responder pelo dano aquele que domina em geral a fonte ou origem do risco⁸⁷⁸.

Reconhece Genevieve Viney que os fundamentos da responsabilidade subjetiva foram violentamente criticados e, em parte, abandonados. Afirma, entretanto, que não houve jamais acordo acerca das diretrizes que permitiriam a reconstrução desse instituto, de modo que hoje não há como negar a existência de crise na responsabilidade civil⁸⁷⁹. A referida autora propugna, assim, a necessidade de se estabelecer princípios gerais suficientemente

⁸⁷⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. 2. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 328.

⁸⁷⁵ Nesse sentido: DÍEZ-PICAZO, Luis; LÉON, Ponce de. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

⁸⁷⁶ Assim é que a responsabilidade civil surge como um primeiro impulso de punir o ofensor – realizando uma função retributiva – para transformar-se, *a posteriori*, num meio de reparar a vítima – efetivando um ideal de justiça distributiva. MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 14.

⁸⁷⁷ Para o autor, essa nova realidade: “*Equivale a decir que los extremos o requisitos de la concepción liberal-individualista, más preocupado por la ‘libertad del victimario’ que por ‘la salud de la víctima’, han ido quedado de lado, por obra, a veces, de las formas legales, de la autoridad de la doctrina autoral y judicial y, em los últimos años, de la aplicación de los derechos fundamentales de las personas que la Constitución consagra[...]*”. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 418-419.

⁸⁷⁸ “*o tendrán su fundamentación em su propio resultado lesivo, para la esfera del interes ajeno, respondiendo de sus consecuencias el agente o garante de las personas o cosas por las que debe responder,(...)*”. ESTEVILL, Luis Pascual. **Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual**. Tomo I. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1995, p. 80.

⁸⁷⁹ VINEY, Genevieve. **Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad**. Trad. Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007, p. 44.

firmes e coerentes de modo a desenvolver um “direito comum”, suscetível de apresentar soluções satisfatórias e harmonizadas com os problemas e necessidades atuais⁸⁸⁰.

Ao realizar uma análise acerca da evolução histórica desse instituto, Giselda Hironaka conclui que, exceto em um ou em outro momento da sua historiografia, não se estabeleceu uma desejável relação entre a concepção jurídica de responsabilidade civil e o pensamento ético-político acerca da liberdade, do Estado e do Direito⁸⁸¹. Em seguida, a autora identifica a necessidade de reformulação, em busca de uma concepção ético-política que vá além “da sua singela compreensão dogmática e burocrática⁸⁸²”.

Os reflexos da crise ética no âmbito da responsabilidade civil podem ser identificados na dificuldade desse instituto em garantir a reparação e a prevenção de inúmeras hipóteses de danos cada vez mais frequentes na sociedade contemporânea. Há, ainda, dificuldade em se fixar um compromisso aceitável entre valores fundamentais comuns e espaços de liberdade, a fim de desenvolver uma ética capaz de pautar o comportamento dos sujeitos em suas múltiplas esferas de atuação, cujas consequências se refletem também no âmbito desse instituto. Faz-se necessário, portanto, estreitar os vínculos entre as concepções ético-políticas e a noção de responsabilidade.

Constata-se, por conseguinte, a necessidade de se buscar fundamento(s) ou ético(s) para a responsabilidade por danos, capazes de superar o paradigma individualista-liberal em direção a um paradigma transindividual. Para tanto, é preciso estabelecer uma relação entre a concepção jurídica de responsabilidade e o pensamento ético-político contemporâneo.

Algumas soluções pontuais foram apresentadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, com o intuito de impedir ou ao menos amenizar os efeitos nocivos da chamada irresponsabilidade organizada: teoria da causalidade alternativa⁸⁸³, teoria da causalidade parcial⁸⁸⁴, presunção de causalidade⁸⁸⁵, responsabilidade pressuposta⁸⁸⁶, dentre outras soluções.

⁸⁸⁰ Ibid., p. 125-126.

⁸⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 70.

⁸⁸² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 96.

⁸⁸³ Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 74.

⁸⁸⁴ Nesse sentido: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, Capítulo 2, item 2.1.4.

⁸⁸⁵ Nesse sentido: MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

⁸⁸⁶ HIRONAKA, 2005.

Tais propostas carecem, entretanto, de uma relação com a concepção ético-política dominante na sociedade brasileira, capaz de lhes oferecer coerência, bem como de promover a travessia do paradigma individual para o transindividual no âmbito da responsabilidade por danos.

Tendo os preceitos normativos uma dimensão interpretativa, é preciso “atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o Direito de uma comunidade política⁸⁸⁷”. Para se oferecer o melhor sentido possível às regras acerca da responsabilidade civil, sustenta-se ser importante pautá-la nos princípios ético-jurídicos anteriormente propostos, capazes de promover a superação do paradigma individualista que ainda marca a interpretação do Direito Privado brasileiro.

Para alcançar esse desiderato, propõe-se uma interpretação pautada nos princípios e normas constitucionais fundamentais, em especial em um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, o de construir uma sociedade solidária. Como foi visto anteriormente, pouco se discute acerca da aplicação desse princípio nas relações privadas, ainda marcadas pelo individualismo.

Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal representa um espaço de mediação ético-política da sociedade, ou seja, um “*topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico⁸⁸⁸”, almeja-se, a partir do princípio da solidariedade, realizar uma análise crítica dos principais elementos constitutivos da responsabilidade por danos, a fim de propor soluções que promovam a travessia do paradigma individual para o transindividual.

Importantes contribuições foram trazidas pela filosofia, a exemplo do que defendeu Hans Jonas, para quem a ideia de responsabilidade deslocou-se para o centro da ética. Isso em razão de a tecnologia ter assumido um significado ético, por conta do lugar central que ela ocupa subjetivamente nos fins da vida humana. A essência do homem atual é analisada apenas a partir daquilo que ele for capaz de produzir. Por essa razão, defende o referido autor que a moralidade deve invadir a esfera do produzir⁸⁸⁹.

Percebe-se, portanto, que tal crise social decorre do desenvolvimento da tecnologia sem que tenha havido uma correspondente construção de limites pautados em valores éticos. Não

⁸⁸⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 365.

⁸⁸⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.324. Vide tópicos 3.4 e 4.2 supra.

⁸⁸⁹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 43-44.

há dúvida de que o poder de atuação cria para os homens a responsabilidade perante toda a sociedade. Como bem reconhece Karl Larenz, a capacidade do homem para assumir e suportar responsabilidades representa um elemento inseparável da existência humana⁸⁹⁰.

Em verdade, o que se constata na sociedade contemporânea é o desempenho de atividades econômicas e a disponibilização de produtos e serviços no mercado sem uma adequada preocupação acerca dos efeitos danosos desse comportamento. A necessidade de inovação e a busca pela conquista do mercado consumidor levam os fornecedores a não adotarem as cautelas no que tange ao respeito à integridade física e psíquica do ser humano, muito menos ao patrimônio dos adquirentes de produtos e serviços.

A precaução não é a prioridade na atual sociedade individualista e consumista. Isso se reflete também nas relações interpessoais travadas pelos cidadãos. Tradicionalmente, o conteúdo desse princípio exige uma postura negativa, uma abstenção diante da incerteza quanto a possíveis danos causados por determinado comportamento ou atividade econômica⁸⁹¹.

Propõe-se, aqui, que seja adotada no Direito a ideia de responsabilidade como precaução diante do risco de danos a terceiros e ao meio ambiente, ao invés de apenas considerá-la como resposta a uma conduta lesiva. Para tanto, deve pautar-se na alteridade como fundamento ético das relações jurídicas e sociais.

Com base no profundo respeito ao outro e ao meio ambiente é que se pode reconstruir a responsabilidade, como uma exigência de cuidado e de inviolabilidade dos direitos fundamentais em todo e qualquer comportamento, mas, principalmente, no exercício de atividades econômicas⁸⁹².

Nesse sentido, a noção de precaução deixa de ter um sentido meramente negativo, para adquirir um conteúdo positivo: “se existe uma probabilidade de que a atividade

⁸⁹⁰ LARENZ, Karl. *Derecho justo*: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 73.

⁸⁹¹ Como exemplo, pode ser citada a definição dada ao princípio da precaução no Direito Ambiental: “[...] pelo princípio da precaução deve-se evitar perigos ambientais e procurar uma qualidade ambiental favorável (um ambiente o máximo possível livre de perigos), visando à consecução de fins de proteção ambiental básicos”. DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1996, 166. “tem-se utilizado o postulado da precaução quando se pretende evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica acerca da sua degradação”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 206.

⁸⁹² Nessa perspectiva preventiva, Delton Winter de Carvalho se refere à necessidade de reconhecimento do dano ambiental futuro, para as situações nas quais “a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica, da capacidade de uso humano dos bens ecológicos ou da qualidade ambiental ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer), a fim de evitar a concretização dos danos ou minimizar as consequências futuras daqueles já efetivados”. CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 127-128.

desenvolvida cause um determinado dano, envidemos todos os esforços para que este não aconteça”⁸⁹³.

Por outro lado, a alteridade, como compreensão e respeito ao outro em todas as suas peculiaridades e diferenças, é o pressuposto necessário para o desenvolvimento de uma verdadeira solidariedade social. Constatada na sociedade contemporânea uma intensa interdependência social, em razão de a atividade tecnológica provocar uma especialização e uma divisão cada vez maior do trabalho, fato que aumenta a necessidade de cooperação social, não se verifica que essa exigência tenha sido acompanhada de uma correspondente ética da solidariedade, fundada na alteridade como valor e sentimento.

Em relevante artigo, Maria Celina Bodin de Moraes defende que a ética da autonomia ou da liberdade deva ser substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade⁸⁹⁴. A referida autora afirma que “a solidariedade, no entanto, pode se dizer fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização⁸⁹⁵”.

Por conseguinte, a solidariedade social assume o caráter de fundamento da responsabilidade por danos, promovendo uma mudança de perspectiva para o instituto. A partir da percepção da interdependência entre todos os elementos e formas de vida do planeta Terra como condição para a formação e a sobrevivência do ser humano, desenvolve-se um sentido de solidariedade social mais adequado, pautado pelo cuidado com o outro e com o meio ambiente. Apresenta-se, então, uma concepção que não é coletivista, nem somente humanitária⁸⁹⁶, mas vinculada a todas as formas de vida.

Por outro lado, importantes contribuições surgiram a partir da virada filosófica trazida pelo estudo da linguagem, que causou profundas transformações em todo o conhecimento contemporâneo, cujos reflexos ainda são bastante tímidos no âmbito do Direito, especialmente naquilo que Lênio Streck designa como “senso comum teórico dos juristas⁸⁹⁷”.

⁸⁹³ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 297.

⁸⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabela; NASCIMENTO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

⁸⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 3. Tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 116.

⁸⁹⁶ De acordo com Anderson Schreiber: “A solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária: dirige-se ao desenvolvimento não do grupo, mas da personalidade de todas as pessoas”. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 53.

⁸⁹⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95.

Em primeiro lugar, a fenomenologia demonstrou, inicialmente com Heidegger, que a consciência da realidade não coincide com a relação do sujeito com o mundo⁸⁹⁸. Essa constatação permite que hoje se possa afirmar que “nossa consciência e nosso domínio da realidade pela consciência não esgotam nossa relação com ela⁸⁹⁹”, ou seja, os atos de cada ser humano produzem efeitos ou consequências que superam a consciência que se tem em relação a eles.

Com isso, as noções de intenção e culpabilidade tornam-se insuficientes para justificar a responsabilidade dos sujeitos por seus atos. A partir das contribuições oferecidas pela fenomenologia pode-se afirmar que se é responsável para além das próprias intenções⁹⁰⁰.

Diante dessas contribuições, é possível concluir, em consonância com o que defendeu Stéfano Rodotá, que o problema da responsabilidade civil não consiste na investigação acerca do verdadeiro autor do fato danoso, mas na fixação de um critério jurídico acerca de quem e em que condições deve suportar um dano⁹⁰¹. Faz-se necessário, portanto, acompanhar o movimento das ciências em geral no sentido da relativização do conceito de causa em prol do chamado finalismo⁹⁰².

Essa concepção já se reflete parcialmente na responsabilidade objetiva, em que se imputa o dever de reparar o dano independentemente de culpa, ou seja, da intenção de lesar alguém. No que diz respeito ao nexo causal, contudo, ainda se verifica uma forte vinculação com teorias que o concebem como um elemento fático, empiricamente constatável, a exemplo daquela considerada dominante no Brasil, a teoria dos danos diretos e imediatos, segundo a qual deve ser identificada como causa aquela que mantenha um vínculo direto e imediato entre a inexecução de um dever e o dano.

Diante da inadequação dessa teoria, têm sido reconhecidas obrigações de indenizar em que não se exige causalidade adequada entre a atividade do responsável e o dano causado. Tais casos são designados por parte da doutrina como de responsabilidade por risco integral. Fernando Noronha prefere, contudo, denominá-los como hipóteses de responsabilidade objetiva agravada. Segundo o referido autor, nesta se prescinde de um nexo de causalidade

⁸⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 14. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

⁸⁹⁹ LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaio sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 24.

⁹⁰⁰ Ibid.

⁹⁰¹ RODOTÁ, Stéfano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano, Giuffrè, 1967, p. 74 apud MORAES, 2007, p. 20.

⁹⁰² Acerca da relativização do causalismo nas ciências em geral: SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortês Editora, 2006, p. 52/53.

adequada⁹⁰³, mas em contrapartida exige uma estreita conexão entre a atividade do responsável e o dano⁹⁰⁴.

A concepção tradicional do nexu causal tem como pressuposto uma conduta consciente do agente e um domínio dos efeitos e dos riscos do seu comportamento, o que nem sempre se pode exigir de um ser humano, consoante demonstrou a fenomenologia. Ademais, é incompatível com a responsabilidade fundada na noção de risco, tendo em vista que o dever de reparar vem sendo imposto independentemente de consciência ou intenção de provocar dano ou até mesmo sem que tenha havido uma efetiva conduta causadora do dano, bastando que se demonstre haver potenciais responsáveis, como ocorre nos casos de coisas lançadas de edifício de apartamentos, em que não se identifica o causador do dano e, assim, são responsabilizados todos os potenciais condôminos.

Por conseguinte, a teoria dos danos diretos e imediatos dificulta a imposição da responsabilidade civil nas hipóteses em que o dano decorre de diferentes fontes e não se pode determinar o agente dentre tantos possíveis. Algumas soluções vêm sendo utilizadas, a exemplo da teoria da causalidade alternativa, em que todo o grupo potencialmente envolvido na geração do dano é solidariamente responsabilizado, desde que não seja possível identificar o causador. Essa teoria encontra-se expressamente prevista no Código Civil Alemão (BGB §830) e é adotada no Brasil em algumas hipóteses, a exemplo dos danos causados por coisas lançadas de edifícios.

Já se defende que “se a ação de várias pessoas é causa relevante para a produção de determinada consequência, há causalidade conjunta ou coletiva que clama por imputação plural⁹⁰⁵”. Patrícia Vieira reconhece, contudo, a dificuldade dessa ideia, tendo em vista ser o sistema clássico da responsabilidade civil, bastante arraigado na sociedade brasileira, voltado para a perquirição do autor do dano⁹⁰⁶.

⁹⁰³ Pede-se vênia para indicar obra em que se criticou a denominada teoria da responsabilidade por risco integral. Na oportunidade, discordou-se da doutrina que afirma se prescindir do nexu de causalidade em tal hipótese. A defesa é no sentido de que tais atividades criam risco de danos, razão pela qual os atores respondem pelos prejuízos ao meio ambiente, desde que provocados em concorrência causal com as chamadas excludentes da responsabilidade (caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou da vítima). PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. **Responsabilidade civil objetiva: perspectivas diante do exercício de atividades de risco e de danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 162-170.

⁹⁰⁴ “não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados riscos inerentes, característicos ou típicos da atividade em questão, [...]”. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 667.

⁹⁰⁵ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 115.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 116.

Com o escopo de superar tais dificuldades, Caitlin Sampaio Mullholland propõe interessante solução para situações em que haja dificuldade na identificação do nexo de causalidade entre determinada atividade e o dano. Sugere a superação da análise desse requisito como elemento de fato e sua consideração como elemento jurídico, o que não retira a necessidade da análise empírica da situação⁹⁰⁷. Defende a utilização de uma presunção de causalidade⁹⁰⁸, permitida pelo art. 335 do CPC de 1973⁹⁰⁹, fundada ou em estudos técnicos – nos quais será feita uma análise acerca da probabilidade daquela conduta ser causadora do dano, a que chamou de probabilidade estatística⁹¹⁰ – ou na denominada probabilidade lógica – que seria utilizada quando não fosse possível demonstrar empiricamente a relevância percentual da atividade para o evento danoso. Nesse caso, o juiz poderia utilizar o raciocínio lógico indutivo para identificar o grau de probabilidade que uma determinada hipótese causal deve ter⁹¹¹.

Após uma análise da utilização desse expediente no Direito italiano, a autora sugere o seguinte critério para imputar a responsabilidade: exige-se que seja mais provável do que improvável a relação entre o dano e determinada atividade. Ou seja, se houver mais de 50% de chance do dano resultar daquela atividade, poderá ser imposta a responsabilidade⁹¹². O valor da indenização deverá ser proporcional ao percentual de chance de ser o causador do dano. Sustenta, ainda, que a presunção de causalidade se aplica somente para as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, nas quais o risco de dano é inerente à atividade, com base no argumento de que a prova da culpabilidade não seria suficiente para afirmar que o dano foi

⁹⁰⁷ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 59.

⁹⁰⁸ A autora propõe um novo conceito de causalidade: “Com fundamento na repartição dos riscos, o conceito de causalidade seria modificado e redefinido como o liame provável entre a atividade desenvolvida pelo demandado e o correspondente risco de dano à vítima. Esta, na condição de autora da ação indenizatória, deverá provar a existência do dano, sem o qual não haverá obrigação de indenizar, e a existência de um risco criado pelo demandado de realização de um dano que foi efetivamente sofrido. Abandona-se a causalidade de fato para localizar a obrigação ressarcitória na própria realização da atividade arriscada ou perigosa”. *Ibid.*, p. 296.

⁹⁰⁹ O dispositivo do CPC antigo possuía a seguinte redação: “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial” BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 20.02.2015. O atual CPC consagrou regra semelhante, de modo que não prejudica a atualidade do pensamento da autora: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.” Brasil. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 27.03.2015

⁹¹⁰ MULLHOLLAND, *op.cit.*, p. 287.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 307.

⁹¹² *Ibid.*, p. 303.

consequência típica da conduta culposa⁹¹³, ao contrário do que ocorreria na responsabilidade objetiva, em que a tipicidade do resultado se relaciona à ideia de uma conexão provável com a atividade apontada como causadora do dano.

Aqui se advoga, entretanto, a possibilidade de aplicação da teoria às hipóteses de responsabilidade subjetiva, tendo em vista ser possível a existência de estudos que concluam no sentido de haver, a partir de determinada conduta culposa, um dano típico, a exemplo de falhas comuns praticadas por profissionais liberais. É possível identificar, por exemplo, que a não adoção, pelo médico, de determinado procedimento, conhecido pelo atual estado da arte na medicina, acarreta ao paciente efeitos danosos específicos – típicos–, que teriam sido evitados, não fosse a sua negligência ou imperícia.

Para a autora, a solução trazida pela noção de causalidade probabilística encontra-se em consonância com o princípio da solidariedade social por duas razões. Primeiro por funcionar como vetor axiológico para a imputação do dever de indenizar, que possibilita a reparação do dano sofrido, mediante a adequada distribuição dos riscos da atividade. Segundo, por impor a obrigação de indenizar nas hipóteses em que não seja possível à vítima fazer prova irrefutável do nexos causal⁹¹⁴.

Parece evidente que a técnica probabilística somente deve ser utilizada nos casos em que os estudos técnico-científicos não permitam oferecer certeza acerca do nexos causal entre os eventos analisados, mas sim um elevado grau de probabilidade. Defende-se, na presente tese, que, a partir desse critério jurídico de fixação do liame causal, é possível ampliar também as hipóteses de responsabilidade solidária para aqueles danos que hoje ainda permanecem como espaços de não-direito, justamente em razão de não ser possível identificar esse nexos como um elemento fático. Com base nesse critério jurídico, propõe-se que cada agente responda proporcionalmente à relevância estatística que determinado ato possui para produzir um resultado danoso.

Como exemplo, pode ser citada a hipótese de alguém que desenvolva câncer de pulmão e os estudos mostrem que a probabilidade dessa doença surgir em pessoas fumantes é de 60%, por conta de determinada substância inserida pela indústria de tabaco em seus produtos; e que a mesma substância seja identificada na fuligem produzida por um determinado setor industrial, o que promove um incremento do risco em 20%. Sendo esse

⁹¹³ “Isto se deve a uma gama de fatores, dentre os quais se pode identificar o seguinte: aprova da culpabilidade, sendo necessária para o estabelecimento da obrigação ressarcitória, não é suficiente por si só para afirmar-se que o dano sofrido foi consequência típica da conduta culposa obrada”. MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 322.

⁹¹⁴ Ibid., p. 80.

sujeito fumante e habitante de região próxima à atividade industrial, as referidas indústrias deverão responder, respectivamente, por 60% e 20% dos danos sofridos pelo doente.

Por outro lado, a teoria do chamado direito de danos vem propondo uma ampliação da proteção da vítima mediante a socialização dos riscos e incremento da seguridade social. O atual direito de danos tem também buscado apresentar respostas para danos causados anonimamente, a exemplo daqueles provocados por ataques terroristas ou pela contaminação ambiental. Por essa razão, furta-se à dicotomia cada vez mais criticada entre o Direito Público e o Direito Privado⁹¹⁵, e tem apontado interessantes soluções, em prol da promoção da solidariedade social.

Nas situações anteriormente analisadas, pode ser identificado como fundamento para a imposição do dever de indenizar a necessidade de respeito, cuidado e preocupação com o outro e o meio ambiente. A alteridade deve ser interpretada como um pressuposto ético necessário para o desenvolvimento da ideia de responsabilidade como compromisso com a integridade do outro e do meio ambiente. Deve-se priorizar a precaução, e não apenas ampliar as hipóteses de indenização.

Ademais, alteridade, como respeito ao outro e às suas diferenças, representa também um requisito essencial para o desenvolvimento de uma adequada solidariedade social, e justifica a ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária, assim como o surgimento de novas espécies de seguro social, de modo a assegurar à responsabilidade por danos uma função distributiva.

Percebe-se, portanto, que esses valores devem fundamentar a responsabilidade por danos no século XXI, por representar parâmetros ético-jurídicos capazes de oferecer coerência às diversas teorias criadas para impor o dever de indenizar em situações que não eram albergadas pelos critérios tradicionais. Entende-se que, assim, estar-se-á trilhando o caminho da superação do paradigma individualista-liberal em direção a um paradigma transindividual.

Nesse contexto, qual será o papel desempenhado pelo juiz na superação da atual crise do Direito e na construção desse novo modelo, mais adequado às demandas da sociedade contemporânea? É o que se pretende analisar a seguir.

⁹¹⁵ Acerca do tema: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 149.

5.5 A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DAS CLÁUSULAS GERAIS, A PARTIR DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

A intensidade das transformações sociais que marcam a contemporaneidade tornou imperiosa a necessidade de elaboração de dispositivos legais dotados de maior flexibilidade semântica, a fim de possibilitar que o aplicador do Direito acompanhe, no exercício da sua atividade, as modificações vivenciadas pela sociedade.

Tais normas, em razão de sua vagueza semântica, transferiram aos operadores do Direito maiores poderes para construir soluções consideradas mais adequadas para o caso concreto. Deram margem, contudo, às mais variadas interpretações, contribuindo para que surgisse o questionamento acerca da sua legitimidade, assim como do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na criação do Direito.

De acordo com Gustavo Zagrebelsky, o reconhecimento das múltiplas possibilidades de leituras, permitidas pelas atuais técnicas legislativas, decorre do caráter pluralista da sociedade atual, presente também na comunidade de juristas e operadores jurídicos⁹¹⁶.

Por outro lado, tais mudanças na técnica legislativa e na interpretação do Direito estão em consonância com as contribuições oferecidas pela denominada reviravolta linguístico-pragmática, que demonstrou não existir um mundo totalmente independente da linguagem, uma vez que somente por meio dela é que se pode exprimir o que se denomina de realidade, ou seja, não se usa a linguagem para manipular o real, mas por seu intermédio os entes se revelam ao sujeito. Constatou-se não ser possível filosofar sobre um determinado tema sem filosofar sobre a linguagem, pois esta é constitutiva de todo o saber humano⁹¹⁷.

A partir de então foi possível perceber que a ideia de uma linguagem unitária era um mito, pois há sempre algo que escapa às definições⁹¹⁸, sendo estas incapazes de abranger o evento em toda sua complexidade. Esse é o perigo do positivismo e da lógica da subsunção: desejar abarcar toda a complexidade factual em tipificações legais abstratas. Ademais, há o risco de a definição se tornar insuficiente com o passar do tempo.

⁹¹⁶ “Éstos asumen ‘puntos de vista’ distintos que no pueden dejar de reflejarse en su actuación, y esta diversidad se acentua por la novedad de los problemas continua e urgentemente planteados por la evolución de la ciencia, la técnica y la economía. La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 145-146.

⁹¹⁷ Sobre o tema, confira: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 12/13.

⁹¹⁸ STRECK, Luiz Lênio. *Verdade e Consenso*. 4.ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355.

A partir das contribuições trazidas pela hermenêutica, é possível concluir que o texto, por si só, não possui um sentido que deve ser identificado pelo intérprete. Nesse sentido, o intérprete não reproduz sentidos, mas os atribui. O texto deve ser interpretado em sua historicidade e faticidade⁹¹⁹. Por estar o Direito comprometido com valores, fez-se necessária a utilização de técnicas legislativas capazes de oferecer normas dotadas de vagueza semântica, aptas a se adaptarem à complexidade e às especificidades de cada relação social.

Por essa razão, justifica-se a utilização de normas cada vez mais amplas, em detrimento da técnica da tipificação. Nessa perspectiva, vêm sendo utilizadas técnicas legislativas que ampliam a tarefa do operador do Direito no sentido de interpretar/aplicar os dispositivos normativos, a exemplo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

A denominação destes últimos tem sido criticada, por se tratar, em verdade, de termos indeterminados. A expressão “conceitos jurídicos indeterminados” é utilizada para designar a inserção nos textos normativos de termos cuja definição é imprecisa, sendo, então, em larga medida, incertos, já que os parâmetros imprescindíveis à respectiva definição do seu significado devem ser buscados e encontrados na realidade da vida, e envolvem, entre outros fatores, a pesquisa das concepções políticas e morais dominantes e o respeito aos direitos dos grupos de vulneráveis.

Utiliza-se a expressão cláusula geral para designar tanto a técnica legislativa de sua elaboração, quanto certas espécies de normas jurídicas. Como técnica legislativa, a cláusula geral consiste em disposição normativa cujo enunciado possui uma linguagem aberta, fluida, vaga, dirigida ao juiz, permitindo-lhe que, diante das situações concretas que enfrentará, crie e desenvolva normas jurídicas, a partir da contribuição de diversas áreas do conhecimento.

A técnica da cláusula geral diferencia-se daquela utilizada na fórmula casuística. Nesta última, há uma delimitação peculiar a determinado número de casos, ou seja, há previsão específica das hipóteses (*fattispecies*) que serão abrangidas por determinada norma. A técnica casuística é apontada como um dos principais fatores de envelhecimento dos textos normativos.

Afastando-se desse parâmetro, a cláusula geral consiste na elaboração de normas cujo enunciado, ao invés de prever de forma específica a hipótese e as suas consequências, traça tão somente uma moldura bastante ampla, o que possibilita a utilização de valores,

⁹¹⁹ STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 361.

diretrizes e máximas de conduta democraticamente reconhecidos no ordenamento jurídico por parte do aplicador do direito.

A função precípua da cláusula geral é a de possibilitar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Como abertura, deve ser entendida a capacidade de evolução e modificabilidade do sistema. Isso decorre do reconhecimento da incompletude de qualquer espécie de conhecimento – o que transforma o sistema científico em um projeto em constante elaboração–, assim como da possibilidade de uma reinterpretação dos valores fundamentais da ordem jurídica, em razão de sua historicidade⁹²⁰.

Diante da flexibilidade desses enunciados, torna-se possível variar a significação dos seus programas normativos. Dessa forma, consolida-se a atribuição à jurisprudência da função de construir as hipóteses em que são aplicáveis às normas que contém de forma proposital elevado grau de flexibilidade semântica.

Em regra, a diferença em relação aos chamados conceitos jurídicos indeterminados consiste no fato destes serem utilizados em normas tipificadoras de condutas, enquanto nas segundas se percebe que não há a tipificação ou isso se verifica em um grau mínimo.

As cláusulas gerais, como técnica de elaboração de normas jurídicas, não se confundem com os princípios. É possível que sejam utilizadas para consagrar um princípio, mas não há uma relação necessária entre ambos os institutos. O conteúdo dos princípios orienta a correta aplicação das normas consagradas através dessa técnica legislativa.

Sua interpretação exige uma maior participação do aplicador do direito na construção da resposta mais adequada para o caso concreto, mas devem ser interpretadas sempre à luz da ordem jurídica global. Isso significa que não há espaço para o exercício da discricionariedade, pois as decisões não poderão ser tomadas com base na valoração pessoal do juiz. Ao contrário, deverão estar de acordo com as concepções políticas e morais dominantes, reconhecidas pela sociedade na qual aquele profissional se encontra integrado, respeitados os direitos dos grupos de vulneráveis.

As cláusulas gerais não outorgam ao intérprete o poder de criar princípios solipsisticamente, ou seja, a partir de sua interpretação pessoal e de valores extrasistemáticos. Esse entendimento equivocado vem dando origem àquilo que Lênio Streck denominou panprincipiologismo, ou seja, a criação indiscriminada de princípios, a partir da interpretação isolada (“solipsista”), realizada por cada sujeito, no que se refere ao conteúdo dos textos normativos – em especial, daqueles em que essa técnica é utilizada – o que contribui para a

⁹²⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 104-108.

fragilização do Direito⁹²¹. Sustenta-se, assim, que, os princípios devem ser identificados no interior de um determinado sistema jurídico e não devem ser inventados a cada ato de interpretação.

O referido autor identifica como reflexos do individualismo no âmbito da interpretação/aplicação do Direito a admissão do poder discricionário dos juízes, do livre convencimento e da livre apreciação das provas⁹²². Ademais, defende ser incompatível com a democracia entender que uma Constituição autoriza o juiz a buscar em outros espaços as fontes para complementar a lei. Seria como se a Constituição outorgasse a qualquer pessoa o poder de complementá-la, à revelia do processo legislativo regulamentar⁹²³.

Consoante se afirmou anteriormente, sustenta-se, na presente tese, que a Constituição representa um *primus inter pares*⁹²⁴, ou seja, tem o objetivo de harmonizar as diferentes ordens, assim como o pluralismo de valores presente no interior do denominado Direito positivo. Nesse sentido, os princípios constitucionais desempenharão o papel de nortear o intérprete, a fim de assegurar a coerência do sistema.

De acordo com Ronald Dworkin, os princípios são padrões que representam exigências de justiça, de equidade ou alguma dimensão da moralidade⁹²⁵. Em sentido semelhante e complementar a esse pensamento, Paulo Bezerra afirma que a moralidade está na base da obediência às normas jurídicas⁹²⁶. Do cotejo entre os dois autores, é possível concluir que os princípios, além da sua força normativa, conferem legitimidade às demais normas jurídicas, por consagrarem valores socialmente relevantes.

Segundo Lenio Streck, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual os princípios resgatam o mundo prático, não parece recomendável – sem um adequado “cuidado constitucional” – que o Código Civil reintroduza, no direito, cláusulas que autorizam o juiz – solipsisticamente – a “colmatar lacunas” ou incompletudes legislativas, a partir da “descoberta” de valores que estariam em uma metajuridicidade⁹²⁷. Seria, então, necessário compreender que a concretização dos textos “não depende de uma subjetividade

⁹²¹ STRECK, Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

⁹²² Ibid., p. 75.

⁹²³ Ibid., p. 222.

⁹²⁴ Expressão utilizada por Günter Teubner. Vide item 3.4 supra.

⁹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁹²⁶ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. O direito à vida à luz de uma questão polêmica: a eutanásia. In: **Temas atuais de direitos fundamentais**. 3. ed. ampl. Ilhéus: Editus, 2012, p.278.

⁹²⁷ “Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas gerais’[...]”. STRECK, Luiz Lênio. **Verdade e Consenso**. 4.ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete⁹²⁸”.

Nesse ponto, discorda-se do referido autor, por entender que a cláusula geral não é um instrumento criado apenas para colmatar lacunas, ou seja, não se limita a exercer a função de elemento de integração da norma jurídica, mas se trata de uma técnica utilizada para evitar o rápido envelhecimento dos dispositivos legais, diante de uma sociedade cada vez mais dinâmica, que se transforma numa velocidade impossível de ser acompanhada pelo Poder Legislativo. Ademais, consagram, em muitas hipóteses, princípios que visam garantir harmonia e coerência à interpretação do Direito.

Por outro lado, incompletudes legislativas representam uma realidade em progressão, em virtude da complexidade e do multiculturalismo presentes nas sociedades contemporâneas, razão pela qual é importante prover o aplicador do Direito de instrumentos adequados a solucionar tais conflitos.

Acrescenta-se, ainda, que tais dispositivos não autorizam que o intérprete escolha de forma solipsista valores que serão inseridos no sistema. Ao contrário, sua função consiste em oferecer maior flexibilidade ao processo de interpretação/aplicação do Direito, a fim de que o resultado da concretização se encontre em consonância com os valores juridicamente consagrados e, por conseguinte, compatíveis com a Constituição.

Por outro lado, constatada que a interpretação do texto normativo não se realiza mediante subsunção, vem sendo reconhecida a aplicação do raciocínio tópico àquelas hipóteses em que não há uma *fattispecie* pré-estabelecida e, portanto, há necessidade de uma maior participação do intérprete na construção da resposta mais adequada, ante a existência de possíveis variantes para a aplicação da norma⁹²⁹.

Theodor Viehweg é considerado o responsável por retomar, no âmbito do Direito, os estudos relativos à tópica, como técnica de pensamento orientada para o problema, na qual são ponderadas as razões favoráveis ou contrárias à determinada decisão⁹³⁰. De acordo com o referido autor, a tópica é uma meditação pré-lógica, em relação à qual só se pode ter uma consciência fragmentária⁹³¹. A partir do problema e da referida pré-compreensão, busca-se,

⁹²⁸ STRECK, Luiz Lênio. **Verdade e Consenso**. 4.ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p.498.

⁹²⁹ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 366.

⁹³⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad da 5. ed. Alemã, ver. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Ed., 2008, p. 33-34.

⁹³¹ “O problema tem, então, a sua origem num nexos de compreensão já existente, do qual não se sabe imediatamente se se trata de um sistema lógico, i.e., de um nexos dedutivo, ou de qualquer outra coisa, nem se isso possa ser, em geral, compreensível”. Ibid., p. 36.

por intermédio da tópica – que exige uma postura dialógica – obter um consenso acerca de como deve se comportar em determinadas situações.

Viehweg identifica uma incompatibilidade entre a tópica e o método sistemático⁹³². O entendimento aqui esposado, entretanto, encontra-se em consonância com o que defende Claus-Wilhelm Canaris, para quem os pensamentos tópico e sistemático não são excludentes entre si, mas se complementam mutuamente⁹³³. Segundo o referido autor, as cláusulas gerais devem ser interpretadas sempre à luz da ordem jurídica global, portanto, tendo sistema como alicerce. Por outro lado, sua concretização ocorre largamente por meio da formação de tipos, isto é, da formulação clara de previsões normativas, pressionando-se com isso no sentido da determinação sistemática. Por fim, conclui que não se deve abandonar totalmente a cláusula geral à equidade e, com isso, ao pensamento tópico, pois naquela se relevam simultaneamente as tendências individualizadora e generalizadora da justiça e esta última pressiona sempre no sentido da sistematização⁹³⁴.

Diante do exposto, observa-se ser possível compreender que não há uma separação absoluta entre os pensamentos tópico e sistemático, na linha do que defende Canaris acerca da possibilidade de uma complementação mútua⁹³⁵. Ademais, percebe-se que a cláusula geral não oferece ao intérprete um poder discricionário, pois é necessário que a interpretação esteja em consonância com o sistema jurídico. Aos poucos, o conteúdo de cada uma vai sendo melhor delineado por meio do consenso formado em relação às hipóteses de concretização.

Ao se admitir a possibilidade do uso do raciocínio tópico na concretização das cláusulas gerais, não se pretende afirmar que a interpretação se inicia apenas a partir do problema ou do caso concreto a ser solucionado, pois se sabe que a pré-compreensão já desempenhou sua função de permitir ao aplicador do direito identificar a situação, tanto do ponto de vista fático, quanto do ponto de vista jurídico.

O que se defende é que essa proposta de interpretação, ao reconhecer um maior relevo ao problema na interpretação/aplicação do Direito, oferece uma perspectiva mais apropriada à complexidade dos conflitos existentes em uma sociedade plural e multicultural, e contribui para uma concretização mais adequada do conteúdo normativo das cláusulas gerais.

⁹³² “Não obstante, quando se pretende estabelecer um sistema dedutivo, ao que toda ciência, considerada desde o ponto de vista lógico deve ter, a tópica tem que ser abandonada”. Ibid., p. 45.

⁹³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 273.

⁹³⁴ Ibid., p. 275-276

⁹³⁵ Ibid, p. 274-277.

A técnica casuística foi o modelo de uma sociedade que buscou padronizar comportamentos, justificou uma teoria monista dos valores sociais e acreditou que o legislador seria capaz de prever todos os comportamentos relevantes do ponto de vista jurídico. A utilização das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados parte do reconhecimento da incapacidade do legislador em acompanhar as transformações sociais e busca, dessa forma, exigir comportamentos pautados em valores ético-jurídicos relevantes, muitas vezes consagrados mediante essa técnica.

O debate acerca do papel a ser desempenhado pelo juiz na interpretação/aplicação de uma cláusula geral remonta a uma questão mais ampla e bastante atual, referente à postura mais ativa ou propositiva por parte do Poder Judiciário, denominada por alguns de ativismo judicial.

A discussão sobre o tema tornou-se mais intensa a partir do século XX, diante da constatação de um aparente paradoxo: não obstante uma intensa expansão do direito legislativo, houve também um aumento de grandes proporções do chamado direito judiciário ou jurisprudencial e, com isso, do papel criativo dos juízes.

Assiste razão a Mauro Capelletti quando afirma que o ponto central do debate não consiste em discutir se o juiz possui um papel criador, por se tratar de uma obviedade, mas em se estabelecer qual o seu limite e a aceitabilidade, especialmente no que diz respeito à “legitimidade democrática”⁹³⁶. Segundo o referido autor, a expansão do Poder Judiciário representa um necessário contrapeso à ampliação dos “ramos políticos” do Estado moderno⁹³⁷.

Dentre as principais causas da transformação da função jurisdicional, é possível encontrar: 1) o advento da legislação social e dos direitos sociais; 2) declínio de confiança nos parlamentos; 3) a criação de uma nova função jurisdicional; 4) o surgimento das ações coletivas⁹³⁸.

A legislação social passou a indicar finalidades e princípios, e sua especificação foi deixada a cargo de ministros, autoridades regionais ou locais ou de novas instituições. Dessa

⁹³⁶ O referido autor entende que na interpretação judiciária do Direito legislado está ínsito certo grau de criatividade, pois se trata de característica inerente a qualquer interpretação, por mais que se busque simplicidade e precisão na linguagem; ademais, toda reprodução, aplicação ou realização são feitos pela interpretação em contexto, lugar e momento diversos, o que traz também elementos novos à interpretação. Cita, por fim, Lord Radcliffe, um dos mais influentes juízes ingleses do século XX, para ressaltar que o próprio sentido das palavras vai se modificando com o tempo, além do que o contexto e as situações referenciais são diversas, razão pela qual as palavras vão assumindo um significado materialmente diverso. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999, p. 20-23.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 18 e 19.

⁹³⁸ *Ibid.*, Segunda Parte.

forma, o Direito passou a ter um caráter promocional, o que exigiu uma participação ativa do Estado, e os juízes passaram a contribuir de forma mais evidente para a efetivação de programas previstos em leis. Em virtude de as referidas normas utilizarem uma linguagem vaga e imprecisa (cláusula geral), cria-se a possibilidade de uma maior participação do Poder Judiciário em sua concretização.

O declínio de confiança nos parlamentos teve como causas o atraso na edição de leis e o fato de muitas terem se tornado obsoletas muito cedo, ineficazes, ou até contraproduativas em relação às finalidades que buscavam atingir⁹³⁹.

Outro importante fator foi o surgimento dos tribunais constitucionais, que tinham como nova função o controle das atividades legislativa e administrativa, ou seja, do poder político. Os juízes deixaram, assim, de decidir conflitos de natureza exclusivamente privada para atuar também no controle da adequação das leis e atos administrativos às normas constitucionais.

A partir de então, surgiram, em relação à definição do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, duas principais correntes teóricas: os procedimentalistas, segundo os quais a jurisdição constitucional não teria um papel concretizador, possuindo apenas a função de controle das regras do jogo democrático; e os substancialistas, que atribuem ao Poder Judiciário aquela função e veem nele um instrumento capaz de permitir o fortalecimento institucional das democracias contemporâneas⁹⁴⁰.

Dentre os defensores do procedimentalismo, destaca-se Habermas, com sua crítica veemente contra a invasão da política e da sociedade pelo Direito⁹⁴¹. Assim, defende que, no Estado Democrático de Direito, a função central deva ser exercida pela legislação política, pois a concretização material de valores pelos tribunais desestimularia uma atuação orientada por fins cívicos. Por essa razão, o tribunal deveria se limitar a realizar uma compreensão procedimental da Constituição, capaz de permitir a participação dos cidadãos, com o intuito de decidir consensualmente como promover condições de vida consideradas justas⁹⁴². Dessa

⁹³⁹ CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999, p.44.

⁹⁴⁰ STRECK, Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52.

⁹⁴¹ Nesse sentido, afirma: “[...] a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito”. ⁹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

⁹⁴² “Nesta perspectiva, o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da política deliberativa, que

forma, seria possível, de acordo com os defensores do procedimentalismo, ultrapassar a oposição entre o paradigma liberal burguês e o do Estado Social de Direito mediante a teoria do discurso⁹⁴³.

Já os substancialistas defendem que a fixação das condições do agir político-estatal se encontra dentre as funções da Constituição, o que lhe confere um conteúdo normativo cuja aplicação pode ser controlada pelo Poder Judiciário. Desse modo, a criação jurisprudencial do Direito buscaria garantir a primazia da Constituição. Dentre eles destaca-se Ronald Dworkin que, ao analisar as cláusulas gerais previstas na *Bill of Rights* norte-americana, as compreendeu como um apelo a conceitos morais que devem ser aplicados por um tribunal ativista, ou seja, preparado para formular questões de moralidade política e lhes dar uma resposta⁹⁴⁴. Entende ser necessário realizar uma fusão entre o Direito Constitucional e a teoria moral.

Luis Roberto Barroso distingue judicialização e ativismo. O primeiro termo seria utilizado para designar a transferência de questões de larga repercussão política e social dos seus órgãos tradicionais (Executivo e Legislativo) para o Judiciário. Trata-se de atuação prevista constitucionalmente, em que o STF é provocado a se manifestar e precisa respeitar os limites a ele impostos. Portanto, a judicialização consistiria numa característica decorrente do modelo constitucional adotado pelo Estado brasileiro. Já o ativismo judicial é compreendido como a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance⁹⁴⁵.

O ativismo judicial estaria vinculado a uma maior participação do Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais e provocaria, com isso, uma maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Para Luis Roberto Barroso, esse fenômeno caracterizar-se-ia: pela aplicação direta da Constituição a situações que não estejam

fundam legitimidade”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 340.

⁹⁴³ “Contraopondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos”. Ibid., p. 345.

⁹⁴⁴ “As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 231.

⁹⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02.07.2015, p. 01-06.

expressamente previstas em seu texto e de forma independente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, fundada em critérios menos rígidos do que os de evidente violação à Constituição; e pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, especialmente no que se refere às políticas públicas. O ativismo judicial teria como escopo extrair do texto constitucional toda sua potencialidade, sem desprezar a esfera da livre criação do Direito⁹⁴⁶.

Já Lênio Streck entende que a posição adotada pelos substancialistas, corrente subscrita em parte por ele, não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de se realizarem direitos. A concretização somente pode ser realizada se estiver em consonância com o disposto na Constituição⁹⁴⁷.

Por essa razão, posiciona-se como crítico do uso da expressão ativismo, em razão de entender que a aplicação da Constituição não representa qualquer ativismo. Para o referido autor, houve, no Estado Democrático de Direito, um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o âmbito da justiça constitucional. A falta de atuação do Executivo e do Legislativo pode ser suprida pelo Judiciário. Este poder não deve, contudo, ser utilizado para solucionar os fracassos das políticas do Estado do bem-estar social, pois não cabe ao Judiciário realizar políticas públicas, em razão de não possuir a chave do cofre. Defende, por fim, diante de tais transformações, a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial⁹⁴⁸.

Independentemente do termo utilizado para designar a atribuição de um maior poder ao Judiciário, interessa, para os fins do presente trabalho, analisar a possibilidade de aplicação direta da Constituição Federal a situações que não estejam expressamente previstas no seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário, assim como a função de assegurar coerência diante do pluralismo jurídico identificado tanto no Direito positivo (pluralismo estrutural), quanto nas diversas ordens que convivem na República brasileira.

Em estudo sobre a evolução histórica do Direito Civil no Brasil, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem identificaram a tendência, desde o Brasil colônia, em valorizar a participação dos juízes (direito dos juízes) na evolução e no desenvolvimento do Direito, tendo em vista que, até 1917, as fontes legislativas eram muito lacunosas e esparsas. Para

⁹⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02.07.2015, p. 06-07.

⁹⁴⁷ STRECK, **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 52.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 63,64 e 65.

tanto, conferia-se destacada importância aos costumes como fonte do Direito e buscava-se uma voluntária vinculação do juiz à jurisprudência pacificada ou costumeira dos tribunais superiores, inicialmente por meio das “Casas de Suplicação” portuguesas, que elaboravam “Assentos”, e posteriormente com a prática brasileira em elaborar súmulas da jurisprudência assentada⁹⁴⁹. A história permite, portanto, afirmar que a maior participação do Poder Judiciário na criação/aplicação das normas jurídicas (ou ativismo judicial, para alguns) já é parte integrante da tradição do Direito brasileiro.

Com a promulgação dos Códigos e influenciado pelo positivismo jurídico, o Direito brasileiro passou a ser interpretado com base nos dogmas da completude do sistema e do silogismo jurídico como método de concretização das normas. Aos poucos, entretanto, percebeu-se que a crise espiritual destruiu o conjunto de valores que condicionava a cultura jurídica, e fez desabar muitos dos conceitos básicos do ordenamento jurídico, o que contribuiu para alterar o significado da ordem jurídica e da própria função político-judicial⁹⁵⁰, que não mais poderia ser exercida do modo defendido pelo positivismo jurídico, sob pena de permitir “a substituição de juízes por cérebros eletrônicos⁹⁵¹”. Percebeu-se, então, a necessidade de mudança no papel exercido pelo Judiciário, assim como foi reconhecida a função política desempenhada por esse Poder.

A atividade judicial voltada à concretização das normas constitucionais se iniciou com a redemocratização do país e o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu o Judiciário como um poder político, capaz de assegurar o cumprimento das leis e da Constituição, não apenas por parte dos cidadãos, mas também em relação aos demais Poderes. A grande abrangência do texto constitucional transformou diversos conteúdos em pretensões jurídicas relativas às políticas públicas, uma vez que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito⁹⁵².

⁹⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

⁹⁵⁰ Na vigência do Código Civil brasileiro de 1916, Agostinho Alvim afirmava que a disciplina relativa à inexecução das obrigações concedia ao juiz a oportunidade para exercer seu poder discricionário e que “ao predomínio da casuística há de corresponder o do arbítrio”. O autor ressaltava, contudo: “Nós estamos falando do arbítrio inevitável, isto é, daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada equidade individualizadora, e não daquele arbítrio que pode importar desprezo de critérios objetivos[...]”. ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 04.

⁹⁵¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 05.

⁹⁵² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02.jul.2015, p. 04.

Dessa forma, houve uma ampliação do papel desempenhado pelo Judiciário brasileiro. Por outro lado, a ampla previsão de instrumentos de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), acrescida de uma abrangente legitimidade para a propositura das ações diretas, também contribuíram para a ampliação do poder de atuação do Judiciário.

Assim, foi reconhecido maior poder normativo à Constituição Federal, que passou a desempenhar verdadeiramente o papel de centro do ordenamento jurídico pátrio. Percebe-se, contudo, que essa concepção ainda se manifesta de forma bastante tímida, pois tem prevalecido a cultura de aplicação da legislação infraconstitucional sem um adequado cotejo com a Constituição.

Ao se tratar da necessidade de aprofundamento da noção de constitucionalização do Direito Civil, sustentou-se, aqui, em consonância com o pensamento de Pietro Perlingieri, a possibilidade de a norma constitucional ser, por si só, fonte de disciplina de uma relação de Direito Civil, além de razão primária e justificadora da relevância jurídica dessas relações⁹⁵³. De forma semelhante, mas um pouco mais genérica, Dworkin também admite que conjunto de princípios possa impor uma determinada obrigação jurídica⁹⁵⁴.

Diante do exposto, não se deve negar que o Judiciário exerce importante atividade criadora do Direito, e esse papel se destaca ainda mais na contemporaneidade. Segundo Jan Schapp, o juiz exerce atividade criadora do Direito e sua decisão vincula-se à perspectiva das relações do cotidiano (*Lebensverhältnisse*) apresentadas pelas partes, na qual ele se encontra inserido, em razão de conduzir o processo em que se decidirá o conflito. Sua experiência pessoal também desempenha um importante papel. Com isso, o autor não pretende afirmar que tal elemento seja o fator determinante do conteúdo das regras, mas que o entendimento jurídico tem como base as experiências cotidianas⁹⁵⁵, na qual todos se encontram envolvidos. As relações do cotidiano são de importância decisiva para a ponderação de razões (*Abwägung von Gründen*), uma vez que esse método somente pode ser utilizado se houver uma inter-

⁹⁵³ Vide tópico 4.1.1.

⁹⁵⁴ “Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que contra a existência dela”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71.

⁹⁵⁵ Como exemplo, o autor cita as hipóteses de relações do cotidiano que, na perspectiva jurídica, tornam-se relações contratuais e de responsabilidade subjetiva. SCHAPP, Jan. **Methodenlehre des Zivilrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 119. Tradução Brasileira: SCHAPP, Jan. **Metodologia do Direito Civil**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 137.

relação entre as razões, cujo vínculo decorre das relações do cotidiano⁹⁵⁶, ou seja, é construído intersubjetivamente.

Diante do reconhecimento da ampliação do papel exercido pelo Poder Judiciário em face das cláusulas gerais e dos direitos sociais, assim como em decorrência de ter se consolidado a compreensão da atividade jurisdicional como um ato de criação do Direito, surge o debate acerca de ser ou não discricionário o poder atribuído aos aplicadores do Direito na atividade de concretização das normas jurídicas. A análise do tema relativo à discricionariedade judicial remete necessariamente ao debate travado entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin. Enquanto o primeiro defende a possibilidade de o juiz exercer um juízo discricionário diante de situações não regulamentadas (lacunas)⁹⁵⁷, o segundo nega tal possibilidade e sustenta a viabilidade de se encontrar a decisão correta⁹⁵⁸.

No que diz respeito à pretensão de correção das decisões judiciais, Ricardo Lorenzetti identifica três principais posições: 1) discricionariedade forte, na qual o juiz teria um espaço dado pela norma para interpretá-la racionalmente; 2) ausência de discricionariedade, por este denominada de deontológica, pois enuncia os critérios para que a decisão judicial se ajuste a eles (essa posição seria criticada pelo excesso de racionalismo, pois o autor entende que a decisão nem sempre é baseada em razões, mas em instituições ou concepções ideológicas; 3) discricião fraca, segundo a qual os juízes não possuem forte discricionariedade, uma vez que nos casos difíceis precisam apresentar razões que convençam estar a solução em conformidade com o Direito. Para Lorenzetti, que se filia à última posição, não é que exista uma resposta correta, mas sim fundamentada em razões de princípios e valores, que devem ser explicados para que sejam debatidos no processo judicial⁹⁵⁹.

Nesse ponto, percebe-se forte influência da teoria da argumentação na formação do pensamento do autor, a exemplo do que defende Chaïm Perelman, para quem “uma regra é

⁹⁵⁶SCHAPP, Jan. **Methodenlehre des Zivilrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998 p. 118-122. Tradução Brasileira.; SCHAPP, Jan. **Metodologia do Direito Civil**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 135-139.

⁹⁵⁷ “O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados para o poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder”. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 351.

⁹⁵⁸ Nesse sentido, cf: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. 2 ed. rev. e atual. Trad. Bruno Miragem. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

arbitrária se, mesmo não sendo uma consequência necessária de uma lei teórica, não for suscetível de justificação”⁹⁶⁰. De acordo com Lorenzetti, “a discricionariedade é uma zona de possibilidades para decidir entre alternativas legítimas”⁹⁶¹.

Em sentido semelhante, Gustavo Zagrebelsky defende que o intérprete exerce um juízo discricionário ao buscar reconduzir a lei às exigências de regulação que se apresenta no caso. Isso ocorreria não apenas em razão da multiplicidade de métodos de interpretação, como também por conta da estrutura da própria lei⁹⁶².

Ainda de acordo com Ricardo Lorenzetti, na atual sociedade plural, os juristas sofrem influência de diferentes paradigmas, anteriores à decisão e que a pré-condicionam⁹⁶³, pois representam guias políticos que devem ser compatibilizados com a ordem social, além de não poderem ser ignorados nem suprimidos, razão pela qual seria preciso expô-los, assim como o objetivo a ser alcançado, a fim de torná-los evidentes, o que permitiria a realização de debates em busca de sua harmonização, de modo a levar em conta o modelo de democracia deliberativa. Essa função deveria ser realizada pelo Judiciário, a partir da análise dos benefícios e prejuízos de cada um⁹⁶⁴.

Advoga-se, aqui, entretanto, que o reconhecimento da influência das experiências cotidianas ou dos paradigmas políticos na interpretação/aplicação do Direito não significa reconhecer ao juiz um poder discricionário. Consoante tratado anteriormente, Heidegger afirmou ser necessário identificar a influência da pré-compreensão, de modo a tornar transparente a situação hermenêutica específica de cada intérprete, com o intuito de evitar que os preconceitos não percebidos escondam o específico do texto. O aplicador do Direito deve, portanto, submeter suas experiências cotidianas e paradigmas a uma análise crítica, de modo a afastar pré-compreensões até então não percebidas e incompatíveis com as normas fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

⁹⁶⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 56.

⁹⁶¹ LORENZETTI, **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2 ed. rev. e atual. Trad. Bruno Miragem. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, loc. cit.

⁹⁶² “A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con estas exigencias ‘casuísticas’. Esto sucede sobre todo con las normas ‘elásticas’ o ‘abiertas’, es decir, las que utilizan las llamadas ‘cláusulas generales’, cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 8. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p.136.

⁹⁶³ O autor cita aqueles que entende ser os principais paradigmas, sem pretensão de exclusividade: O paradigma de acesso aos bens jurídicos primários; o protetivo; o coletivo; o consequencialista; o do Estado de Direito constitucional e o ambiental. Em seguida, afirma: “Um primeiro problema é que, frente a um mesmo caso, os juristas têm distintos enfoques se adaptam diferentes modelos. Por exemplo: quem é protecionista decidirá de modo diferente de quem é consequencialista; quem tem uma visão baseada no acesso aos bens será permeável a decisões que serão rechaçadas por quem o ignore. A questão é que o jurista se transformou em um militante de verdades parciais, que não logra compreender a globalidade”. LORENZETTI, op.cit., p. 227.

⁹⁶⁴ LORENZETTI, op.cit, p. 184.

Por outro lado, identifica-se discricionariedade quando houver na lei a autorização para que o sujeito responsável por sua concreção exerça a faculdade de escolher aquela que, dentre as diversas soluções admissíveis, é percebida como a mais adequada para a situação presente.

Conforme leciona Maria Silvia Zanella Di Pietro⁹⁶⁵, há um forte vínculo entre a noção de discricionariedade e o conceito de livre discernimento. Em tais casos, admite-se que a decisão seja tomada com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade – de acordo com o dever funcional –, que deverão valer como decisivos. Há, portanto, livre apreciação, ou seja, a possibilidade de escolha dentre várias modalidades de conduta, sendo todas válidas e legítimas.

A discricionariedade é exercitada somente nas esferas que comportam a formulação de juízos de oportunidade, desde que a norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública essa possibilidade⁹⁶⁶. Nas hipóteses em que essa espécie de atuação é admitida, não haverá uma indicação no Direito positivo acerca da solução considerada preferível, uma vez que será garantida a eficácia jurídica de quaisquer das escolhas.

O exercício de tal poder é típico do Executivo, em que a administração pública tem discricionariedade para decidir, dentre as diversas políticas públicas possíveis, qual será implementada, ou seja, se um determinado recurso deverá ser investido em saúde, educação, saneamento básico ou em qualquer outro programa ou necessidade social.

Ronald Dworkin identifica três significados para a expressão “poder discricionário⁹⁶⁷”. Para os fins do presente trabalho, somente é relevante abordar o terceiro significado – o próprio Dworkin propõe-se a analisar o tema da discricionariedade judicial de acordo com esse terceiro sentido, por ele denominado poder discricionário em sentido forte. Essa classificação é utilizada pelo autor para se referir à possibilidade de o funcionário público, em certos assuntos, não se limitar a determinados padrões de autoridade⁹⁶⁸. Ainda

⁹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 197.

⁹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

⁹⁶⁷ O autor assim define os dois primeiros sentidos, por ele designados de sentidos fracos: “Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. [...] Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51.

⁹⁶⁸ “Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha [...]”. Ibid., p. 52.

assim, afirma que tal atribuição não significa que tenha sido reconhecida ao funcionário uma licenciosidade nem que sua decisão estaria livre de crítica⁹⁶⁹.

Em seguida, Dworkin faz importante crítica à doutrina positivista, quando essa afirma que, se uma situação não for regida por uma regra estabelecida, o juiz poderá decidir de acordo com seu poder discricionário, pois não estará obrigado a padrões da autoridade da lei. O autor defende que, nesses casos, a decisão deverá ser tomada a partir dos princípios e que não há qualquer elemento no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigar a autoridade⁹⁷⁰.

Assiste razão ao referido autor quando afirma que o fato de os princípios não fixarem um resultado, uma solução específica para o caso concreto, não significa que, por isso, tenha sido atribuído ao juiz um poder discricionário. Para garantir coerência ao ordenamento e o poder vinculativo das normas, é necessário reconhecer a existência de valores mais importantes que outros, consagrados nessas normas, e que os critérios para se definir quais devem prevalecer não podem depender das preferências pessoais dos juízes, pois se fosse assim, não seria possível se afirmar a obrigatoriedade de regra alguma⁹⁷¹.

Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, atuar de forma discricionária, ainda que o magistrado esteja diante de cláusula geral, uma vez que seu enunciado não confere ao aplicador do direito esse poder. A referida técnica legislativa, assim como qualquer norma jurídica, ou consagra um princípio ou faz remissão a outro(s) princípio(s) reconhecido(s) pelo ordenamento jurídico. Em todo caso, não há a autorização legal, no sentido de permitir a tomada de decisões fundadas exclusivamente na valoração pessoal do juiz. Em verdade, o Direito deve ser aplicado em consonância com os princípios socialmente consagrados, pelos quais todo intérprete deverá sempre orientar-se.

Diante do exposto, é possível afirmar que a utilização de cláusulas gerais, como técnica legislativa, não autoriza a formulação de juízos discricionários ou arbitrários por parte do aplicador do Direito. Ao contrário, esses dispositivos exigem do intérprete a busca pela decisão correta, que deve se pautar pela efetivação dos princípios e direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Sua estrutura é mais adequada ao atual

⁹⁶⁹ “O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 53.

⁹⁷⁰ Ibid., p. 54-56.

⁹⁷¹ Ibid., p. 57 e 60.

momento histórico, caracterizado por intensas e cada vez mais velozes transformações sociais, uma vez que permite a adaptação das normas às referidas mudanças⁹⁷².

Para os fins do presente trabalho, defende-se que os objetivos fundamentais da República vinculam também o aplicador do Direito na tarefa de interpretação das regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro e servem de parâmetros capazes de assegurar coerência e integridade a todo o sistema, além de permitir que se decida da forma mais correta possível.

Admite-se, portanto, a possibilidade de busca pela decisão correta, compreendida, consoante leciona Lênio Streck, como uma metáfora, que deve vincular todo intérprete no sentido de alcançar a melhor solução dentro das possibilidades postas. Almeja-se, assim afastar a concepção segundo a qual cada sujeito pode atribuir, de forma solipsista, um sentido para a norma jurídica, como se fosse possível interpretar qualquer norma a partir de um grau zero de significação⁹⁷³.

Entende-se como decisão correta aquela que contribui de forma mais intensa para a realização dos princípios fundamentais da República brasileira (CF, arts. 1º, 2º e 3º). Dentre estes, destaca-se, na presente tese: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Acredita-se que a concretização dos objetivos fundamentais da República contribuirá para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Por outro lado, entendem-se como descabidas as críticas no sentido de se afirmar que a flexibilidade semântica de tais dispositivos legais contribui para gerar insegurança jurídica à sociedade, ao atribuir ao julgador um poder arbitrário⁹⁷⁴, uma vez que os seus cidadãos não

⁹⁷² Como afirmou Luiz Edson Fachin: “Os fatos explodem os conceitos, e situações podem ser levantadas e que apontam precisamente a incapacidade da teoria clássica em aceitar a existência de categorias jurídicas que fogem à estruturação sistemática da lógica analítica dos conceitos. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38.

⁹⁷³ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 388.

⁹⁷⁴ Ao comentar a cláusula geral do art. 186 do Código Civil Brasileiro, que consagrou uma cláusula geral, Silvio Venosa afirmou: “É inafastável certo arbítrio do julgador, ao se defrontar com situação de abusos do direito. Todavia, esse arbítrio é mais aparente do que real, pois o juiz julga em determinada época, circundado por um contexto social e histórico, o que fatalmente fará obedecer a esses parâmetros, uma vez que sua decisão sofrerá o crivo dos seus pares”. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 516.

poderão saber, de antemão, as hipóteses nas quais podem ser aplicados ou de que não seria democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das cláusulas gerais⁹⁷⁵.

No atual Direito Privado, caracterizado pela presença de múltiplos princípios – pluralismo jurídico – elaborados em sociedades multiculturais, o Judiciário deve assumir o papel de garantir a coerência necessária entre suas normas⁹⁷⁶, de modo a assegurar uma convivência harmônica entre os cidadãos. Por intermédio da aplicação das cláusulas gerais, o Poder Judiciário atualiza e renova o sentido de determinados institutos jurídicos, uma vez que todo ato interpretativo é também criativo.

No processo de concretização, devem os juízes realizar juízos de moralidade política que estejam em conformidade com a Constituição e demonstrá-los no conteúdo da decisão, de modo a garantir seu controle. Nesse ponto, assiste razão a Dworkin quando afirma que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser geradas por princípios⁹⁷⁷ e que “o argumento em favor de uma regra específica pode ser mais importante do que o argumento extraído dessa regra para o caso particular⁹⁷⁸”.

Desse modo, deve ser reconhecido o caráter deontológico dos princípios, bem como sua função de orientar as cadeias normativas e de servir como elemento de integração para as regras do sistema positivo. Discorda-se, portanto, da definição de Robert Alexy, para quem os princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, valores que ordenam a realização de algo na maior medida possível, caracterizados por poderem ser satisfeitos em diferentes graus, de acordo com as vicissitudes fáticas e jurídicas, diante das quais se deparam os intérpretes⁹⁷⁹.

Nesse sentido, adere-se à crítica realizada por Habermas, ao ressaltar as diferenças entre as distintas concepções de princípios formuladas por Dworkin e Alexy, no sentido de que o reconhecimento do caráter normativo dos princípios cria para os destinatários a percepção acerca da obrigatoriedade de comportamentos capazes de concretizá-los, em

⁹⁷⁵ Nesse sentido, afirma Lênio Streck: “Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas gerais’ (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a escolha do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela ‘textura aberta da cláusula’)”. STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

⁹⁷⁶ Em sentido semelhante, afirma Habermas: “É certo que normas válidas formulam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta”. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I, 2. ed. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 323.

⁹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.

132

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

respeito a expectativas generalizadas. Definí-los como valores significa compreendê-los apenas como expressão de preferências compartilhadas intersubjetivamente⁹⁸⁰, o que retira muito do seu caráter vinculativo.

Acolhe-se também, nesse ponto, o entendimento de Lênio Streck, segundo o qual se faz necessário compreender o princípio como condição de possibilidade da interpretação da regra, ou seja, há sempre um vínculo interpretativo entre regra e princípio, no qual o último constitui o sentido da regra⁹⁸¹. O autor concorda com Ronald Dworkin e defende que, da imbricação entre princípios e moral, deve-se compreendê-los como virtudes e não como valores⁹⁸².

Os princípios possuem função interpretativa e conferem coerência ao sistema⁹⁸³. São normas que estipulam fins a serem atingidos, ou seja, fixam conteúdos almejados. Daí decorre sua função pragmática, ou seja, são considerados pontos de partida para a procura dos meios aptos a promover as finalidades que instituem. Por essa razão, Humberto Ávila conceitua-os como uma norma imediatamente finalística e primariamente prospectiva⁹⁸⁴.

No que se refere à concretização das cláusulas gerais, Jan Schapp sustenta que o estudo do tema relativo somente pode ser realizado de forma fundamentada quando se recorre à prática e à jurisprudência. Por essa razão, o autor opta por analisar a aplicação das cláusulas gerais na Alemanha a partir dos julgamentos referentes ao §138 Abs. 1 BGB, ocorridos em hipóteses nas quais a fiança é prestada por parentes próximos⁹⁸⁵.

Ressalta o referido autor que a concretização do §138 Abs. 1 BGB para as fianças prestadas por parentes próximos aconteceu em virtude de uma mudança da jurisprudência do IX. Zivilsenat⁹⁸⁶ da BGH⁹⁸⁷, provocada por uma decisão da Corte Constitucional, publicada em 19.10.1993 (BverfGE 89, 214). Entende que a análise desse julgado permite esclarecer o

⁹⁸⁰ “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem sentido deontológico, ao passo que os valores possuem um sentido teleológico”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 316.

⁹⁸¹ STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303 e 305.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 584.

⁹⁸³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193.

⁹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁹⁸⁵ SCHAPP, Jan. Die konkretisierung Von generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger. In: SCHAPP, Jan. *Methodenlehre und System des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 131.

⁹⁸⁶ A BGH é composta por diversas turmas, dentre elas as chamadas “Zivilsenat”.

⁹⁸⁷ BGH NJW 1994, 1341.

modo como a concretização, que até então era considerada impossível, deve ser realizada. Nesses julgados, o autor identificou o nascimento de um novo caso típico⁹⁸⁸.

Para concretizar as cláusulas gerais, Jan Schapp percebe um esforço da jurisprudência alemã em alcançar um nível intermediário de abstração, capaz de exercer a função de mediação com o caso a ser decidido. A partir dessa conexão entre a decisão judicial e o nível intermediário de abstração, cria-se uma rede de casos típicos, que torna racionalmente executável a aplicação da cláusula geral com base em casos semelhantes⁹⁸⁹. Em regra, os casos típicos surgem da jurisprudência, mas aos poucos se tornam parte da ciência do Direito. Os casos típicos das normas auxiliares normalmente cunham a imagem que o jurista possui do significado de um elemento do suporte fático e contribuem para esclarecê-los⁹⁹⁰.

A concretização de cláusulas gerais dá origem a preceitos jurídicos de direito jurisprudencial, que devem ser considerados na compreensão dos dispositivos legais. Essa concretização judicial ocorreria nos fundamentos da decisão⁹⁹¹. Jan Schapp entende como tarefa da metodologia a análise da interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos, entendidos não apenas como normas positivadas na lei, mas também aquelas que são disponibilizadas pela ciência do Direito e pela jurisprudência. O autor admite a possibilidade de a própria decisão judicial ser generalizada, de modo a ocupar a categoria de precedente, que pode ser compreendido como um preceito jurídico criado pela jurisprudência, ou seja, um preceito jurídico de direito jurisprudencial⁹⁹². Constata-se, dessa afirmação, a importância conferida na Alemanha não apenas à decisão judicial e ao seu papel na formação de precedentes, mas também ao papel da literatura jurídica na crítica e na construção de hipóteses a que os preceitos poderiam ser aplicados.

No Brasil, também é possível constatar o desempenho desse papel tanto pela literatura jurídica quanto pela jurisprudência, no sentido de identificar situações nas quais as cláusulas gerais devem incidir, não obstante haver alguma resistência, consoante foi demonstrado anteriormente.

Assim, em sociedades caracterizadas pelo multiculturalismo e pelo pluralismo jurídico, muitos Estados optaram por utilizar em seus ordenamentos jurídicos a técnica da

⁹⁸⁸ SCHAPP, Jan. Die konkretisierung Von generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger. In: SCHAPP, Jan. *Methodenlehre und System des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 132.

⁹⁸⁹ Ibid., p. 134.

⁹⁹⁰ SCHAPP, Jan. *Metodologia do Direito Civil*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 97.

⁹⁹¹ SCHAPP, Jan, 2009, p. 134.

⁹⁹² SCHAPP, 2004, p. 79 e 80.

cláusula geral ou dos conceitos jurídicos indeterminados, de modo a permitir a adaptação das normas jurídicas a uma realidade social e econômica cada vez mais dinâmica.

Tais técnicas não outorga ao juiz, entretanto, qualquer discricionariedade, pois a busca pela solução correta – enquanto metáfora, voltada para a máxima realização dos princípios constitucionais fundamentais – deve pautar a atividade interpretativa, de modo a evitar que as decisões sejam tomadas de maneira solipsista, ou seja, em que cada juiz entende ser possível interpretar o Direito de acordo com a própria consciência⁹⁹³.

Nessa tarefa, importante papel será desempenhado pelas teorias da argumentação jurídica, tendo em vista a necessidade de, em face dos princípios e das cláusulas gerais, serem identificados consensos em torno do conteúdo e da função dos mais importantes valores consagrados em determinado ordenamento jurídico. Desse modo, adquire cada vez mais relevância a exigência de fundamentação das decisões⁹⁹⁴, pois “quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta”⁹⁹⁵.

A pretensão de correção⁹⁹⁶ deve ser uma premissa de qualquer debate em que se busca um consenso em torno do conteúdo de normas em análise. A partir das decisões, surge um conjunto de casos típicos, em torno dos quais vão sendo construídos consensos, o que confere racionalidade à concretização das cláusulas gerais.

Para tanto, há de ser reconhecida uma maior participação do Judiciário na concretização das normas constitucionais em geral, especialmente ao se considerar a necessidade de atingir os objetivos gerais da República também através das relações jurídicas de natureza privada. Discute-se atualmente de forma bastante intensa a questão dos efeitos

⁹⁹³ “Atribuir poder de criação aos juízes, portanto, não legitima solipsismos. Cada decisão – nesse universo de liberdade aparente – precisa conformar-se aos preceitos constitucionais, aos princípios e aos valores que informam o Estado Democrático de Direito. A obediência a essas premissas afasta o ‘déficit de democracia’ e a síndrome de onipotência potencialmente contidos nos ativismos e evita que o protagonista identifique sua leitura do direito com o Direito”. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 294.

⁹⁹⁴ Para Manuel Atienza, não há razão para que o estudo da argumentação jurídica se limite ao contexto da justificação, sendo necessário que se estenda também ao da descoberta. Entretanto, o aprofundamento deste tema foge à proposta do presente trabalho: “Por exemplo, com relação à elaboração de sistemas jurídicos hábeis, aparentemente o que interessa não é apenas a questão de como os juristas fundamentam as suas decisões (isto é, qual é o tipo de argumentação que eles consideram servir de justificação para uma decisão), mas também a de como eles chegaram de fato a essa decisão (isto é, qual é o processo mental – o processo argumentativo – que os leva a ela)”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 215.

⁹⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 212.

⁹⁹⁶ “Com isso, fica claro que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as discussões jurídicas devam colocar-se como discursos no sentido de uma comunicação sem coerção e sem restrições, mas somente que nas discussões jurídicas os debates ocorrem sob a pretensão de correção e, por isso, têm como referência condições ideais”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 216-217.

jurídicos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas. Entretanto, não apenas esses direitos, mas a Constituição como um todo deve ter sua eficácia respeitada. Dessa forma, toda relação de Direito Privado deve ser interpretada em consonância com a Constituição, e, em especial, com os princípios fundamentais da República, cujos conteúdos servem de parâmetro para que seja analisada a correção das decisões judiciais.

6 CONCLUSÃO

Do cotejo entre os dispositivos constitucionais que consagram os princípios fundamentais do Estado brasileiro e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se afirmar que as noções de alteridade e responsabilidade representam um apelo a todos no sentido de criar um compromisso irrecusável, tanto em relação ao presente quanto ao futuro da vida no planeta. Tais ideias surgiram como um contradiscurso, formulado por aqueles que eram atingidos mais diretamente pelas discriminações e pela degradação dos ecossistemas, e vem se desenvolvendo de modo a tornar-se o paradigma dominante.

Essa responsabilidade exige cuidado, cautela, de modo a assegurar o desenvolvimento de todas as formas de vida e evitar condutas danosas. A interpretação formulada para as noções de alteridade e responsabilidade contribui para uma maior efetivação das normas constitucionais acima citadas, em razão de estar em consonância com as necessidades concretas de todos no planeta, assim como com a eticidade subjacente ao sistema jurídico brasileiro.

A diferença, a diversidade, é uma característica inerente à vida na Terra, de modo que toda imposição de modelos, padrões de conduta, ou concepções particulares e únicas do que seria uma vida adequada (ou boa) – questões referentes a decisões acerca da própria felicidade – representa uma arbitrariedade, um ato de violência e de ofensa à liberdade individual, desde que tais escolhas não ofendam os direitos fundamentais de outros sujeitos.

Em face de tais princípios ético-jurídicos, defende-se uma perspectiva multiculturalista para o princípio da igualdade, capaz de considerar a diferença em sua definição, de modo a respeitar a diversidade quando esta não represente ofensa à dignidade humana, e promover a igualdade quando a diferença seja prejudicial. Desse modo, combate-se a ideia de valores totalizantes, que promoveram dominações sociais, e enfatiza-se a importância do reconhecimento e do respeito às diferentes identidades, a fim de assegurar uma convivência integrada, harmônica e respeitosa entre diferentes culturas.

Ademais, a diversidade cultural foi uma característica da formação do povo brasileiro e encontra-se atualmente reconhecida na Constituição Federal, assim como a necessidade de valorização e respeito às suas distintas manifestações. Na consagração da diversidade cultural, entende-se que a ideia de alteridade na qualidade de respeito e responsabilidade pelo outro desempenha a função de teoria de tradução, capaz de permitir que atores coletivos conversem sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam.

Diante dessa realidade multicultural, constata-se a superação da perspectiva monista do Direito – que buscava padronizar condutas, e chegou até mesmo a fixar um modelo de cidadão (o *bonus pater familias*) – em prol do chamado pluralismo jurídico, cuja definição deve abranger não apenas a coexistência entre distintas ordens com o Direito Positivo, mas também a presença de valores em conflito no interior do ordenamento jurídico estatal. Nesse contexto, a Constituição deve ser reconhecida como o documento político-jurídico capaz de fornecer princípios irrenunciáveis, aptos a nortear o exercício do pluralismo jurídico, ao coordenar a inter-relação entre distintas ordens normativas e a interpretação das normas no interior de uma mesma ordem.

O pluralismo jurídico deve ser considerado um instrumento capaz de oferecer voz aos excluídos, em especial às populações integrantes das sociedades de capitalismo periférico, voltado para a construção de um novo paradigma para as ciências sociais, com especial destaque para o Direito, pautado pela ética da alteridade e da responsabilidade.

Desse modo, serão oferecidas aos cidadãos múltiplas possibilidades de escolha, voltadas para a realização pessoal, e a garantia de que cada sujeito possa organizar a própria vida de acordo com seus valores, respeitando-se, portanto, sua autonomia, e desde que suas decisões sejam compatíveis com os direitos dos demais membros da sociedade.

Nesse quadro plural e multicultural, desenvolve-se uma noção de solidariedade social que não se baseia na mera identificação do outro consigo mesmo, mas também na constatação da necessidade de respeito e valorização da diversidade (alteridade), como condição essencial para a formação da identidade do próprio sujeito. As diferenças enriquecem o mundo com múltiplas perspectivas e oferecem também a possibilidade de cada sujeito refletir, a partir do outro, acerca da oportunidade de transformar seus valores e visões de mundo. A solidariedade social, como princípio jurídico e objetivo fundamental da República, foi reconhecida como elemento essencial para a construção da democracia.

Com o escopo de efetivar as noções de solidariedade e pluralismo jurídico, têm sido utilizadas normas que costumam se caracterizar pelo caráter aberto, flexível e por exigir do Estado uma maior participação, a fim de promover a plena realização de cada membro da sociedade. Há um forte vínculo entre as noções de pluralismo jurídico, alteridade, solidariedade e flexibilidade semântico-normativa, tendo em vista que a efetividade jurídica e social do direito de ser diferente depende de um ordenamento capaz de realizar duas importantes tarefas. A primeira consiste em reconhecer e estimular o respeito à pluralidade de valores e culturas. A segunda é representada pela exigência de ser apto a reconhecer as

diferentes concepções de felicidade, e a garantir múltiplas possibilidades de escolha ao sujeito para que este alcance, de forma autônoma, sua plena realização pessoal. Essas tarefas exigem uma flexibilidade semântico-normativa, capaz de permitir a adaptação das normas às concretas e distintas realidades dos diferentes sujeitos.

O texto constitucional, ao reconhecer a necessidade de erradicação da pobreza, da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais, identifica a existência de vítimas excluídas, o que as impedem de viver em plenitude e de serem respeitadas em sua dignidade. Da leitura dos dispositivos, pode ser identificado tanto o aspecto negativo de crítica ao sistema, referente à identificação dos seus efeitos prejudiciais (pobreza, marginalização e desigualdade), quanto o momento positivo, referente à necessidade de se adotar medidas voltadas à erradicação ou à redução de tais problemas.

Há sempre a necessidade de reconhecimento da dignidade de cada sujeito autônomo, o que transforma toda a sociedade em responsável pelo outro no sistema. No caso brasileiro, essa exigência reforça-se em razão de existir um grande número de vítimas que exigem solidariedade diante de sua corporalidade sofredora. Nesse quadro, a solidariedade deve ser compreendida como princípio essencial ao aprofundamento dos ideais democráticos.

Uma definição de solidariedade social mais adequada às atuais demandas sociais exige o respeito à diferença como pressuposto necessário ao seu exercício, uma vez que requer o respeito às escolhas personalíssimas do outro, de modo a permitir-lhe a plena realização dos seus objetivos de vida. Portanto, a solidariedade representa um elemento necessário a uma plena liberdade. Esta última depende, no Brasil, especialmente de inclusão econômica e social.

A solidariedade não deve ser pensada como um dever externo ou uma imposição, mas como uma condição de existência do eu, como uma necessidade insuperável que, em razão da interdependência social, transforma-se em requisito essencial ao alcance da própria felicidade.

O paradigma individualista pode ser suplantado desde que se estabeleça uma maior vinculação entre as normas infraconstitucionais e os princípios ético-políticos constitucionalmente consagrados, especialmente diante da consagração da solidariedade social como princípio fundamental. Daí a necessidade de um aprofundamento da noção de constitucionalização dos direitos, especialmente do Direito Privado. Isso não significa reconhecer efeito irradiante apenas às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais, mas da Constituição como um todo e, em especial, das suas normas-objetivo.

Desse modo, deve-se exigir, nas relações privadas, o respeito aos princípios fundamentais do Estado brasileiro e, mais especificamente, aos objetivos fundamentais da República.

Por conseguinte, interpretações/aplicações de normas cujas consequências produzam ofensas à solidariedade social, aumento das desigualdades sociais, regionais, ou surgimento de mais pobreza e discriminações, devem ser afastadas devido a sua inconstitucionalidade. Ademais, deve ser reconhecida a participação do Direito Privado no exercício de todas as funções legais, ou seja, não apenas na resolução de litígios e na coordenação da conduta das pessoas, mas também distribuindo direitos, obrigações e consagrando valores que o expressam.

Por outro lado, o Direito Privado brasileiro deve ser interpretado de modo a se construir um arcabouço teórico e normativo capaz de oferecer aos cidadãos um vasto repertório, composto por diferentes formas de interação humana. Não basta, portanto, apenas preservar as formas existentes; faz-se necessário também criar alternativas inovadoras.

A Modernidade concebeu o indivíduo como um ser isolado, abstrato, metafísico, padronizado. Esse individualismo foi intensificado na sociedade de massa, que deu origem ao chamado ser humano unidimensional, caracterizado por se encontrar padronizado pelo consumo e adaptado à racionalidade tecnológica, sendo incapaz de questionar os atuais mecanismos de controle social e a lógica das necessidades criadas para o consumo do supérfluo.

Mediante as noções de alteridade e de direito à diferença é possível criticar tal individualismo, através do reconhecimento do sujeito como fruto da sociedade, ou seja, das interações com outros sujeitos importantes e com o meio ambiente, de modo a superar a concepção unidimensional do indivíduo em direção ao reconhecimento do sujeito com um ser multifacetado, plural, respeitado em sua dignidade e alteridade.

O ser humano desenvolve-se a partir das relações com as demais pessoas, e dessa participação, que contém frequentes momentos de solidariedade, surge o dever ético-jurídico de coexistir com o outro, de modo a permitir o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Essa postura exige uma efetiva participação de cada membro da sociedade, na qual se deve oferecer ao outro: o adequado reconhecimento de sua identidade; uma convivência harmônica com sua alteridade; o acolhimento de possíveis vítimas do sistema ético-jurídico dominante; e a luta pelo reconhecimento da identidade e dos direitos dos sujeitos marginalizados.

O sujeito contemporâneo deve ser compreendido como uma instância dialógica e dinâmica, que vivencia ambivalência e negação, alteridade, reflexividade, narratividade e

construção de identidade, daí a importância da abertura ao outro (*Alter*), bem como da percepção e do respeito à diferença como essenciais à construção da própria personalidade, o que reforça também a importância da solidariedade. Na esfera jurídica, tais noções provocam uma mudança no enfoque conferido à noção de sujeito de direito, em que se reduz a importância da sua identificação com a ideia de pessoa, como titular de direitos e deveres, e busca-se enfatizar a participação em relações jurídicas, garantida igual dignidade aos partícipes.

Outra importante mudança de perspectiva consiste na definição de autonomia, que deixa de ser entendida como lei atribuível a si mesmo, para ser compreendida como abertura ao outro, o que lhe confere um caráter intersubjetivo, com base no reconhecimento de que a capacidade de se submeter a leis outorgadas a si mesmo pressupõe um acordo social em torno do que é admissível como exercício dessa liberdade. Ademais, requer uma interação não apenas com a humanidade, mas também com todo o exterior que o cerca. As diversas formas de convívio do ser humano permitem definir os limites para o exercício da autonomia.

No desempenho da autonomia, não devem ser admitidas quaisquer imposições no sentido de mudar comportamentos relativos à esfera íntima de qualquer pessoa, enquanto seus atos não ofenderem direitos de terceiros. Antes disso, quaisquer exigências representarão tentativas de impor ao outro um ideal de vida, o que deve ser compreendido como atos de violência.

Ademais, na perspectiva do respeito integral ao outro, propôs-se a superação da rígida dicotomia entre personalidade e patrimônio. Uma vez compreendido o Direito Civil como um instrumento destinado a assegurar a plena realização do ser humano, constata-se que não apenas as ofensas a direitos da personalidade dificultam ou impedem o alcance de tal objetivo, mas também as lesões ao patrimônio. Sendo os bens economicamente apreciáveis instrumentos de promoção e realização da personalidade dos seres humanos, é possível se afirmar que ataques injustificados ou ilegítimos a essa esfera reduzem a possibilidade de desenvolvimento da pessoa.

Com isso, não se quis defender um retorno à compreensão do patrimônio como atributo da personalidade, mas demonstrar que desrespeitos ao patrimônio alheio podem causar danos à personalidade e, por isso, merecem maior atenção e menor tolerância por parte do Poder Judiciário brasileiro.

Muitas ofensas à personalidade e ao patrimônio têm acarretado a perda do tempo livre ou útil dos afetados, desperdiçado em tentativas de solucionar tais conflitos. Esse tempo

é indispensável ao desenvolvimento da personalidade, razão pela qual sua perda deve ser considerada passível de indenização por dano moral. Ademais, a aplicação dessa nova construção jurídica não deve se limitar à esfera consumerista, mas ser estendida a todo comportamento de má fé que acarrete uma injusta e intolerável perda de tempo a outrem.

A proteção aos vulneráveis é um dever ético-jurídico consagrado de forma ampla nas normas que fixam os objetivos fundamentais da República, tendo em vista a pobreza, as desigualdades, os preconceitos e as discriminações gerarem situações de vulnerabilidade. Acredita-se que somente através da correção dos desequilíbrios presentes nas relações jurídicas – sejam eles de natureza econômica, social, técnica ou personalíssima – pode ser constituída uma sociedade livre, justa e solidária.

A partir da noção de alteridade como respeito ao outro e às suas diferenças, desenvolve-se a noção de responsabilidade comunitária diante das fragilidades compartilhadas por todos os viventes. A vulnerabilidade deve ser compreendida como um estado dos seres humanos, que não se limita às situações específicas previstas nos citados microssistemas e deve ser identificada nas mais diversas relações privadas. Desse modo, poderá ser oferecido um tratamento jurídico diferenciado, materialmente desigual, voltado a impedir o desequilíbrio fático entre os sujeitos envolvidos.

As vulnerabilidades presentes nos seres humanos variam de acordo com suas histórias de vida e com o específico conteúdo das diferentes relações jurídicas que estabelecem em seu cotidiano. Diante de tamanha complexidade, faz-se necessário que o conteúdo da boa-fé e, em especial, do dever acessório de informar, varie de acordo com as características dos sujeitos envolvidos em cada relação jurídica concreta. Para tanto, os tribunais devem adaptar o conteúdo dessa obrigação às circunstâncias do caso concreto.

No âmbito das relações jurídicas obrigacionais, a definição desse vínculo como limitação à liberdade representa um resquício do individualismo exacerbado, fundado na ideia de que a liberdade plena só existiria na ausência de qualquer obrigação perante o outro, concepção essa completamente distante da realidade fática. As obrigações devem ser compreendidas como laços de solidariedade social, em que cada uma das partes deve se comprometer ao máximo com a satisfação dos legítimos interesses da outra, de modo a promover a realização dos objetivos de cada sujeito envolvido na relação jurídica. Não basta, portanto, cooperar, é preciso solidarizar-se com o outro, de modo a atender às legítimas expectativas envolvidas no vínculo jurídico obrigacional.

A atual concepção acerca do conteúdo das funções sociais da propriedade – especialmente no que se refere ao requisito de respeito ao meio ambiente – tem dado prevalência ao cumprimento das normas infraconstitucionais em detrimento dos princípios constitucionais. Em face do referido requisito, é preciso considerar a sustentabilidade como elemento integrante e comum às definições do instituto em análise. A atual exploração econômica tem desconsiderado a capacidade regenerativa dos ecossistemas, o que representa uma ameaça à vida no planeta Terra, além de evidenciar o descumprimento do dever de solidariedade social.

No âmbito da responsabilidade por danos, é preciso compreendê-la como precaução diante do risco de danos a terceiros e ao meio ambiente. Desse modo, seu conteúdo passa a ser composto não apenas pelo aspecto negativo, relativo à exigência de abstenção da prática de atos danosos, mas também por um dever positivo, no sentido de envidar todos os esforços, a fim de que o dano não aconteça.

Com base no princípio da solidariedade social, devem ser admitidas ampliações das hipóteses de responsabilidade solidária pelos danos causados, especialmente diante de situações em que há dificuldade na demonstração do nexo causal, mas são passíveis de identificação os prováveis agentes do dano. Nesses casos, deve ser admitida uma presunção de causalidade, fundada no elevado grau de probabilidade de que tais condutas ou atividades tenham provocado o dano. Esse critério deve ser admitido tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva, e o valor da indenização pago por cada responsável deve ser proporcional ao percentual de probabilidade da contribuição da conduta de cada um para o evento danoso.

Diante das mudanças interpretativas propostas, fundadas em sua maioria em cláusulas gerais e em termos jurídicos indeterminados, surge a questão acerca do papel do juiz na interpretação do Direito, de modo a concretizar tais normas. É evidente que todo intérprete sofre influência das experiências cotidianas ou dos paradigmas políticos. Deve, entretanto, submetê-los a uma análise crítica, a fim de afastar a possibilidade de que os preconceitos escondam o que há de específico no texto.

O aplicador do Direito deve submeter tais experiências e paradigmas a uma análise crítica, de modo a afastar pré-compreensões até então não percebidas e incompatíveis com as normas fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. A partir da compreensão de que em cada sistema jurídico existem princípios mais importantes que outros e os critérios para sua fixação não podem depender das preferências pessoais dos juízes, deve ser negada a

possibilidade de o Poder Judiciário atuar com discricionariedade, pois deve haver sempre remissão aos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, em busca da decisão correta.

A utilização de cláusulas gerais, como técnica legislativa, não autoriza a formulação de juízos discricionários ou arbitrários por parte do aplicador do Direito. Ao contrário, seus dispositivos exigem dos operadores do Direito a busca pela decisão correta, que deve se pautar pela efetivação dos princípios e direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Sua estrutura é mais adequada ao atual momento histórico, caracterizado por intensas e cada vez mais velozes transformações sociais, uma vez que permite a adaptação das normas às referidas mudanças.

Diante do exposto, essas foram as propostas de transformação na interpretação de institutos centrais do Direito Civil – como referência geral do Direito Privado –, fundadas no valor ético-jurídico da alteridade, que exige cuidado e responsabilidade pelo outro, permitindo o aperfeiçoamento da ideia de solidariedade social, bem como a concretização dos demais princípios fundamentais da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

ABALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: introducción y parte general*. 19. ed. Madrid: EDISOFER, S.L., 2013.

ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1984.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 12 ed. rev., atual. e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (coord.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

AGUIAR, Rui Rosado de (coord.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA, Jorge Miranda de. A alteridade na construção da ética de Kierkegaard e Lévinas. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 36-45, jan./maio 2010.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1988.

_____. **Direito Civil: introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDERSON, Elisabeth. *Value in ethics and economics*. Cambridge, Mass: Harvard Univers. Press, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1980. v. I.

APEL, Karl-Otto. **Ética e responsabilidade: o problema da passagem para a moral pós-convencional**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

AQUINO, Santo Tomas de. **Suma de Teologia**. 2. ed. vol. 2. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993. v. 2.

_____. **Suma de Teologia**. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995. v. 3.

ARAÚJO, Nádia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Origens do Totalitarismo**. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral: introdução. As pessoas. Os bens**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIYAH, P.S.; SMITH, Stephen A. *Atiyah's introduction to the law of contract*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

AUER, Marietta. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 12 tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, p. 27-39, 1998-1999.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T.S.; Oliveira, Guilherme (coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARCELLONA, Pietro. *L'individualismo proprietario*. Torino: Bollati Boringhieri Editore, 1987.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Reflexos da bioética sobre o tratamento jurídico do uso de drogas no Brasil: autonomia x paternalismo. Dissertação de Mestrado. Salvador, UFBA, 2014.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Espanha: Paidós, 1998.

_____. GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (orgs.). **Modernização Reflexiva**. Trad. Cebele Magna Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. Tomo I.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936. v. 1.

_____. **Teoria geral do Direito Civil**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2007.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos (org.). **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2012.

_____. O direito à vida à luz de uma questão polêmica: a eutanásia. In: BEZERRA, Paulo Cesar Santos (org.). **Temas atuais de direitos fundamentais**. 3. ed. ampl. Ilhéus: Editus, 2012.

BITENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 25, v. 7, p. 248-265, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOFF, Leonardo. **A grande transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. 2015. 331 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstruindo o Direito Civil a partir do Direito Ambiental: contrato, bens, sujeito. **Revista do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 14, 2007.1.

_____. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Função ambiental da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 09, p. 67-85, jan./mar. 1998.

_____. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 27 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 27.02.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 4657 de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.078 DE 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e em Lévinas. **Conjectura: Filosofia e Educação**, Caxias do Sul, v. 18, n.3, p. 166-183, set./dez. 2013.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Cortez & Moraes, 1977.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana**. São Paulo: Editora Linear B, 2008.

CAENEGEN, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CÂMARA, Emmanoel Fenelon Saraiva. **Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira**. Brasília: Editora Centro-Hinterlândia, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANCLINI, Néstor García. **Culturas Híbridas**: estratégias para entrar e sair da modernidade. Trad. Ana Regina Lessa e Heloísa Pezza Cintrão. São Paulo: EDUSP, 1997.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria geral da relação jurídica civil**: a teoria geral da relação jurídica: seus sentidos e limites. 2. ed. actual. Coimbra: Centelha, 1981.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites (nota prévia). 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

CASTANHEIRA NEVES, A. Direito hoje e com que sentido? **Digesta**, Coimbra: Coimbra Editora, v. 3, 2010.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAPPUIS, Raymond. **La solidarité: l'éthique des relations humaines**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

COING, Helmut. **Grundzüge der Rechtsphilosophie**. 4. Auflage. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1985.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliar é legal**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-mediacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em 09 fev. 2016.

COSTA, Antônio Luiz M.C. A desigualdade social chega a níveis alarmantes. **Carta Capital**, São Paulo. 05 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/873/no-mundo-de-os-miseraveis-5584.html>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

COSTA, Miguel Dias. Introdução à edição portuguesa. In: RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica**. Porto, Portugal: Rés-Editora, s/a.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como um processo**. 5 reimp. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

DAGAN, Hanoch. *Pluralism and Perfectionism in Private Law*. **Columbia Law Review**, v. 112, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

DERRIDA, Jacques. **La escritura e la diferencia**. Trad. Patricio Peñalver. Barcelona: Editorial Anthropos, 1989.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012. v. I.

DÍEZ-PICAZO, Luis; LÉON, Ponce de. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUGUIT, Léon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Editorial Colmares, S.L., 2005.

_____. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUQUE, Tiago. **Montagens e desmontagens: vergonha, estigma e desejo na construção das travestilidades na adolescência**. São Carlos: UFSCar, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

DUVIGNAUD, Jean. **A solidariedade: laços de sangue, laços de razão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. Trad. Sandra Castelo Branco. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1995. tomo I.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica o Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Conflito e direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006.

_____. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Civil: teoria geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Sarah. Preconceito é mais forte contra migrantes vindos de países de pobres. **Rede Brasil Atual**, s/l, 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2015/11/preconceito-tem-a-ver-o-fato-de-refugiados-virem-de-paises-pobres-diz-instituto-adus-8234.html>>. Acesso em 15.dez.2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

FRANCISCO. **Carta Encíclica *Laudato Si'***: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

FREUD, Sigmund. **O mal estar na civilização**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. v. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>>. Acesso em 10 fev. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV, tomo 1.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4, tomo 1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

GIERKE, Otto. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 1889.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GONÇALVES, Gabriela. Estudante muçulmana é interrompida durante o Exame da OAB por usar véu. **G1**, São Paulo. 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/03/estudante-muculmana-e-interrompida-durante-o-exame-da-oab-por-usar-veu.html>>. Acesso em 15.12.2015.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. I, tomo I.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRODIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Brenno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

GUGLINSKI, Victor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/111764342/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade>>. Acesso em 10 fev. 2016.

HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo brasileiro, 2002.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. 4. ed. Madrid: Santiliana, 2003. v. I.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional. Traducción, Estudio preliminar, Notas y Adycciones: Carlos Ruiz del Castillo**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2003.

HEDEMANN, J.W. **Tratado de Derecho Civil: Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. III.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schubak. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Vozes / Universidade São Francisco, 2005. Parte I.

_____. **Que é isto – a filosofia? Identidade e diferença**. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2013.

HENECKA, Hans Peter. **Grundkurs Soziologie**. 8. ed. Stuttgart: UVK, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HINKELAMMERT, Franz. **Solidaridad o suicídio colectivo**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2005.

HIPPEL, Eike von. **Der Schutz des Schwächeren**. Tübingen: Mohr, 1982.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

IRTI, Natalino. **La cultura del diritto civile**. Torino: Utet, 1990.

_____. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

ITALIA. **Constituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2015.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

JARDIM, Carolina. No Brasil, muçulmanos combatem intolerância religiosa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 25 jan. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/no-brasil-muculmanos-combatem-intolerancia-religiosa-15131063>>. Acesso em 15 dez. 2015.

JAYME, Eric (org.). **Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht**. Heidelberg. C.F. Müller Verlag, 2003.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC Rio, 2006.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Trad. da 3. ed. Santiago Cunchillos e Materola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

_____. **Cours de droit civil positif français: théorie générale des obligations**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939. tomo II.

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

_____. **Metafísica dos costumes**. 2. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

KEKES, John. **The morality of pluralism**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993.

- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 99, ano 24, p. 101-123, maio/jun. 2015.
- KROHLING, Aloisio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- LA BIBLIA. ed. revisada. Madrid: San Pablo/Editorial Verbo Divino, 1995.
- LACAN, Jaques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos de etica jurídica**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- _____. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 9., neubearbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2004.
- _____. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Band I: Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987.
- LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980.
- _____. **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.
- LÉVI-STRAUSS, **Antropología Estructural**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA MARQUES, Cláudia. Sugestões para uma Lei sobre o tratamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.). **Direitos do consumidor endividado**. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- LINDSAY, A. D. **O Estado democrático moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Barueri, SP: Manole, 2005.
- LÔBBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 100, jan /mar. 1999.

LOCATELLI, Liliana; SIMON, Cláudio Antonio de Paiva. A vulnerabilidade do consumidor ante os ambientes virtuais: o caso dos sítios de aproximação. **Direitos Culturais**: revista do Programa de Pós-graduação em Direito. URI Santo Ângelo. Santo Ângelo: EDIURI, p. 157-168, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2. ed. rev. e atual. Trad. Bruno Miragem. Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: obrigações – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LUHMANN, Niklas. *Die gesellschaftliche Differenzierung und das Individuum. Soziologische Aufklärung*, Bd. 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995.

MARCUSE, Herbert. **O homem unidimensional**: sobre a ideologia da sociedade industrial avançada. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Livraria Letra Livre, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 01, p. 41-66, maio 2005.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. 2. reimp. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

MAZZEI, Rodrigo. Abuso do direito: contradição entre o §2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e as suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. 3. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/larticle-544-du-code-civil-clef-de-voute-du-droit-de-propriete-23903.html>. Acesso em 27.03.2016.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MONNET, Nadja. Alteridad y Convivencia. *La imagen del “otro” e las relaciones de convivencia em el Casc Antic de Barcelona*. Fundació CIDOB de Barcelona, 1997.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

MORENO, Érica Soto. **Vocación de Herencia. El concepto de hospitalidad em Jaques Derrida e Emmanuel Lévinas**. 2006-2008 Tesis Doctoral – Departament de Filosofia Teorètica e Pràctica. Facultat de Filosofia. Universitat de Barcelona. Programa de Doctorado. Tradicions e crisis.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de Direito civil constitucional**, Curitiba: Juruá, n. 02, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Contratante vulnerável e autonomia privada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25358/contratante-vulneravel-e-autonomia-privada>>. Acesso em 16 fev. 2016.

NEVARES, Ana Luiza maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva Civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Die Würde des Menschen*. In: NEUMANN, Franz L.; NIPPERDEY, Hans-Carl; SCHEUNER, Ulrich. *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Berlim: Duncker e Humbolt, 1954.

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

NOWIKOW, Igor. *Der Freiheitsbegriff bei Kant: eine philosophische Untersuchung im Rückblick auf das christliche Freiheitsverständnis*. Frankfurt am Main: Peter Lang Edition, 2014.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OLSON, Greta. *Towards a comparative and localized study of brazilian Law and literature*. In: ARNOLD, Sonja; KOFMANN, Michael. **Direito e Literatura na Virada do Milênio. Law and Literature at the Turn of the Milenium**. Porto Alegre: Editora Dublinense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. <Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php>>. Acesso em 25 jun.2015.

PATRÃO NEVES, Maria do Céu. **O que é bioética**. Cadernos de Bioética, 1996.

PLATÃO. **A República**. Trad. de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Portugal: Edições 70, 1969.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism: cultural diversity and political theory*. 2. ed. Chippenham and Eastbourne: Palgrave Macmillan, 2006.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. **Responsabilidade civil objetiva**: perspectivas diante do exercício de atividades de risco e de danos ao meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. I.

_____. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. II.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009. v. III.

_____. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. IV.

_____. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIVATTO, Pergentino S. Apresentação. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós: ensaios sobre alteridade**. Trad. Pergentino Pivatto [et. al.], (cord.) 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. In: **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: RT, n. 25, 1988.

RAISER, Ludwig. *Die Zunkunft des Privatrechts*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1971.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. Caderno 3.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O direito como experiência**. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Maria Dulce. Por uma nova interpretação das doutrinas escritas: a filosofia de Platão é triádica. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 116, p. 379-398, dez. 2007.

RENAUT, Alain. **O indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. 2. ed. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 2004.

RICKEN, Friedo. *Sozialethik*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2014.

RICOEUR, Paul. **Outramente: leitura do livro *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* de Emmanuel Lévinas**. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. **O conflito das Interpretações: ensaios de hermenêutica**. Porto, Portugal: Rés-Editora, s/a.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODOTÁ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Bari: Editori Laterza, 2014.

_____. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2005. v. I.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. v. 3.

SANTIAGO, Rosa-Araceli. *Griegos y Bárbaros: arqueología de una alteridad*. **Faventia** 20/2, Barcelona: Bellaterra, p. 33-45, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza.. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência: Para um novo senso comum: A ciência, a política e o direito na transição paradigmática. vol. 1, 6. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2007.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortês Editora, 2006.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun. 1997. Disponível em: <[HTTP://migre.me/lbq83](http://migre.me/lbq83)>. Acesso em 16 fev. 2016.

SÃO PAULO. **1ª Epístola aos Coríntios**. Capítulo 14. Disponível em: <<http://www.di.ubi.pt/~jpaulo/biblia/1Corintios.htm>>. Acesso em 29 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 23. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

SCHAPP, Jan. Freiheit, *Moral und Recht: Grundzüge einer Philosophie des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

_____. *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr, 1986.

_____. **Über Freiheit und Recht.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. **Liberdade, Moral e Direito:** Elementos de uma filosofia do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. Original: *Freiheit, Moral und Recht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

_____. *Die konkretisierung Von generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger.* In: SCHAPP, Jan. **Methodenlehre und System des Rechts.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

_____. A concretização das cláusulas gerais pelo juiz a partir do exemplo da ofensa aos bons costumes na fiança prestada por parentes próximos. Trad. Laurício Pedrosa e Deborah Salomão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 24, v. 99, p. 15-38, maio/jun. 2015.

_____. **Metodologia do Direito Civil.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. vol. II.

_____. **A proibição do comportamento contraditório:** tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2 ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, José Carlos Moreira da. **Filosofia jurídica da alteridade.** Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance:** uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo; Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SORTO, Fredys Orlando. *La compleja noción de solidaridad como valor y como Derecho: la conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos*. In: LOSANO, Mario G. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

SPERB, Paula. Haitiano é agredido até a morte em Santa Catarina. **Folha de São Paulo**, Porto Alegre. 20 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1696121-haitiano-e-agredido-ate-a-morte-em-santa-catarina.shtml>>. Acesso em: 15.dez.2015.

STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. _____ . **Verdade e Consenso**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUÍÇA. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/201506140000/101.pdf>> . Acesso em 04 dez. 2015.

TAYLOR, Charles (org.). **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Ética**: do mundo da célula ao mundo dos valores. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a Nova Teoria Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 13, ano 4, jan./mar. 2003.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. tomo III.

TEUBNER, Gunter. *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Surkamp Verlag, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros**: para além do choque das civilizações. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *¿Em que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de Filosofia IV**: introdução à ética filosófica. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2004. v. IV.

_____. **Direito Civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil**: Parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. I.

_____. **Direito Civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. III.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad da 5. ed. alemã, rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

VINEY, Genevieve. *Tratado de Derecho Civil: introducción a la responsabilidad*. Trad. Fernando Montoya Mateus. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). **Diálogos de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

WALESA, Lech. **Um caminho de esperança**: uma autobiografia. São Paulo: Editora Best Seller, 1987.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1987.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

ZIMA, Peter V. *Theorie des Subjekts*. 3. Auflage. Tübingen: A. Franke Verlag, 2010.