



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

JANAINA BRAGA NORTE

O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO
CULTURALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

LONDRINA
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JANAINA BRAGA NORTE

**O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO
CULTURALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada à
Universidade Estadual de Londrina –
UEL, para a obtenção do título de
Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Doutora Marlene
Kempfer Bassoli

LONDRINA
2006

JANAINA BRAGA NORTE

**O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO
CULTURALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marlene Kempfer Bassoli

Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão

Prof. Dr. Aquiles Côrtes Guimarães

LONDRINA
2006

À minha mãe por sempre estar ao meu lado e por todo seu amor;

Aos meus irmãos, Diego e Carolina, pela amizade e força;

Ao Pierre, amor da minha vida, por todas as palavras e gestos de carinho, paciência e incentivo.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível graças à colaboração direta e indireta de muitas pessoas. Agradeço todos aqueles que me auxiliaram e de forma particular:

À Prof^a. Dr^a. Marlene Kempfer Bassoli, orientadora deste trabalho, sempre presente com palavras doces, com incentivo e com amizade, por toda a ajuda e conhecimento e, principalmente, pela pessoa especial que é.

Ao Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão, com quem tive o privilégio e a felicidade de ter aulas de Filosofia do Direito, por toda atenção a mim dispensada, bem como toda a confiança depositada.

Ao Prof. Dr. Aquiles Côrtes Guimarães, pela gentileza em aceitar o convite e pela presença admirada e respeitada.

Ao Francisco, secretário do Programa de Mestrado, que, incansavelmente, me auxiliou nesta jornada.

A todos os professores do Programa de Mestrado, pelos ensinamentos, que muito ajudaram na lapidação do conhecimento que ora se faz presente.

Aos meus colegas e amigos do Curso de Mestrado, pela riqueza dos debates, pela sincera amizade, tornando as aulas ainda mais prazerosas.

“É na experiência da vida que o homem evolui.”

NORTE, Janaina Braga. *O Fenômeno da Positivção do Culturalismo no Código Civil de 2002*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial), 174 p. Universidade Estadual de Londrina – UEL, Londrina.

RESUMO

Pela análise dos conceitos de conhecimento, cultura, valores, direito, dialética da complementaridade, fenomenologia, culturalismo, positivção, dever-ser, socialidade, eticidade e operabilidade busca-se, neste trabalho, evidenciar o fenômeno da positivção do Culturalismo no Código Civil de 2002. O estudo da teoria do conhecimento permite ver o Direito como ciência cultural, impregnada de valores. Toda essa axiologia envolvida na historicidade forma a cultura. Desse diálogo com a cultura, por meio de teorias inspiradas na fenomenologia, surge o Culturalismo na tentativa de compreender o Direito à luz dos valores. No Brasil, este movimento filosófico teve grande fecundidade com o pensamento de Miguel Reale, o qual através de sua teoria tridimensional do Direito, aliada à sua ontognoseologia, entende o Direito como fato, valor e norma. Designado supervisor da “comissão elaboradora e revisora do Código Civil”, Reale, consciente da inadequação do Código Civil de 1916 à realidade social contemporânea e guiado por suas convicções filosóficas culturalistas, elaborou um novo Código Civil fortemente influenciado por este movimento filosófico. O Código Civil de 2002 foi o instrumento jurídico que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro normas que permitem concluir pela positivção dos ideários da corrente filosófica culturalista. Direcionado pelos princípios da eticidade, da socialidade e da boa-fé, o Código Civil de 2002, imprimiu ao Direito privado um caráter mais social e ético ultrapassando os limites do estrito normativismo. Fundamentado na idéia de complementaridade do ordenamento jurídico, institui as cláusulas gerais e conceitos indeterminados possibilitando a comunicação intertextual do ordenamento jurídico e conferindo maior mobilidade ao sistema. As mais importantes cláusulas gerais são a função social e a boa-fé e estão presentes em todo o Código Civil. Diante dessa mudança de paradigma, instituída pela nova Lei Civil, o intérprete deve ajustar-se ao novo, pois interpretar o novo com os olhos do velho seria extremamente prejudicial para a nova codificação. A interpretação do novo Direito Civil deve ser consoante aos novos paradigmas e adequam as normas ao contexto sociocultural permitindo uma justa e eficiente concreção do Direito.

NORTE, Janaina Braga. *The Phenomenon of Positivation of Culturalism in the Civil Code of 2002*. 2006. Dissertation (Masters in Negotial Law), 174 p. Universidade Estadual de Londrina – UEL, Londrina.

ABSTRACT

This study attempts to show the phenomenon of positivation of Culturalism in the 2002 Civil Code through the analysis of the concepts of knowledge, culture, values, law, complementarity dialectics, phenomenology, culturalism, positivation, sociality, ethnicity and operability. The intertext with the theory of knowledge allows seeing the law as a cultural science, impregnated with values. All of this axiology involved in the historicity forms the culture. From this dialogue with culture, through theories inspired in the phenomenology, Culturalism emerges in the attempt to comprehend the law in light of the values. In Brazil, this philosophic movement had great fecundity with the thought of Miguel Reale, which through his tri-dimensional theory of Law, allied to his ontognosiology, understood Law as fact, value and norm. Designated supervisor of the “elaborating and revising commission of the Civil Code”, Reale, aware of the inadequacy of the 1916 Civil Code to the contemporary social reality and guided by his philosophical culturalist convictions, elaborated a new Civil Code strongly influenced by this philosophical movement. The 2002 Civil Code was the legal instrument that brought norms to the Brazilian legal order that allow to conclude by the positivation of the current philosophical culturalist conceivers. Guided by the principles of ethnicity, sociality, and good faith, the 2002 Civil Code communicated a more social and ethic character to the private Law, going beyond the limits of strict normativism. It is founded on the idea of complementarity of the legal order, instituting the general clauses and indeterminate concepts making intertextual communication of the legal order possible and conferring greater mobility to the system. The most important general clauses are the social function and good faith and are present throughout the Civil Code. Faced with this paradigm change, instituted by the new Civil Law, the interpreter must adjust to the new, since interpreting the new with the eyes of the old would be extremely harmful to the new codification. The interpretation of the new Civil Code must be according to the new paradigms, adapting to the social-cultural context and allowing a just and efficient solidification of the Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO COMO CIÊNCIA CULTURAL.....	15
1.1 O Direito na Teoria do Conhecimento	15
1.2 A Cultura e os Valores na Teoria do Conhecimento	24
1.3 Direito e Cultura	28
2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CULTURALISMO	33
2.1 As Raízes do Culturalismo	35
2.2 O Culturalismo no Brasil.....	43
2.2.1 O Culturalismo de Miguel Reale.....	49
3 O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO CULTURALISMO	56
3.1 No Ordenamento Jurídico	61
3.2 No Ordenamento Jurídico Brasileiro	63
3.2.1 A Constituição como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro.....	64
3.3 No Direito Civil.....	70
3.3.1 O anteprojeto do Código Civil de 2002.....	73

3.3.2 A constitucionalização do Direito Civil.....	76
4 A POSITIVAÇÃO DO CULTURALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	83
4.1 Cláusulas Gerais.....	88
4.1.1 Função social.....	92
4.1.2 Boa-fé.....	95
4.1.3 Segurança jurídica.....	98
4.2 Reflexos da Positivação do Culturalismo no Código Civil de 2002.....	102
4.2.1 Na Parte Geral.....	103
4.2.2 Na Parte Especial.....	107
4.2.2.1 LIVRO I – Do Direito das Obrigações.....	107
4.2.2.2 LIVRO II – Do Direito de Empresa.....	111
4.2.2.3 LIVRO III – Do Direito das Coisas.....	126
4.2.2.4 LIVRO VI – Do Direito de Família.....	130
4.2.2.5 LIVRO V – Do Direito de Sucessões.....	132
5 PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL DIANTE DO ATUAL CÓDIGO.....	135
5.1 Situando o Direito Civil no Âmbito do Estado Democrático de Direito.....	135
5.2 Os Novos Paradigmas e a Modernidade Tardia.....	137

5.3 Um Novo Olhar para o Direito Civil.....	140
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	150
ANEXOS.....	161

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende relacionar o movimento filosófico culturalista ao Direito. Versa, de modo especial, sobre a influência do Culturalismo no Código Civil Brasileiro de 2002, enfatiza sua positivação no ordenamento e analisa as principais alterações e conseqüências dos dispositivos legais que regem as relações privadas.

Aborda o papel do Direito e da cultura na teoria do conhecimento. Demonstra a relação de conhecimento, os dois elementos que a integram, sujeito e objeto, e a cultura como condição transcendental do ato de conhecer.

Para uma melhor compreensão do movimento filosófico culturalista, conta com a exposição de seus principais precursores alemães, a fim de evidenciar seus fundamentos teóricos, bem como demonstrar o legado desta corrente filosófica no mundo até os dias correntes.

Mostra que o pensamento culturalista foi uma importante contribuição para a produção filosófica brasileira. O interesse pelo estudo da cultura sob o prisma filosófico remonta a Tobias Barreto, precursor da Escola de Recife. No período contemporâneo, as teses culturalistas são retomadas e aprofundadas, figurando, como seu maior expoente, Miguel Reale.

Evidencia que o jurista-filósofo brasileiro situa-se no plano do neokantismo da Escola de Baden, que se distancia bastante do neokantismo da

Escola de Marburgo. Nesta o Direito foi considerado estritamente formal e ensejou o surgimento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Enquanto a Escola de Baden contribuiu para a reflexão sobre os conceitos de valor e de cultura.

Trata do fenômeno da positivação do Culturalismo por meio de conceitos fenomenológicos capazes de evidenciar a relação entre os *valores* e o *dever-ser*.

Pretende demonstrar a inadequação do Código Civil de 1916 à Constituição Federal de 1988 e como o ordenamento jurídico brasileiro, de fundamento constitucional, autoriza aquele processo de positivação.

Explica que tal positivação culmina na elaboração do Código Civil de 2002 pelo fato do Direito Privado necessitar de uma atualização de seus conceitos aliada ao processo de constitucionalização do Direito Civil.

Demonstra que a nova Lei Civil cumpre a função de renovação do Direito Privado, afastando-o do liberalismo, do individualismo e do patrimonialismo presentes no Código Civil de 1916 e aproximando as relações privadas aos fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, socializante e universalizante.

Diante deste contexto, a pesquisa pretende examinar o fenômeno da positivação do movimento culturalista no atual Código Civil.

Explica que, em consonância com o espírito culturalista, o Código Civil de 2002 conta com cláusulas gerais e princípios sociais, éticos e garantidores

de uma maior operabilidade de seus dispositivos, os quais proporcionam uma maior mobilidade ao Direito para adequá-lo às situações concretas.

Destaca as cláusulas gerais da função social e da boa-fé. Confronta a técnica aberta destas cláusulas com os métodos de regulamentação casuística, para analisar a questão da segurança jurídica.

Mostra que, com esse espírito renovador, o Código Civil trouxe dispositivos legais aptos a conferir uma nova racionalidade ao Direito Privado. Evidencia essa nova feição do Direito Civil Brasileiro indicando alguns artigos do novo diploma civil que traduzem a positivação do Culturalismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante destas inovações, busca analisar quais as perspectivas do atual Código Civil perante o Estado Democrático de Direito e estuda como esses novos paradigmas poderão assegurar maior justiça social em um país marcado por desigualdades.

Analisa, ainda, que o atual Código Civil, de embasamento filosófico culturalista, impõe uma mudança de paradigma e uma proposta de uma nova racionalidade para a interpretação do Direito Privado.

Propõe um novo olhar para o Direito Civil, através de uma hermenêutica constitucional, pós-positivista, capaz de concretizar as promessas do Estado Democrático de Direito.

1 O DIREITO COMO CIÊNCIA CULTURAL

1.1 O Direito na Teoria do Conhecimento

É importante esclarecer a idéia de conhecimento. Embora muitos procurem adquiri-lo a vida inteira, poucos conseguem conceituá-lo, uma vez que é difícil conhecer seus limites e suas características.

Conhecimento estabelece e quer significar, sempre, uma relação. Os gregos chamavam o conhecimento de *gnose* (relação do saber), de onde vem o termo Gnoseologia (estudo da relação do saber, do conhecimento). Essa relação, para os filósofos clássicos (de Sócrates a São Tomás de Aquino), era denominada ontologia, pois compreendia o *ser enquanto ser*. Por ser extremamente metafísica, nunca foi considerada uma teoria do conhecimento autônoma. Na filosofia moderna, Kant a chamou de Gnoseologia¹, retomando o termo grego, e compreendeu o conhecimento em função do sujeito cognoscente².

Afirma-se que, na relação de conhecimento, o sujeito tem a capacidade de apreender, em termos intelectuais ou em termos abstratos, o objeto a ele apresentado. Com isso, é possível alegar que a *gnose* é justamente a

¹ “Não é exato dizer que a Gnoseologia tenha se constituído como parte autônoma graças ao criticismo de Kant. Kant marca um ponto culminante no processo de pensamento, que já encontra suas raízes no próprio período clássico ou medieval”. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 44.

² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 44-45.

apreensão do objeto pelo sujeito, desde que o objeto seja dado a este sujeito e este sujeito dado ao objeto.

Têm-se dois elementos nesta relação: sujeito de um lado e objeto, de outro; sujeito que quer conhecer e objeto que quer ser conhecido.

Não basta um sujeito e um objeto, isolados. O sujeito em si não estabelece uma relação de conhecimento, tampouco o objeto. A relação de conhecimento só se verifica quando há uma interligação entre sujeito e objeto.

O conhecimento não é apenas uma relação, mas uma correlação entre sujeito e objeto (filosofia contemporânea – Ontognoseologia – Miguel Reale), porque o sujeito só é sujeito se estiver em relação ao objeto e o objeto só é objeto se estiver em relação ao sujeito, quer dizer, no que concerne ao conhecimento tanto o sujeito como o objeto por si só não significam nada. Um existe somente enquanto existe para o outro, logo é muito mais uma correlação entre dois entes, do que uma relação³.

Nessa correlação, para que o sujeito consiga apreender, captar a essência ontognoseologica do objeto (segundo Miguel Reale), quer dizer, o seu ser, para conhecer a sua essência, seu núcleo, tem que utilizar determinado caminho, o qual é chamado de método.

³ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 86.

Segundo Aquiles Côrtes Guimarães, “...o método pressupõe um conjunto de racionalidades a serem obedecidas visando à explicitação de um dado objeto como finalidade primordial da investigação”⁴.

É um instrumento, não um elemento da relação gnoseológica, utilizado pelo sujeito para conhecer o objeto. Sem ele não se pode falar em ciência. Para o conhecimento, tem-se, então, uma trilogia: sujeito, objeto e método.

O método varia de acordo com o objeto e não de acordo com o autor (sujeito). O objeto determina os limites do sujeito e, em tese, da relação de conhecimento.

Para os objetos das *hard sciences*, as ciências “duras”, como a Matemática, Física ou Biologia (também chamadas de ciências naturais), aplica-se um método para que o sujeito conheça aqueles objetos determinados. Nas ciências culturais, como, por exemplo, o Direito e a Ética, para que o sujeito atue na relação de conhecimento, o método utilizado será outro. Recorda Reale que “...cada método deve adaptar-se a seu objeto, de maneira que muitos equívocos resultaram do fato de se pretender transladar para o campo das ciências culturais meios de pesquisa consagrados no setor das ciências físico-matemáticas (sic)”⁵.

⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 05.

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 148.

Da mesma forma que o método empregado para conhecer as ciências naturais não é o mesmo utilizado para conhecer as ciências culturais, o papel que o sujeito desenvolve também é diferente.

Nas ciências naturais, o sujeito exerce um papel de valor neutro, pois se trata do mundo do dado, do ser (e o que é, simplesmente, é). Nas ciências culturais (e, especificamente, na ciência do Direito), o sujeito exerce papel de valoração, já que trata do mundo do construído; não do ser, mas do dever-ser⁶. O papel do sujeito nessa relação é relevante, porque influencia diretamente a relação do conhecimento, dá a essa relação um conteúdo material, informando-a axiologicamente, e mais ainda, constituindo-a.

Recasens Siches assevera:

“As ciências da natureza explicam seus objetos, os fenômenos naturais, descobrindo suas causas e registrando os efeitos ulteriores que lhes dão lugar, e nada mais. Contrariamente, tal método da explicação causal não serve às ciências que se preocupam com objetos humanos, ou seja, as chamadas disciplinas de objetos culturais ou históricos. Esses objetos humanos, a vida objetivada, fogem de uma simples e única explicação causal; somente são aprendidos em sua essência a medida em que são entendidos, compreendidos, enquanto seu sentido.”⁷.

⁶ SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46-47.

⁷ “Las ciencias de la naturaleza explican sus objetos, los fenómenos naturales, descubriendo sus causas y registrando los ulteriores efectos a que dan lugar, y nada más. Por el contrario, tal método de explicación causal no les sirve a las ciencias que se ocupan de objetos humanos, es decir, a las llamadas disciplinas de objetos culturales o históricos. Esos objetos humanos, la vida objetivada escapan a una mera y exclusiva explicación causal; solo son aprehendidos en su ser peculiar en la medida en que además son *entendidos, comprendidos*, en cuanto a su sentido.” - SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, 5ª ed., México: Editorial Porrúa S.A., 1975, p. 100.

O Direito é uma ciência cultural, posto que, se for eliminado da mente do homem o que é jurídico, nada será jurídico. O jurídico está no consciente humano, uma vez que é criação da humanidade.

É a consciência que permite ao homem conceber uma teoria do conhecimento capaz de perceber o universo jurídico. Aquiles Côrtes Guimarães ensina:

“Os fundamentos do direito estão situados no plano da intencionalidade descritiva das essências. Ou seja, a consciência intencional, ao descrever as essências, está doando sentidos à vida jurídica, que é, fundamentalmente, conduta humana nas suas relações intersubjetivas (Cossio). Portanto, é a consciência humana que descobre o direito na sua facticidade e na sua normatividade.”⁸

O Direito existe porque a consciência intenciona, o que quer dizer, “...os *fundamentos do direito* estão vinculados a esse núcleo comum que é a consciência doadora de sentidos, única fonte de toda a articulação da vida social e histórica”⁹.

Sendo o Direito uma ciência cultural, eminentemente influenciada pelo pensar do homem, é certo que deve ser compreendida e não simplesmente explicada. “Explicar implica o uso de categorias explicativas previamente elaboradas. Compreender implicar ir às ‘coisas mesmas’, voltar ao mundo com a visada compreensiva do ser da realidade do mundo da vida”¹⁰.

⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 53.

⁹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 16.

¹⁰ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. 47.

Enquanto o mundo do *ser* (nas ciências naturais) é de demonstração, de explicação, o mundo da cultura (o mundo dos valores) não se explica, não se demonstra, mas se intui e se compreende.

Ser e *dever-ser*, então, presidem dois hemisférios no plano gnoseológico¹¹. E, segundo Windelband, Rickert ou Radbruch, a cultura é inconcebível sem a dialética entre *ser* e *dever-ser*¹².

A idéia de *dever-ser*, para o Direito, segundo Reale (teoria tridimensional), pressupõe a idéia de valor e norma. Só valores e normas podem ser objetos do *dever-ser*. Se não houvesse valores e normas, nada *deveria-ser*. Assim, "...sendo o Direito um fato histórico-cultural, que é e, concomitantemente, *deve-ser*, a sua ciência não pode deixar de ser compreensiva"¹³.

O conhecimento pode ser classificado em várias espécies. Conforme o critério adotado por Miguel Reale¹⁴, Luiz Fernando Coelho¹⁵ e David Schnaid¹⁶, os quais o identificam de acordo com o seu grau de alcance, é possível identificá-lo como:

¹¹ Ao falar de Gnoseologia, há referência ao conhecimento *lato sensu*, do conhecimento em geral pertencente ao plano da Filosofia. Quando houver referência à *Epistemologia*, tem-se um conteúdo específico do conhecimento. Por isso, fala-se de uma teoria da ciência (jurídica, sociológica, médica), no sentido epistemológico e não mais no sentido genérico, ou no sentido gnoseológico, de pura teoria do conhecimento.

¹² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 189.

¹³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 87.

¹⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 54-56.

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27-29.

¹⁶ SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**, p. 25-31.

A) Conhecimento vulgar ou de primeiro grau: é conhecido como o conhecimento casuístico, ou casual, sem qualquer base científica ou demonstrativa. É um conhecimento irregular, desordenado, assimilado de forma assistemática e muitas vezes incompleta. Isso não significa que este conhecimento seja errôneo. Dentro de suas características pode ser um conhecimento tão correto quanto o científico. É adquirido durante a vida e, talvez, a maior parte do aprendizado tenha sua origem no conhecimento espontâneo.

B) Conhecimento científico ou de segundo grau: é um conhecimento ordenado. É o chamado saber pelas causas, em que se buscam a origem do conhecimento, a sua causa, a sua base ontológica e epistemológica. É um conhecimento disciplinado, ordenado. Nas ciências físicas é demonstrado, e nas ciências culturais é compreendido, entendido. É fundamentado em forma lógica, em bases conceituais sólidas, vinculado a princípios vetores e, sobretudo, é um conhecimento inter-relacional. Assim, quem tem conhecimento científico não tem conhecimento isolado.

Ademais, é um conhecimento que estabelece a causa, o motivo, o fundamento do ser enquanto ser. Tem regras próprias e leva à sistematização, sendo intra- e parassistemático.

C) Conhecimento filosófico ou conhecimento de terceiro grau: é um conhecimento livre, altamente crítico. Não pertence à ciência, situa-se fora dela. Enquanto o conhecimento científico (a ciência) pode ser crítico quanto ao seu objeto, o conhecimento filosófico vai mais longe, criticando a própria ciência que ele tem como objeto; é por isso que se fala em Filosofia da Ciência.

O que caracteriza o conhecimento filosófico é seu alto nível, o fato de ser um conhecimento aberto, livre, fundado em pressupostos axiológicos. É por excelência crítico. Não se prende a sistemas e ordenações. É extra-sistemático, vinculado à história, ao desenvolvimento do pensamento e, portanto, fluido.

A ciência não pode ser “enjaulada” na Filosofia, pois o conhecimento filosófico não está preso à lógica; esta pode ser utilizada para a crítica da ciência, ao passo que o conhecimento científico está vinculado à lógica, caso contrário não haverá sistematização da ciência. Eis aí a diferença: a Filosofia não precisa ordenar, precisa indicar pontos positivos e negativos, e tem a própria ciência como seu objeto de crítica, por isso é conhecimento de terceiro grau.

A exteriorização do conhecimento se dá através da linguagem. Lourival Vilanova afirma: “...mediante a linguagem fixam-se as significações conceituais e se comunica o conhecimento”¹⁷.

Os mencionados tipos de conhecimento são expressões da linguagem segundo o grau e o modo de elaboração das mensagens. A linguagem natural exterioriza o conhecimento vulgar e aparece como instrumento por excelência da comunicação entre as pessoas. É espontaneamente desenvolvida e não encontra limitações rígidas. A linguagem científica que exprime o conhecimento científico, apesar de ter origem na linguagem comum, passa por um processo de depuração, em que se substituem as locuções carregadas de imprecisões significativas por termos, na medida do possível, unívocos e suficientemente aptos para indicar, com exatidão, os fenômenos descritos. E, a linguagem filosófica, responsável pela expressão do conhecimento filosófico, é peculiar, requer uma linguagem saturada de valores, com terminologia própria, para habilitar a investigação que retroverte sobre o próprio conhecimento, a realidade circundante, o universo interno, na procura do ser em sua totalidade universal¹⁸.

Como expressão do conhecimento a linguagem atua em vários sentidos. “Ora expressa estados interiores do sujeito, ora expressa situações e objetos que compõem a textura do mundo externo”¹⁹. Assim como o Direito, ela deve ser compreendida, pois,

“...compreender é ultrapassar os limites das categorias, dos *conceitos* e atingir a ordem daquilo que é próprio ao universo humano, do espírito. Compreender é operar um salto qualitativo do universo da normatividade impositiva ao reino da *luminosidade* hermenêutica onde estão situados os *sentidos* e os horizontes infinitos da vida social.”²⁰

A linguagem é utilizada como instrumento decisivo na positivação do conhecimento, uma vez que, utilizando a razão, exterioriza o mundo da experiência e toda a transcendentalidade do saber.

¹⁷ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 01.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagens – Hierarquia de Linguagens (Capítulo II – Apostila do Curso Filosofia do Direito I – Lógica Jurídica), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo, p. 27-31.

¹⁹ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 02-03.

²⁰ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 20.

O Direito é uma forma de conhecimento, visto que é uma relação bipolar que envolve sujeito e objeto. Dentro da ciência do Direito, esta relação entre sujeito e objeto, é chamada de relação jurídica, cuja definição deriva do próprio conceito de relação, ou seja, de referência, de ligação, de vinculação. O que o Direito faz é, apenas, utilizar um método para estudar o fenômeno de relacionamento dos seres humanos entre si, os quais se entrelaçam em relações jurídicas.

Para esta pesquisa, o Direito será analisado sob o prisma ontognoseológico proposto por Miguel Reale, o qual não vê, senão sob esse prisma, sentido no estudo do conhecimento que analisa separadamente uma teoria do sujeito e outra teoria do objeto, em razão de considerar a interdependência entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível.

Reale afirma:

“No nosso modo de ver, no entanto, não existe propriamente retorno à teoria clássica do ser, como um ‘dado’ de que devesse partir a Gnoseologia, mas ao contrário, uma tendência no sentido de uma indagação do conhecimento que seja, inseparavelmente, uma teoria do ‘objeto’ e do ‘sujeito’, levando em conta a correlação essencial e dinâmica entre o sujeito pensante e o ‘algo’ cognoscível”²¹.

Outro ponto a ser fixado é o Direito como uma ciência cultural, visto ser uma ciência impregnada de valores.

1.2 A Cultura e os Valores na Teoria do Conhecimento

As ciências são momentos essenciais de uma cultura, e sua dimensão histórica só pode ser entendida através de uma compreensão universal.

Nesse sentido, Miguel Reale afirma:

“...a questão do conhecimento não pode se reduzir a uma relação puramente lógica entre ser cognoscente e realidade cognoscível, porquanto um e outra se situam *ab initio* em um contexto cultural, alargando-se, desse modo, o espectro da transcendentalidade.”²².

²¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 50.

²² REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**, São Paulo: Saraiva, 2000, p.28.

O sujeito cognoscente em um determinado meio sofre influências e não pode ser considerado abstratamente, visto que é um ser em constante evolução submetido a fatores históricos e culturais.

Ao conhecer, isto é, valorar determinado objeto, o homem lhe atribui um predicado capaz de traduzir seus interesses e impressões²³. Esta doação de sentido aos objetos é fruto da consciência, que só os seres racionais possuem.

“Doar sentido significa, antes que tudo, um empreendimento de redescoberta do mundo. Toda a história do processo civilizatório da humanidade está comprometida com a intencionalidade da consciência, tendo em vista que nenhuma civilização foi construída sem que consciências engendrassem os seus valores, impondo suas regras, criando e orientando a formação da sua cultura”²⁴.

No mesmo sentido, Aquiles Côrtes Guimarães segue afirmando que “...nada existe no mundo da cultura fora dos horizontes da *iluminação* da consciência”²⁵, ou seja, “...todos os valores emanam da consciência, assim como todos os *desvalores* também nela se enraízam”²⁶.

Verifica-se, então, que em uma relação de conhecimento “...o objeto está diante do sujeito, da pessoa humana, da intencionalidade da consciência como única possibilidade de captação dos seus sentidos”²⁷.

O papel assumido pelo sujeito nessa relação está inserido em um processo histórico-cultural, fazendo com que haja uma alteração no paradigma da teoria do

²³ SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**, p. 47.

²⁴ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. 11-12.

²⁵ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 25.

²⁶ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 36.

²⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. 13.

conhecimento, pelo fato de tornar o sujeito mais concreto afastando-o da abstração. Assim, Kant limitou-se a perquirir o conhecimento a partir da análise do sujeito transcendental, Husserl se preocupou com o objeto para o qual se volta a consciência intencional do sujeito e Reale considerou que tal indagação deveria situar-se em um contexto cultural.²⁸

O plano cultural do conhecimento é importante para as ciências ideográficas, principalmente, para a ciência do Direito. Judith Martins-Costa, com muita propriedade, destaca:

“...para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa. Daí o *a priori* cultural, o qual não é todavia absoluto e imutável: toda cultura é histórica, constituindo, sempre um *processo de realização de valores* que se compõe, continuamente, na dimensão do tempo cultural”²⁹.

Contudo, foi Nicolai Hartmann que, ao formular a teoria dos valores, aproximou a cultura da teoria do conhecimento. Segundo aquela teoria, os valores “...não são criação humana mas existem no universo independentemente de serem ou não realizados, compreendidos ou sequer (sic) percebidos por quem quer que seja”³⁰. Não obstante o idealismo platônico dos valores, seu pensamento influenciou o de diversos filósofos do Direito, inclusive, no Brasil, Miguel Reale.

Reale considera que a cultura “...marca uma referibilidade perene do que é natural ao mundo dos valores, não é menos certo que, sem ela, a natureza não

²⁸ REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**, p. 27.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.819, p. 28, 2004.

³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 07.

teria significado e os valores mesmos não seriam possíveis”³¹. Sendo assim, somente com uma consciência cultural é possível admitir a existência de valores.

Miguel Reale, em sua obra **O homem e seus horizontes**, aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é “...uma *forma* resultante da correlação tensional entre *fatos e valores*”.³²

Nas ciências culturais, entre as quais se encontra o Direito, o sujeito desempenha um papel axiologicamente orientado. Afirma-se, assim, que ele não constrói juízo de valor sem fim e, por isso, toda valoração aponta uma significação.

Nesse universo dinâmico, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez,

“...uma espécie de experiência cultural, uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem, apresentando-se sempre como síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história”.³³

Reale afirma: “...a Teoria do Conhecimento deve ser estudada em conexão com a Teoria da Cultura”³⁴. Desse modo, não há conhecimento completo e absoluto sem que seja considerado o mundo circundante, da mesma forma como não se pode analisar o Direito desconsiderando-se as condições históricas, socioculturais da sociedade, pois, ao ser o conhecimento sempre um ato cultural, deve-se reconhecer que a cultura está tão presente no ato de conhecer, quanto o sujeito e o objeto.

³¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 189.

³² REALE, M. **O homem e seus horizontes**. São Paulo: Topbooks, 1997.p.20.

³³ REALE apud MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, p. 28.

³⁴ REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**, p. 29.

1.3 Direito e Cultura

Cultura é “...o complexo dos padrões de comportamento, das crenças, das instituições e doutros valores espirituais e materiais transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade”³⁵, ou ainda pode ser “o desenvolvimento de um grupo social, uma nação, etc., que é fruto do esforço coletivo pelo aprimoramento desses valores”³⁶.

Miguel Reale a define como “...o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo.”³⁷.

Luis Recasens Siches afirma:

“...a cultura se desenvolve como um conjunto da vida humana; e tem seu sentido primordial dentro da existência do homem. A cultura é algo que o homem faz em sua vida; e que faz não por acidente nem por causalidade, mas porque lhe vem imposto pelas suas necessidades vitais.”³⁸.

Dessas definições, infere-se que todas as relações estabelecidas entre os homens envolvem laços culturais e, conseqüentemente, juízos de valor.

Sabe-se que as relações humanas são todas valoradas, em maior ou menor intensidade e são regidas por leis, chamadas de leis culturais.

Estas caracterizam-se por se referirem a valores (axiologia) e se direcionarem a uma finalidade (teleologia). Diferem, portanto, das leis naturais que exprimem simplesmente uma situação de causa e efeito, circunstâncias que iriam acontecer ou não, independentemente de qualquer juízo de valor emitido pelo homem.

³⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 191.

³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. p. 191.

³⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 25.

³⁸ “...la cultura se desenvuelve como un conjunto de la vida humana; y tiene su sentido primordial dentro de la existencia del hombre y para este. La cultura es algo que el hombre hace en su vida; y que lo hace no por accidente ni por casualidad, sino porque le viene impuesto por las necesidades de su vida.” - SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, p. 101.

As leis naturais decorrem das ciências descritivas do real e exprimem sínteses do fato natural. Enquanto que as culturais caracterizam-se por sua referibilidade a valores³⁹.

Quando uma lei cultural implica o reconhecimento de um comportamento obrigatório, sujeito a uma sanção, tem-se a chamada regra ou norma. Sem perder de vista que o Direito é uma ciência cultural⁴⁰ afirma-se que a norma jurídica é uma lei cultural. “Por isto mesmo, toda norma jurídica cristaliza um *valor* que, em última instância, decorreu da cultura. Ou seja, norma jurídica é fruto da cultura.”⁴¹.

O Direito é obra de uma experiência racional e axiológica, ditada pelas efetivas relações sociais que, de acordo com determinados valores, se afirmam e confirmam no tempo cultural.

Lourival Vilanova assinala:

“O direito é um fenômeno histórico. Tem origem e tem uma trajetória de evolução própria. Não é algo estável. A sua variação obedece às circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura. As normas, cuja pluralidade constitui o sistema jurídico vigente para cada cultura, apresentam conteúdo vário e mutável.”⁴².

Por ser o Direito fenômeno histórico e social, é mutante por natureza, reflete o ideário e as aspirações de um povo em um determinado espaço e tempo. Aquiles

Côrtes Guimarães ensina:

“...a produção do direito se dá na constância do fluxo do tempo e se subordina à trama das circunstâncias históricas nas suas oscilações inesperadas. Ou seja, posto em circulação num determinado momento, o direito é, constantemente, objeto de confronto com a facticidade, que o leva a reinvenções infinitas no curso obscuro da história”⁴³.

³⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p.27 e 29.

⁴⁰ “O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores.” – RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, trad. Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

⁴¹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 14.

⁴² VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Vol.1. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003, p. 33.

⁴³ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 22.

Partindo do princípio de que todos os conhecimentos derivam da experiência, o Direito também possui a mesma origem. Lourival Vilanova afirma: “...para a experiência o Direito apresenta-se como um objeto inconfundível, dotado de atributos próprios, uma síntese numa multiplicidade de propriedades específicas.”⁴⁴. Nesta aglutinação há a invocação de fundamentos da fenomenologia: incita-se a reflexão sobre o homem com todos os significados históricos que dele possam emanar.

O pensamento fenomenológico surge como resposta às Escolas da Exegese (francesa) e Pandectista (alemã), bem como a toda positividade que delas emergiram.

Aquiles Cortes Guimarães explica:

“...a fenomenologia, tal como concebida por Edmund Husserl, se constitui numa lógica transcendental a serviço da evidenciação do mundo da vida (Lebenswelt). Mundo da vida que se mostra à consciência na sua ‘primatividade’, mas que deve ser concebido como objeto de constituição na subjetividade transcendental”⁴⁵.

A partir da fenomenologia, Miguel Reale desenvolve sua filosofia da cultura e realiza o estudo de valores que determinam a experiência jurídica.

É através do confronto das visões da teoria do conhecimento e da teoria da cultura sobre o Direito, da chamada dialética da complementariedade, “...em virtude da qual o momento normativo se afirma como momento por excelência, mas sem se

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, p. 21.

⁴⁵ GUIMARÃES, Aquiles Cortes. Conferência em homenagem a Miguel Reale pronunciada na Academia de Filosofia no dia 27 de julho de 2005.

destacar, como mera forma abstrata, dos complexos fáticos e axiológicos a que se referem”⁴⁶, que surge o Direito de base ontognoseológica.

Diz Miguel Reale:

“O processo ontognoseológico é um processo de concreção e de complementariedade ‘subjéctiva-objéctiva’, cujos pressupostos transcendentais cabem à Filosofia perquirir: essa unidade é suscetível, no entanto, de uma análise abstrativa, ou no sentido do sujeito ou no sentido do objeto, passando-se, desse modo, a um plano diverso, necessariamente realístico e abstrativo, que é o plano das ciências positivas, mas, nem por isso, concebível fora do âmbito ontognoseológico, que é comum a todas as formas de conhecimento.”⁴⁷.

Considerando-se o Direito, essencialmente, composto por relações sociais, dotadas de valores individuais, pode-se afirmar que a ciência jurídica é de ordem axiológica.

Na ordem axiológica, para a existência dos homens, há possibilidade de alguns valores se sobreporem aos outros, como condição para sua realização. Esta hierarquização, construída pelo homem, pode ser identificada em diferentes momentos históricos e é fruto de anseios e conquistas.

À medida que vivencia os valores, a sociedade passa a considerar alguns como irrenunciáveis. Estes se tornam universais e, ao serem positivados, são qualificados como valores jurídicos ganhando proteção do ordenamento. Podem-se citar como exemplos: a dignidade da pessoa humana, a função social de entes públicos e privados, a boa fé objetiva, entre muitos outros.

⁴⁶ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, p. 259.

⁴⁷ REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2ªed.,Campinas: Bookseller, 2000, p. 108.

Para haver coexistência entre os diversos valores, o mundo da cultura impõe a ordem do *dever-ser*. “A tutela jurídica da vida, da honra, da liberdade, do patrimônio e tantas outras tutelas denunciam simplesmente que existem valores fundamentais concebidos pelo homem que não podem ser deixados ao sabor da sua suposta *racionalidade*”⁴⁸.

Uma das finalidades do Direito é preservar e garantir estes valores supremos e os que deles defluem. Conclui-se que a experiência jurídica é marcada pela positivação de valores e que este processo garante a preservação e vivência de ideais como liberdade, igualdade e fraternidade.

2. O CULTURALISMO

A origem do movimento culturalista fundamenta-se nos estudos kantianos sobre *natureza, valor e cultura*. Tal movimento surgiu como tentativa de explicar questões deixadas em aberto por Kant e não respondidas pelo neokantismo.

O neokantismo ou criticismo jurídico, por sua vez, é a denominação dada às doutrinas que pretendem aplicar os princípios e métodos críticos do sistema de Kant no âmbito da Filosofia do Direito, afirmando que o

⁴⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, p. 38.

conhecimento do Direito ou da Justiça resulta não apenas da experiência mas também de conceitos existentes *a priori* na consciência humana⁴⁹.

O Culturalismo busca explicar mais claramente esses conceitos preexistentes, estudando toda a cultura, toda a experiência para chegar ao conhecimento do Direito.

Este movimento filosófico nasceu como reação ao cientificismo positivista, marcando o caminho para um ordenamento jurídico voltado à reconstrução social.

Tem seu campo de atuação, também, nas ciências jurídicas, em razão de ser o Direito é pleno de elementos axiológicos, que só podem ser admitidos pela atuação do sujeito na relação de conhecimento.

Luiz Fernando Coelho explica: “...as correntes culturalistas entendem que os valores integram o ser jurídico e que a interpretação das leis deve enfatizar a efetiva realização desses valores.”⁵⁰.

Através da aproximação da filosofia culturalista à ciência do Direito pretende-se, por meio dos estudos da cultura e da experiência, alcançar o conhecimento do Direito. Segundo este movimento, o homem não é mais visto dentro de uma visão determinista, mas inserido no mundo da cultura e encarado do ponto de vista da consciência. Assim, o Direito pertence ao reino cultural, pois não

⁴⁹ LIMA, Paulo Jorge. **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1968, p. 56.

⁵⁰ COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**, Barueri, SP: Manole, 2004, p. 361.

pode ser explicado segundo suas causas, mas deve ser entendido por seus sentidos ou valores.

Carlos Cossio, em sua obra *La Teoria Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, exprime essa tentativa de aproximação. Mas, como bem alerta Coelho,

“...a tridimensionalidade da relação entre os componentes do fenômeno jurídico, em Cossio, não é uma tridimensionalidade dialético-objetiva de fato, valor e norma, presente no histórico e no ideológico[...], pois, o egologismo, ao identificar o direito com o *factum* da conduta em interferência intersubjetiva, concede prevalência no plano ontológico ao puro fato”.⁵¹

Esse aspecto não passou despercebido pelo jurista-filósofo brasileiro Miguel Reale, que agrupou a essa doutrina o seu tridimensionalismo genérico – fato, valor e norma. Para este autor, a Teoria do Direito volta-se efetivamente para a concreção da experiência histórico-cultural:

“No contexto da ontogneseologia realeana, a dialética é vista como implicação polaridade, decorrência da correlação necessária entre sujeito e objeto, a qual preside o processo gnósico tanto no plano teórico quanto no da experiência, ou seja, considera-se ‘uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais termos, os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo, ao mesmo tempo, irreduzíveis uns aos outros; tais elementos distintos ou opostos da relação, por outro lado, só têm plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e dessa unidade participam’”.⁵²

Acresce Miguel Reale, o Culturalismo é “...uma concepção do Direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do

⁵¹ COELHO, Luis Fernando. **Teoria Crítica do Direito**, p. 285.

⁵² REALE apud COELHO, L.F. **Teoria Crítica do Direito**, p. 285-286.

Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social”⁵³.

Para o Culturalismo, o Direito, só é compreensível como bem cultural: quando o momento normativo da elaboração legislativa consistir no momento da concreção de fatos e valores.

2.1 As Raízes do Culturalismo

Antônio Paim, ao sistematizar historicamente a filosofia culturalista, em sua obra **Problemática do Culturalismo**⁵⁴, discorreu, no capítulo I, sobre a evolução histórica do Culturalismo. Ao iniciar suas ponderações considera que a razão da Alemanha ter sido o país precursor das idéias culturalistas deve-se, principalmente, a duas circunstâncias.

A primeira seria a história política deste país. Ao grande florescimento cultural que teve durante sua reconstrução na pós Primeira Guerra Mundial. Seguido pela imposição da ditadura nazista, em 1933, responsável pelo destroçamento dos principais centros culturais, que foram definitivamente banidos com a Segunda Guerra Mundial. E, a segunda é decorrente da própria tradição filosófica alemã, fortalecida pela sua história de destruição e construção.

Lembra o referido autor que a escola culturalista alemã tem marcado presença, mais fortemente, desde 1890 e teve três grandes ciclos.

⁵³ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 08.

⁵⁴ PAIM, Antônio. **Problemática do Culturalismo**, Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 15 e segs.

O ciclo inicial ficou conhecido como Escola de Baden, pelo fato de grandes filósofos expoentes desse pensamento, como Wilhen Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask, Gustav Radbruch, terem ensinado em Heidelberg, cidade da região alemã Baden (atualmente estado de Baden-Wütemberg, cuja capital é Stuttgart). Esta Escola foi responsável por dirigir o pensamento filosófico aos conceitos de valor e cultura.

Windelband admitiu a existência de dois tipos de ciências, as *nomotéticas* e as *idiográficas*. As primeiras seriam as ciências naturais (Física, Matemática, etc.), enquanto as segundas seriam as ciências culturais (Direito, Sociologia, etc.). É pertinente dizer que este filósofo não teve a intenção de criar classes para os objetos, mas sim de criar uma divisão epistemológica, ou seja, uma bipartição do mundo de um conhecimento específico, no caso o Direito.

Outro nome importante dessa fase é Heinrich Rickert, que substituiu Windelband em Heidelberg, com posições muito semelhantes à de seu antecessor.

Rickert considera que a ciência natural desenvolve-se independentemente de valores, enquanto a ciência cultural a estes se encontra intimamente relacionada. Utilizando as noções de *valor* e *cultura* defende que *natureza* e *história* não são duas realidades, e, portanto, o mundo histórico é o mundo da concreção de valores. Para esse filósofo, a cultura deve ser vista como uma ponte, um mundo de ligação, entre os mundos do *ser* e do *dever-ser*.

Um terceiro expoente do primeiro ciclo do Culturalismo foi Emil Lask, filósofo que foi aluno de Windelband e Rickert e também professor em Heidelberg. Seu pensamento ganhou relevância não só ao sugerir que seria necessária uma *lógica* para explicar e justificar a própria lógica transcendental, mas também ao renovar a concepção culturalista para o Direito, que, até então, era muito mais próxima da Sociologia e da Ética.

Influenciado pela Filosofia dos Valores de Windelband e Rickert e pela Fenomenologia de Husserl, Lask discriminou as implicações dogmáticas, filosóficas e sociais do Direito. Demonstrou que, embora distintos, estes três elementos devem ser interpretados de maneira intra-sistêmica. Assim, o Direito pertence ao mundo da cultura, intermediário entre valor e realidade, podendo ser examinado sob três aspectos: como realidade normativa pela Ciência do Direito, como fato social pela Sociologia Jurídica e como valor pela Filosofia do Direito.

Gustav Radbruch deu continuidade à obra de Lask, ao adotar como fundamento doutrinário as diferenças entre as ciências naturais e culturais. Entendeu o Direito como fenômeno cultural. Seguindo seu fundamento doutrinário, reafirmou a distinção entre os mundos do *ser* e do *dever-ser*. O pensamento culturalista de Radbruch foi marcado pelo tridimensionalismo, segundo o qual a Ciência do Direito trata das realidade jurídicas referidas a valores; a Filosofia do Direito, que considera o Direito como um valor cultural; e a Teoria Social do Direito (Sociologia Jurídica) que não é valorada, apenas retrata a realidade como ela é.

Radbruch vai além e o seu tridimensionalismo se torna um tetralismo quando afirma que, se o Direito for considerado em sua essência, em uma atitude superadora de valor, estar-se-ia diante de uma Filosofia religiosa do Direito.

A Escola de Baden e quase todos os seus culturalistas primam pela cultura sobre a pessoa, ou seja, retratam um caráter transpersonalista do Direito.

O segundo ciclo do Culturalismo, discorre Paim, foi marcado pelo pós Primeira Guerra Mundial. Nesse período, o pensamento filosófico navegava entre o neokantismo de Cohen e a fenomenologia de Husserl. E é justamente nesse meio que sobressaem as idéias dos filósofos Max Scheler e Nicolai Hartmann, expoentes da segunda fase culturalista.

Max Scheler, durante as duas primeiras décadas do século XX, foi fortemente influenciado por Husserl. Mas foi depois do período da Primeira Guerra que ele atingiu uma posição filosófica independente e significativa para a corrente culturalista.

Para Scheler, os valores são fenômenos de caráter último, os quais não podem ser definidos. Segundo este autor, eles formam uma esfera de objetos com conexões e relações especiais. Acham-se ordenados segundo uma hierarquia *a priori*, independentemente dos bens em que aparecem. Não são abstrações das coisas nem suas propriedades. São dados intuitivos.

Dessa forma, o homem, ao apreender um objeto, primeiro observa seu valor, e, somente, a partir dele é que compreende sua essência e as suas características.

Ao analisar a relação existente entre o *dever-ser* e os *valores*, afirma que ela se rege fundamentalmente por dois axiomas, o *positivo* e o *negativo*, não sendo, então recíproca a conexão estabelecida entre *dever-ser* e *valores*, mas sim unilateral. Conclui que *todo dever está fundado sobre os valores*, mas os *valores não estão de maneira alguma fundados no dever-ser*.

Nicolai Hartmann, por sua vez, segue Scheler, ao situar a problemática do valor no centro da ética. Concebeu brilhantemente a idéia do Direito como um processo de concreção axiológica normativa.

Nesse segundo ciclo, ocorreu uma evolução do Culturalismo na medida que se foram evidenciando os valores, seja quando eles iam sendo captados emocionalmente, segundo Scheler, seja quando eles iam sendo apreendidos platonicamente, conforme Hartmann.

O terceiro ciclo do Culturalismo alemão se deu justamente no período em que o nazismo se abateu sobre a Alemanha. Este terrível período da história mundial contribui para a desorganização de toda Escola Culturalista daquele país.

Os filósofos que ali se mantiveram permitiram que o movimento culturalista tivesse continuidade. Entre os alemães, foi Hartmann quem continuou

abrilhantando a Escola Culturalista, seja às suas grandes contribuições filosófica, seja ao seu legado de obras, objeto de pesquisa de muitos outros estudiosos, finaliza Paim.

Hartmann anteviu a Ontologia, o que era, para a época, uma grande mudança na forma de pensar, uma vez que o pensamento preponderante na Filosofia era a Gnoseologia. Afirmava que havia uma sucessiva dependência entre as camadas do *ser*, e dizia: “...há assim uma dependência do mais alto em relação ao mais baixo: *sem matéria, não pode haver vida; sem vida, não pode haver consciência; sem consciência, não pode haver espírito.*⁵⁵”. Esta dependência não anula a autonomia das diversas camadas. “A camada ôntica subjacente é para a sobrejacente apenas o terreno que a suporta – uma *condicio sine qua non*”⁵⁶.

A reflexão de Hartmann e toda a sua construção filosófica foram, certamente, o referencial para esta época não só na Alemanha, mas em diversos outros países.

Na Espanha, Ortega y Gasset deu continuidade ao estudo da problemática culturalista. Suas idéias tiveram forte influência sobre o pensamento de Luis Recasens Siches, jurista, filósofo e sociólogo espanhol, naturalizado mexicano, que deu grande impulso ao pensamento jurídico-filosófico latino-americano.

⁵⁵ HARTMAN, Nicolai *apud* HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**, Trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Almedina, 2001, p. 165.

⁵⁶ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**, p. 165-166.

Paulo Dourado de Gusmão entende que Recasens Siches:

“...orteguianamente afastou o direito do reino da ‘natureza física’, como também da ‘natureza psicológica’ e do ‘reino dos valores’, situando-o no humano, como projeção histórica e inacabada da vida humana sob a forma de norma, formulada segundo valores sob a pressão de fatores sociais”⁵⁷.

Siches também sofreu influência, especialmente, das teorias de Scheler e Hartman. Sua preocupação fundamental foi a inserção do homem dentro do universo e os juízos de valor como fonte inspiradora da norma jurídica.

Luis Recasens Siches explica:

“No momento, compreendemos que o Direito tem algo a ver com o mundo dos valores, uma vez que não se pode falar do mundo jurídico sem fazer referência a alguns valores. Mas, de outro lado, sentimos que o Direito, apesar de sua conexão com o mundo dos valores, não é pura e simplesmente um valor, mas é um conjunto de obrigações que ocorrem no seio da vida humana, na historicidade e, que tem, por conseguinte, uma série de ingredientes que não podem ser encontrados pura e integralmente no reino dos valores.”⁵⁸.

Segundo os ensinamentos de Luiz Fernando Coelho, o pensamento de Recasens Siches fundamenta-se em cinco causas:

“... - a mutabilidade da realidade social;
- a diversidade de obstáculos para materializar um valor em determinada situação;

⁵⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 379.

⁵⁸ “De momento, compreendemos que el Derecho tiene algo que ver con el mundo de los valores, pues parece que no se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a algunos valores. Pero, de otro lado, barruntamos que el Derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados pura e íntegramente en el reino de los valores.” - SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, p. 70.

- a experiência enquanto a adequação de meios para materializar um valor;
- as prioridades emergentes das necessidades sociais, em função dos acontecimentos históricos; e,
- a multiplicidade de valores.⁵⁹

Dessa forma, ele se preocupou em analisar os valores, dentro de um contexto social. Procurou demonstrar qual a influência desta realidade sobre as regras de Direito, sobre sua produção, bem como, posteriormente, e de maneira brilhante (quando elaborou a *lógica do razoável*), sobre a sua aplicação. Exerceu um grande papel na difusão da filosofia culturalista no Direito latino-americano.

Na Argentina, Carlos Cossio contribuiu para o florescimento da Escola Ecológica. Sua teoria afirma que todo estudo do Direito que não tiver por base as concepções fenomenológicas, ancorando-se tão somente no estudo da norma jurídica é incompleto, já que as normas jurídicas não têm o condão de resolver todos os casos concretos que se apresentam; o substrato do Direito está na conduta humana, sobre a qual incidem valores. Considerou o Direito como um objeto cultural e não natural.

Assevera Cossio:

“Hoje se admite, sem sérias discrepâncias, que o Direito positivo é cultura. Se este for definido como todo o fazer do homem agindo segundo valorações (Rickert), essa posição é incontestável. Mas, esse ponto de vista não tem encontrado traduções na ciência que fazem os

⁵⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 211.

juristas. A rigor, a teoria egológica é a primeira tentativa sistemática de desenvolvê-la.”⁶⁰.

Paulo Dourado de Gusmão lembra que Cossio define o Direito como “...objeto cultural cujo substrato pertence à natureza humana, constituído por condutas, consideradas manifestações da liberdade humana, cujo sentido ou significação é dado pela norma, estabelecadora do limite da liberdade”⁶¹.

Continuando em expansão pela América Latina, o Culturalismo chega ao Brasil.

2.2 O Culturalismo no Brasil

Na trajetória do Culturalismo brasileiro, é possível identificar autores que contribuíram significativamente para seu amadurecimento.

Tobias Barreto, fundador da Escola de Recife, considerou a cultura como elemento imprescindível para afastar a idéia do determinismo social posta em circulação pelo positivismo. Segundo este autor, “...a cultura

⁶⁰ “Hoy se admite, sin serias discrepancias, que el Derecho positivo es cultura. Si ésta se define como todo lo que hace el hombre actuando según valoraciones (Rickert), aquella ubicación es inobjetable. Pero este punto de partida todavía no ha encontrado traducción en la ciencia que hacen los juristas. En rigor, la teoría egológica es el primer intento sistemático de desarrollarlo.” - COSSIO, Carlos. *Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987, p. 94.

⁶¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 379.

correspondia ao sistema de forças erigidas para *humanizar* a luta pela vida.”⁶². Em conseqüência disso a força era responsável por tudo que o homem criava, inclusive o Direito, que em última análise não é um produto natural, mas um produto cultural, uma obra do homem mesmo⁶³.

Destacou-se, principalmente, por distanciar o homem natural e do cultural, porque “...o homem dominado por instintos, que não reconhece normas ou convenções é muito diferente daquele que constrói o mundo moral, segue uma religião e elabora normas jurídicas.”⁶⁴.

Essas idéias permitiram a Tobias Barreto a compreensão filosófica do conceito de cultura, fazendo com que ele refutasse a idéia de cultura como apenas uma categoria restrita à Sociologia, conforme asseveraram os positivistas. Para ele, este conceito era algo bem mais amplo; assim, a cultura “...é um resultado da luta pela vida que haja grandes e pequenos, fortes e fracos, ricos e pobres, em atitude hostil uns aos outros; o trabalho cultural consiste, porém, na harmonização dessas divergências, medindo a todos por uma só bitola.”⁶⁵.

De acordo com seu pensamento, a cultura deve ser compreendida como forma de auto-aperfeiçoamento do indivíduo, passando a ser entendida como um sistema de forças que aponta para objetivos éticos.

Farias Brito também contribuiu significativamente para o

⁶² PAIM, Antônio. **A filosofia da Escola de Recife**, 2ªed., São Paulo: Convívio, 1981, p. 79.

⁶³ MENEZES, Tobias Barreto. **Estudos de Filosofia**, 2ª ed., São Paulo: Grijalbo, 1977, p. 311-313.

⁶⁴ CARVALHO, José Maurício de. **Contribuição contemporânea à história da filosofia brasileira**, 2ª ed., Londrina: CEFIL – Ed. UEL, 1999, p. 77.

⁶⁵ MENEZES, Tobias Barreto. **Estudos de Filosofia**, p. 330.

florescimento do Culturalismo no Brasil. Crítico intransigente do positivismo, representou um singular pensamento que corou a Filosofia brasileira, colocando-a ao lado do pensamento filosófico contemporâneo no que diz respeito a tematizações de caráter existencial e à fenomenologia como método. Suas idéias permeiam toda a questão da cultura e tratam do problema do conhecimento em si.⁶⁶

Luiz Alberto Cerqueira recorda:

“É justamente do ponto de vista da intencionalidade da consciência que, segundo as palavras de Farias Brito, ‘a matéria adquire caracteres especiais que a constituem um princípio à parte e *sui generis*, que é o ponto de partida para uma série de fenômenos que são essencialmente distintos da matéria’. Neste sentido, deve entender-se ‘a matéria como fenômeno do espírito’ (Brito, 1914: §78), isto é, mediante a intervenção da inteligência e da vontade os corpos ganham *alma*, a começar pelo próprio corpo; os corpos ganham significado, adquirem valor como sendo *verdadeiros, bons e belos*, constituindo-se, assim, o mundo da cultura, o mundo da vida. Tais são os objetos culturais por oposição aos objetos em estado de natureza (como diria Tobias Barreto) ou meramente materiais.”⁶⁷

Outro pensador de grande importância foi João Alcides Bezerra Cavalcanti por retornar à preocupação com o problema moral na análise dos assuntos sociais.

Os estudos deste filósofo estiveram voltados à tentativa de explicar a metodologia adequada ao exame da cultura. José Maurício de Carvalho explica que essa metodologia busca “...identificar o problema, procurar a

⁶⁶ CERQUEIRA, Luiz Alberto. Maturidade da Filosofia Brasileira: Farias Brito, Rio de Janeiro, fevereiro de 2005. Disponível em <<http://www.ifcs.ufrj.br/~cerqueira/maturidade.doc>>. Acesso em março de 2006, p.24.

⁶⁷ CERQUEIRA, Luiz Alberto. Maturidade da Filosofia Brasileira: Farias Brito, p. 15.

singularidade da resposta, vinculá-la à uma tradição cultural lingüística para, decodificando o singular, ir adiante na descoberta do universal.”⁶⁸.

Sua contribuição fundamental, entretanto, foi preservar a moral como fundamento da cultura. Explica ele,

“...a cultura deverá ter um substrato, um apoio sobre o qual e com o qual caminhará e se desenvolverá ao longo do processo histórico na busca da realização do ser do homem, no seu aperfeiçoamento integrado. O homem, o meio, a sociedade, se complementarão numa função evolutiva criadora, tendo como mola propulsora a cultura e, como garantia de sua realização, o aspecto da moralidade, que sugere o fim de tal processo.”⁶⁹.

Djacir Menezes, por sua vez, fortemente influenciado pelas idéias de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, desenvolveu o Culturalismo dialético e pretendeu eliminar a cisão entre explicar e compreender.

O contato com a filosofia hegeliana propiciou a Djacir Menezes o desenvolvimento da noção de espírito, que para ele representa o resultado do processo histórico da consciência e da busca de um sentido para a vida. Segundo ele, a procura de um sentido para a existência está relacionada com o processo de auto justificação da existência nascido da consciência de si mesmo⁷⁰.

O filósofo Antônio Paim foi o responsável por organizar cronologicamente a filosofia culturalista. Conclui, em sua obra, que o homem está em um contínuo processo de superação e que não se satisfaz apenas com o

⁶⁸ CARVALHO, José Maurício de. **Curso de Introdução à filosofia brasileira**, Londrina: CEFIL – Ed. UEL, 2000, p. 123.

⁶⁹ PAIM, Antônio. **Problemática do Culturalismo**, p. 53.

⁷⁰ CARVALHO, José Maurício de. **Curso de Introdução à Filosofia Brasileira**, p. 330.

viver, com o concreto, necessita da transcendência para tornar-se melhor. Segundo este filósofo a preocupação básica do Culturalismo é entender o modo de ser do homem, o qual resulta do processo de objetivação do mundo da cultura⁷¹.

Não obstante todas essas valiosas contribuições, o ápice do movimento culturalista no Brasil deve-se ao pensamento desenvolvido pelo jurista-filósofo Miguel Reale, que se preocupou em mostrar que, apesar de “...suas matrizes kantianas, o Culturalismo não corresponde a qualquer escola neokantiana, estando nele presentes outras influências, como as da fenomenologia e do historicismo contemporâneo.”⁷².

Reale refletiu sobre o legado culturalista deixado pelos precursores deste pensamento para formular suas teorias.

Sobre a distinção em ciências *nomotéticas* e ciências *ideográficas*, estabelecida por Windelband, acresceu que “...além do mundo dos fatos, da realidade dada naturalmente, além do mundo do *ser*, há o mundo do *dever-ser*, que não constitui objeto da experiência”⁷³.

Enfatizou o pensamento de Rickert ao explicar:

“...às ciências que estudam os valores humanos universais RICKERT denomina ciências culturais (*Kulturwissenschaften*) contrapondo-as às ciências da natureza (*Naturwissenschaften*). ‘Os valores da cultura, escreve ele, são os valores normativamente universais da sociedade’, de

⁷¹ CARVALHO, José Maurício de. **Curso de Introdução à Filosofia Brasileira**, p. 408.

⁷² REALE, Miguel. **Cinco temas do Culturalismo**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. XIII.

⁷³ REALE, Miguel. **Os Fundamentos do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 175.

sorte que a sua doutrina, partindo de fontes kantistas, vem renovar, embora em plano diverso e com outra penetração, o universo dos positivistas, a idéia de humanidade como valor supremo.”⁷⁴.

Dele discordou “...quanto à compreensão da cultura como um mundo intercalado, de mera referibilidade, entre o da natureza e o dos valores”⁷⁵.

Para Reale,

“A cultura é a ligação entre a natureza cega para o valioso, e aquilo que vale por si, sem referibilidade ao mundo dos fenômenos reais. No domínio da cultura, os fatos deixam de ser simples elos na concatenação causal e inflexível da Natureza para adquirirem, um sentido (*Sinn*), um significado, uma direção na medida em que procuram encarnar os valores transcendentais”.⁷⁶.

Analizou Lask e afirmou:

“Partindo a antítese entre *valor* e *realidade*, em que se debatia o neokantismo, e tentando superá-la, Emil Lask recorre ao mundo intermédio da *cultura*, nele incluindo o Direito. Este pode ser estudado sob tríplice perspectiva: como realidade impregnada de *significações normativas objetivas* (objeto da jurisprudência ou ciência do Direito, segundo o método jurídico-dogmático) como um *fato social* (objeto da Sociologia Jurídica, segundo método sócio-teorético), ou ainda como *valores* ou *significações*, abstração feita da realidade a que aderem e que eles orientam (objeto da Filosofia do Direito, segundo o método crítico ou axiológico).”⁷⁷.

No tocante a Radbruch, Reale reafirmou a mesma objeção feita a Rickert: “...se ser e dever-ser são duas categorias irreduzíveis que nos possibilitam conhecer dois mundos irreduzíveis, o da Natureza e o da Liberdade, como é que se explica a existência do mundo intermediário da cultura? Transformar a cultura

⁷⁴ REALE, Miguel. **Os Fundamentos do Direito**, p. 177.

⁷⁵ REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**, p. 213.

⁷⁶ REALE, Miguel. **Os Fundamentos do Direito**, p. 179.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 516.

em uma categoria intermediária é um artifício e não uma solução.”⁷⁸.

Já Scheler, para Miguel Reale, foi “...sem dúvida, um dos pensadores mais profundos do nosso tempo e dos que mais puseram em evidência a importância do fator emocional como meio que o homem tem de apreender as essências axiológicas.”⁷⁹. Os conceitos desenvolvidos por este filósofo influenciaram fortemente a Filosofia do Direito contemporânea.

O mesmo aconteceu com a obra de Hartmann que tem fundamental importância sobre o pensamento filosófico moderno. Este autor defendeu que “...os valores se correlacionam e se implicam, uns atuando sobre os outros de maneira solidária.”⁸⁰.

A partir da análise de todo o legado filosófico, Miguel Reale desenvolveu a sua própria concepção do Culturalismo, contribuindo para a respeitabilidade da Filosofia brasileira e para o desenvolvimento do estudo do Direito. Como filósofo e jurista, destacou-se como o maior paradigma que a Filosofia do Direito já teve no Brasil.

2.2.1 O Culturalismo de Miguel Reale

⁷⁸ REALE, Miguel. **Os Fundamentos do Direito**, p. 203-204.

⁷⁹ REALE, Miguel. **Filosofia dos Direito**, p. 137.

⁸⁰ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, p. 32.

O cerne das obras jurídicas e filosóficas de Miguel Reale é a cultura. Gerson Luiz Carlos Branco afirma:

“Miguel Reale é um culturalista por sua própria definição e por ter fundado sua concepção de conhecimento, ciência e direito, a partir da ação do homem como um ser cultural, imerso na história e em constante relação com a natureza desenvolvida na linha do tempo”⁸¹.

Diz Miguel Reale: “Culturalismo é a corrente de pensamento que reconhece a importância da cultura como paradigma, passando a examinar, sob sua luz, antinomias tradicionais”⁸².

No entendimento de Reale, a Filosofia desdobra-se em três grandes ramos, que explica ele:

“...poderíamos concluir resumindo as tarefas da Filosofia nestas três ordens de pesquisas...:

- a) *Teoria do Conhecimento*, ou da validade do pensamento em sua estrutura e com relação aos objetos (Lógica e Ontognoseologia);
- b) *Teoria dos Valores* ou *Axiologia* (Ética, Estética, Filosofia da Religião, Filosofia Econômica, etc.);
- c) *Metafísica*, como teoria primordial do ser ou, numa compreensão mais atual, como fundação originária do universo e da vida.⁸³”

É a partir da Ontognoseologia realeana que se pode compreender o Culturalismo. Esta concepção ontognoseológica sugere uma nova teoria do conhecimento, enfatizando o processo cultural em sua perspectiva histórica e sem

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 02.

⁸² REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. IX.

⁸³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 39-40.

reducionismos⁸⁴. Segundo ela, não há uma oposição entre sujeito e objeto, mas uma inseparabilidade, não podendo existir um separado do outro, embora sejam distintos entre si.

Para Reale, “...não existe propriamente retorno à teoria clássica do *ser*, como um ‘dado’[...], mas ao contrário, uma tendência no sentido de uma indagação do conhecimento que seja, inseparavelmente, uma teoria do ‘objeto’ e do ‘sujeito’...”⁸⁵.

O filósofo entende como inegável a tendência atual à revalorização do problema do *objeto*. Assim, “...a valorização do não-subjetivo patenteia-se, por exemplo, na corrente *fenomenológica* de Husserl, assim como nas aplicações que Max Scheler, Nicolai Hartmann ou Martin Heidegger deram ao método fenomenológico, abrindo novas perspectivas sobre o *ser*.”⁸⁶.

Seguindo esta orientação Miguel Reale desenvolve a sua Ontognoseologia, na qual afirma ser essencial ao conhecimento a correlação entre *sujeito* e *objeto*, marcada pela integração de um componente subjetivo, a *Gnoseologia* e outro objetivo, a *Ontologia, stricto sensu*.

Sob o prisma da Ontognoseologia, coloca-se o “...problema do homem na totalidade de seus elementos materiais e espirituais, integrando-o nas

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 09.

⁸⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 50.

⁸⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 51.

razões históricas de seu desenvolvimento, nas correlações necessárias envolvente da *cultura* a que pertence.”⁸⁷.

A relação existente entre Ontognoseologia e Culturalismo é marcada pela compreensão da cultura como uma realidade axiológica:

“Nestes termos, a cultura só pode ser vista como uma extensão e composição histórica dos atos ontognoseológicos que se sucedem no tempo, com as conseqüentes atividades que deles derivam. É a razão pela qual a cultura apresenta a mesma concreção subjetiva e a mesma dialeticidade que são próprias do processo ontognoseológico, fonte primordial e perene do processo cultural.”⁸⁸.

Enquanto o liame entre sujeito e objeto na Ontognoseologia é de natureza lógica (*lato sensu*), na cultura, é de natureza existencial. Sendo assim, os objetos culturais, enquanto *dever-ser*, só podem ser compreendidos à luz da Teoria dos Valores ou Axiologia.

A corrente culturalista recebe essa denominação por considerar que a cultura configura uma esfera especial de objetos, os quais passam a ser inquiridos no âmbito metafísico ou, segundo Miguel Reale, sob o aspecto ontognoseológico.

O Culturalismo aborda o homem em sua realidade circundante, uma vez que nela está inserido, e de acordo com uma teoria dos objetos. Esse movimento filosófico segue a tradicional classificação dos objetos, segundo a qual existem três tipos: os naturais, os ideais e os culturais.

⁸⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 51-52.

⁸⁸ REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**, p. 09.

Os objetos naturais podem ser físicos ou psíquicos. Os físicos são as *coisas* dotadas de corpo físico, as quais compõem o cosmo. Estes objetos existem por si sós, pertencem ao mundo da natureza, sujeita às leis causais, enquanto que os psíquicos compõem o universo emocional do ser - humano. Desse modo, os objetos naturais são aqueles que podem ser reconhecidos pelos sentidos, que são reais porque estão dispostos no espaço (com exceção dos objetos psíquicos que não estão no espaço, mas existe sua manifestação no íntimo do homem), que estão na experiência, ou seja, no contexto da vida humana e que são neutros de valor⁸⁹.

Os objetos ideais, por sua vez, excluem qualquer espacialidade ou temporalidade. São aqueles que existem na mente humana, são os objetos pensados, isto é, o seu *ser* é puramente ideal. São verdadeiras entidades absolutas, também neutras de valor. “Os objetos culturais são derivados e complexos, representando um forma de integração de *ser* e *dever-ser*”⁹⁰.

Estes objetos, os culturais, têm a peculiaridade de estarem relacionados a valores. São aqueles impregnados de valores, construídos pelo homem. Em geral, são apreendidos pela inteligência humana, são reais, têm existência, estão na experiência e são valiosos, por excelência.

Os objetos materiais culturais têm sempre um substrato natural e pressupõem um dado físico e um valor que dá sentido ao objeto. E, os objetos

⁸⁹ REALE, **Filosofia do Direito**, p. 177-179.

⁹⁰ REALE, **Filosofia do Direito**, p. 189.

espirituais culturais não possuem um substrato físico, baseiam-se, apenas, na experiência.

Desse modo, a Ontognoseologia fundamenta-se na experiência, já que “...sendo a relação entre sujeito e objeto uma relação dialética, a experiência não se limita à experiência sensível, mas a toda experiência do sujeito”⁹¹.

Miguel Reale enfrenta o problema da experiência jurídica segundo novas bases, considerando, também, condições de ordem axiológica e histórica.

A experiência, por si só, refere-se ao *dado*, mas quando se agrega a este termo a idéia do *jurídico*, aquele *dado* passa a fazer referências a valores e implica na idéia de *construído*. Por isso, Miguel Reale considera que a experiência jurídica encontra-se em uma permanente tensão dialética, a qual denomina-se de dialética da complementaridade.

Esta dialética é decorrente da relação entre sujeito e objeto proposta pela Ontognoseologia. Gerson Luiz Carlos Branco afirma: “...dialética entre sujeito e objeto tem em vista os fatos da natureza e os objetos como bens culturais que agregam elementos do homem no processo histórico, adquirindo sentido em razão de sua historicidade e participação na vida social.”⁹².

Nessa “nova dialética”, Reale afasta a idéia da dialética hegeliana e une a idéia de dialética ao princípio da complementaridade.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 20.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 10.

Niels Bohr ensina que “...o princípio da complementaridade se fundamenta, por sua vez, em pós-conceitos de recíproca *exclusão* e *correlação* que se estabelecem entre os fatores estudados, que apenas aparentemente são contraditórios”⁹³.

A dialética da complementaridade, então, é a dialética do mundo da cultura, já que este é construído pelo homem que é intrinsecamente dialético. Desses conceitos, aparentemente, contraditórios conclui-se que é inerente à experiência jurídica a co-implicação de dois elementos, a *estrutura formal* e a *função normativa*, a qual resulta objetivamente de um processo complexo de valoração de fatos⁹⁴.

A fim de explicar estes dois elementos, Miguel Reale propõe a Teoria Tridimensional do Direito. Segundo esta teoria, apresenta a estrutura do Direito como o elemento normativo que disciplina os componentes individuais e coletivos, e pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a determinados valores. O Direito é fato, valor e norma. É *fato*, pois é *ser*, é *norma*, pois é *dever-ser* exigido pelo *valor* a realizar.

A tridimensionalidade não deve esgotar-se na simples justaposição de três elementos ou três ingredientes, posto que a conexão entre eles envolve um sentido de processo e de integração.

⁹³ “...el principio de complementariedad se fundamenta a su vez en posconceptos de *recíproca exclusión* y *correlación* que se establece entre los factores estudiados, quienes sólo en apariencia son contradictorios” - BOHR, Niels *apud* MEDINA, Javier García. **Teoría Integral del Derecho en el Pensamiento de Miguel Reale**, Valladolid: Ediciones Grapheus, 1995, p. 84.

⁹⁴ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, p. 34.

Se o Direito é a integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos jurídicos – fato, valor e norma, não há como separar o fato da conduta, nem o valor ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a norma que incide sobre ela.

Assevera Miguel Reale:

“Desde a sua origem, isto é desde o aparecimento da norma jurídica - que é síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores - até ao momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que denominamos ‘dialética de implicação-polaridade’, que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos (...). Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito.”⁹⁵.

Demonstrou uma teoria em que o tridimensionalismo apresenta-se como concreto, dinâmico e dialético, uma vez que fato, valor e norma são elementos integrantes do Direito, já que o fato tende a realizar o valor, mediante a norma. Esta tridimensionalidade ôntica constitui, então, o objeto da Ciência Jurídica.

Para o Culturalismo jurídico, o Direito pertence ao reino da cultura e não da natureza. Ele está no mundo criado pelo homem, integrado na cultura, a qual lhe dá sentido. Propõe que o homem deixe de ser visto sob o prisma do determinismo e passe a figurar como parte integrante do mundo cultural.

⁹⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 67

Devido aos seus grandes pensadores e às suas importantes reflexões filosóficas, o movimento culturalista ocupa uma posição de destaque na Filosofia brasileira contemporânea.

3 O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO CULTURALISMO

A filosofia dos valores de base fenomenológica é a corrente moderna que mais tem demonstrado interesse em evidenciar a relação entre *valor* e *dever-ser*.

O pensamento fenomenológico foi concebido em um meio em que emergiam grandes escolas positivistas (Exegese francesa e Pandectista alemã), de um lado, e, de outro, surgia um pensamento, de base filosófica, fundado no homem, nas concepções humanistas. Este ambiente pleno de idéias foi um importante fator para o desenvolvimento do pensamento filosófico, e, em especial, do movimento fenomenológico.

Fundada pelo filósofo alemão Edmund Husserl (1859-1938), a fenomenologia, objetiva tratar dos fenômenos da consciência em relação aos objetos e "...sustenta que o saber filosófico se opera através de um processo de

esclarecimento de idéias e de captação de essências, que é chamado ‘método fenomenológico’⁹⁶.

Segundo este método, o conhecimento da essência é alcançado através das abstrações realizadas pela inteligência humana. Nada poderia ser conhecido se não houvesse possibilidade do homem captar informações pelas suas sensações e pelo seu intelecto.

Paulo Jorge Lima explica que o método fenomenológico, “...também chamado *eidético*, pretende ser independente da experiência sensível e anterior às noções lógicas, fundando-se nos *dados imediatos* da consciência pura, uma intuição intelectual que visa a captar e revelar a essência dos objetos ideais”⁹⁷.

Tal método é, também, conhecido como *eidético*; sua significação remonta aos ensinamentos de Platão, já que penetrar no *eidos* significa conhecer a essência dos entes⁹⁸. Pois, conhecer é desvendar algo em sua essência.

Toda essa cognoscibilidade que envolve o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível foi chamada por Husserl de *a priori material*. Diz Reale: “...se

⁹⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 84.

⁹⁷ LIMA, Paulo Jorge. **Dicionário de Filosofia**, p.107.

⁹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 138.

não houvesse um *a priori* material⁹⁹ no mundo das sensações, como *pré-noção* a ser esclarecida e determinada, o ato do conhecimento seria impossível”¹⁰⁰.

Foi Adolf Reinach, discípulo de Husserl, jurista e filósofo alemão, o primeiro a aplicar a fenomenologia ao Direito. Posteriormente, outros autores partiram desta aproximação como tentativa de explicar o Direito.

Johanness Hessen, filósofo que também conciliou a fenomenologia ao Direito e desenvolveu a filosofia dos valores, entendeu que “...esta corrente repudiou com energia a idéia dum *dever-ser* abstracto, como que pairando no ar, representada, como se sabe, pela filosofia neokantiana. Todo *dever-ser* se funda num valor – ensina a corrente moderna – e não inversamente.”¹⁰¹.

Assim, se todo *dever-ser* tem como fundamento um valor, e se o Direito ou as normas jurídicas são expressões de *dever-ser*, pode-se concluir, diante dos estudos apresentados, que as normas jurídicas fundam-se em valores.

Para o Culturalismo, o Direito é, também, compreensível como bem cultural quando o momento normativo da elaboração legislativa consistir no momento da concreção de fatos e valores.

⁹⁹ Miguel Reale afirma e demonstra, em sua teoria, que além do *a priori material*, há, também, um *a priori* subjetivo. De modo que, o *a priori* material só é conhecido quando o sujeito utiliza o seu *a priori* subjetivo, ou seja, sua sensibilidade e inteligência. Dessa relação entre o *a priori* material e o *a priori* subjetivo é que surge, então, o *a priori* cultural. – REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**, p. 44.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**, p. 40.

¹⁰¹ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**, p. 74.

No mundo jurídico só há realização de valores que estão impregnados na sociedade, quando estes passam do mundo ideal para o mundo real através do processo de positivação.

Ao falar-se em positivação, não há qualquer confusão com positivismo lógico kelsiano, segundo o qual, o Direito não sofre qualquer implicação de conceitos metajurídicos.

A teoria pura do Direito fundamenta-se na teoria do escalonamento. Desse modo, entre uma norma de escalão superior e uma de escalão inferior, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior.

A norma fundamental proposta por Kelsen não é uma norma posta, mas sim pressuposta, criada para solucionar a questão do último fundamento de validade da norma jurídica.

Sendo pressuposta, deve ser originada por um ato de conhecimento, do pensamento, pelo fato de carecer de ato juridicamente previsto. Nesse sentido, Lourival Vilanova afirma que “...o fundamento de validade de uma norma positiva é a norma fundamental que é pressuposta por um *ato gnoseológico*”¹⁰².

Este ato gnoseológico é um ato do pensamento e serve como ato suporte da norma fundamental. Assim a norma fundamental não é pressuposto

¹⁰² VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, p. 323.

pelo ordenamento jurídico positivo, pois este só contém normas postas. É pressuposta pela teoria do conhecimento jurídico, podendo-se afirmar, então, que a última norma não positiva é cognoscente¹⁰³.

Ao possuir esse caráter, a norma fundamental permite a compreensão gnoseológica do Direito como um objeto do conhecimento, e, portanto, pertencente ao mundo cultural, o qual é fundado numa filosofia dos valores.

A norma fundamental, apesar de depurada formalmente, abriga inevitável carga axiológica, ultrapassando o limite de um ato meramente cognoscitivo¹⁰⁴.

Não obstante à grandiosidade da teoria pura kelsiana, para fazer o corte epistemológico de sua teoria, Kelsen utilizou conceitos metajurídicos, filosóficos, pertencentes à teoria do conhecimento. Nada mais coerente, ao ser o Direito uma ciência, um conhecimento científico, suas origens se encontram, sem dúvida, no plano filosófico, para-sistemático.

Mesmo a norma fundamental, fundamento último de validade de um sistema puro da Ciência do Direito, possui valores embutidos, visto que todo ato do gnoseológico é dotado de uma carga axiológica. Nada pode ser pensado, conhecido, sem que um sujeito cognoscente imprima certa valoração sobre um

¹⁰³ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, p. 328.

¹⁰⁴ VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, p. 336.

objeto cognoscível. Segundo Reale, "...toda norma pressupõe um valor, sendo, pois, axiológica toda teoria da normatividade"¹⁰⁵.

O termo *positivação*, então, refere-se ao ato ou processo de conferir positividade a um valor. Em decorrência disso, a norma, produto do pensamento humano, quando posta no tempo e no espaço (positivada) com determinado juízo de valor transforma-se em uma realidade objetivada, que visa a realização/concreção dos valores presentes na sociedade e consubstancia a positividade do Direito.

A positividade pode ser expressa de diversas maneiras nos variados ordenamentos jurídicos. Uma das formas de manifestação da positividade do Direito são os códigos. Código é uma estrutura (conjunto de regras que determinam relações entre elementos de um sistema) capaz de buscar ou ordenar, para qualquer item, seu campo de relevância. Existem códigos nas mais diversas áreas, naturais e culturais. Para os códigos culturais a linguagem é extremamente importante, já que é através da negação que se possibilitam esquematizações binárias do tipo sim/não, verdadeiro/falso, válido/não-válido¹⁰⁶.

A linguagem é sempre a expressão comunicativa do conhecimento e conseqüentemente da cultura. Dessa forma, os códigos, expressos por uma linguagem, utilizam a integração de signos e significados para atingir seu objetivo, a concreção dos valores positivados.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. Variações sobre a Normatividade, 04 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

¹⁰⁶ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

Pode-se afirmar que o mesmo raciocínio aplica-se ao Culturalismo. Este movimento filosófico terá importância para o Direito vigente somente após sua positivação, ou seja, sua efetivação como realidade objetivada.

3.1 No Ordenamento Jurídico

Para a configuração de um Estado é necessário que haja uma organização jurídica, pois, se não houver esta não se pode concluir a existência daquele. O conjunto de regras jurídicas que organizam o funcionamento do Estado é denominado ordenamento jurídico e a lei hierarquicamente superior de um sistema é a Constituição.

Miguel Reale assevera que “...ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções”¹⁰⁷.

Norberto Bobbio ensina:

“...quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do Direito nos referimos não às normas em particular, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são *em sua maioria*”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares**, p. 190.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10ª ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 29.

Juarez de Freitas entende o ordenamento como sistema jurídico

que é:

“...uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”¹⁰⁹.

O Direito encontra-se disperso em várias normas, elaboradas em épocas diferentes, destinadas a satisfazer necessidades criadas por variadas situações sociais e a solucionar os mais diversos conflitos de interesses¹¹⁰. Cabe ao ordenamento sistematizar estas normas, conferindo coerência ao sistema jurídico.

O ordenamento jurídico não é produto externo à formação cultural de uma sociedade. Desde a primeira regra de conduta há a manifestação dos valores sociais impostos como padrões pelos homens. Por isso, para cada forma de vida social corresponde uma determinada forma de Direito, com sua correlata forma de legislação¹¹¹.

Por mais universal que seja o Direito, não pode deixar de refletir as peculiaridades e os anseios da nação que o situa. O Direito não existe senão inserto na sociedade. Sua exteriorização é refletida, diretamente, nas estruturas normativas, as quais são dotadas de conteúdos subjetivos e culturais. São esses

¹⁰⁹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

¹¹⁰ GUSMÃO, Paulo de Dourado. **Introdução ao Estudo de Direito**, p. 11.

¹¹¹ REALE, Miguel. *Variações sobre a Normatividade*, 04 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

valores embutidos no ordenamento jurídico que conferem legitimidade à ordem jurídica para proteger e regulamentar os comportamentos sociais.

3.2 No Ordenamento Jurídico Brasileiro

Todo Estado moderno democrático tem guardado sensível obediência ao ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro tem suas bases na tradição romano-germânica, cuja principal característica, além das fontes históricas, é a preponderância do direito escrito.

O Estado brasileiro está estruturado em um documento jurídico, instrumento introdutório de valores e normas jurídicas, chamado de Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor desde 5 de outubro de 1988, é a lei maior do país, organizando o Estado definindo um governo republicano, quanto a organização político-administrativa adotou a forma federativa, formada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Pauta-se em ser um Estado Democrático de Direito, buscando a realização dos seguintes fundamentos: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

A partir da existência constitucional, o Estado começa a ter vida e os órgãos que o compõem passam a desempenhar suas atribuições. Dentre as atribuições importantes do Estado brasileiro está a de produzir as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico brasileiro.

A opção da nação brasileira para o exercício das atribuições do Estado foi a proposta por Montesquieu, respeitando a tripartição de poderes os dividiu em Legislativo, Executivo e Judiciário. São órgãos independentes e harmônicos entre si. Todos competentes para produzir normas jurídicas veiculadas por meio de leis, atos administrativos e sentenças/acórdãos, respectivamente.

A positivação dos valores constitucionais é dever desses órgãos políticos por meio de seus mecanismos. No Legislativo, os valores são consubstanciados em normas jurídicas, no Executivo se exprimem através de atos de políticas públicas, por exemplo, e no Judiciário se manifestam através da aplicação das leis segundo a hermenêutica.

Contemporaneamente, há uma preocupação em relacionar a eficácia jurídica de uma norma aos valores dos quais ela está impregnada e por ela serão assegurados. É nesse contexto que o Culturalismo aparece no ordenamento jurídico brasileiro, buscando o Direito na experiência e o positivando suas normas através dos meios e métodos previstos no ordenamento.

3.2.1 A Constituição como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro

Os ordenamentos jurídicos estão intimamente relacionados com o modelo de Estado que regulamentam.

No Brasil, as constituições sempre foram traduções dos ideários do Estado vigente.

Para a compreensão da Constituição de 1988 é importante que seja feita uma breve análise dos modelos de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito que serviram de fundamento para o Estado brasileiro contemporâneo.

O Estado Liberal foi marcado pela submissão ao império da lei, pelo individualismo, pela organização dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário e pelas garantias e deveres individuais fundamentais assegurados aos cidadãos. Estes dois últimos pressupostos significaram uma grande conquista da humanidade e, como tal, continuam valendo como postulados básicos do Estado de Direito.

Lenio Streck afirma, sobre este modelo de Estado,

“O aspecto central de seus interesses era o *indivíduo* e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a

liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista.”¹¹².

Kant definiu o Estado Liberal como “...a união de uma multidão de homens sob as leis do Direito”¹¹³. No entanto, a idéia de supremacia absoluta da lei, do normativismo, que concebe o Direito apenas como um conjunto de normas postas e faz com que os conceitos de Direito e de Estado se esgotem um no outro, não é a mais correta.

José Afonso da Silva assevera:

“...se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”¹¹⁴.

Do mesmo modo, a característica individualista provocou enormes injustiças e deflagrou movimentos sociais, o que permitiu que se tivesse consciência da necessidade da civilização por maior justiça social.

Não obstante o absorvimento dos ideários do liberalismo, que traduzem grande conquista da nação brasileira, tais como o respeito e a proteção da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, ocorreu o esgotamento desse modelo de Estado, principalmente pelo individualismo e pelo formalismo que o marcaram.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

¹¹³ KANT *apud* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 110.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 101.

A evolução dos tempos permitiu que o Estado deixasse de ser liberal, formal, neutro e individual, para transformar-se em Estado Social de Direito. O “...qualificativo social refere à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”¹¹⁵.

Porém, mesmo pregando a justiça social, este modelo de Estado ainda manifesta alguns problemas, já que qualquer ideologia possui uma interpretação própria do que seja *social*.

Paulo Bonavides, com muita propriedade, observa que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República e o Brasil, desde a Revolução de 30 foram estados sociais. Concluiu que este modelo de Estado se compadece com regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo¹¹⁶.

A experiência tem demonstrado que tanto o Estado Liberal de Direito, como o Estado Social de Direito, nem sempre são democráticos.

Diante dessas demonstrações de esgotamento de tais modelos, pode-se reivindicar um novo tipo de Estado: o Democrático de Direito. Contemporaneamente, este tipo de Estado tornou-se “...um ideal político de toda a Humanidade, fazendo com que os regimes políticos mais variados e até

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 102.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p.184.

contraditórios entre si afirmem ser melhores do que os demais por corresponderem mais adequadamente às exigências do Estado Democrático”¹¹⁷.

Assevera José Afonso da Silva:

“A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”¹¹⁸.

Este modelo de Estado projeta uma sociedade livre, justa, solidária e que vise à eliminação da rigidez formal. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari esclarece:

“...para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância”¹¹⁹.

Outro pressuposto do Estado Democrático de Direito é a supremacia da vontade do povo, sobre qualquer indivíduo ou grupo. Nesse contexto, povo deve ser entendido como coletividade, e a manifestação dessa vontade deve ser livremente formada e manifestada para a caracterização da democracia.

¹¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 254.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 105.

¹¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 257.

Os direitos fundamentais de liberdade, igualdade, e todos os demais conquistados na história da humanidade, devem ser assegurados no Estado Democrático de Direito.

Neste Estado, o princípio da legalidade significa que a interpretação deve levar em consideração a realidade social que circunda a situação fática sob análise e o Direito.

Assim, afirma José Afonso da Silva:

“O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.”¹²⁰.

No Estado Democrático de Direito, o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social. Lenio Luiz Streck afirma:

“...o Estado Democrático de Direito, tem a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”¹²¹.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 107.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

Na democracia, a lei tem a função de instrumento de ação concreta do Estado. O ordenamento jurídico passa a ser o garantidor da execução de ações que provam o desenvolvimento social pelo Estado. Por esses motivos, o conceito de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à noção de Constituição garantidora de direitos fundamentais.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 1º, preceitua que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”¹²², abrindo possibilidades para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer.

Esta norma máxima prega mudanças sociais democráticas é preciso, para que o ordenamento jurídico brasileiro seja coerente, que todas as normas infraconstitucionais acompanhem esses preceitos, uma vez que são desdobramentos do conteúdo da Constituição.

Simone Goyard-Fabre ensina:

“No Estado, o direito se desdobra, sob a Constituição, em patamares sucessivos tais que, em cada um de seus respectivos níveis, as regras editadas são subordinadas às regras do nível superior e subordinam a elas as regras dos níveis inferiores. A coerência e a unidade do sistema do direito dependem dessa estrutura orgânica, simbolizada pela célebre imagem da *pirâmide jurídica*”¹²³.

¹²² BRASIL, Constituição Federal (1988).

¹²³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**, trad. Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 106.

Levado pelos fundamentos democráticos caracterizadores do modelo contemporâneo de Estado – a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a solidariedade, a ética, e a justiça social –, o ordenamento jurídico teve que se adequar a essa nova realidade.

3.3 No Direito Civil

Os novos fundamentos da Constituição Federal de 1988, não mais se coadunavam com o Direito Civil expresso no Código de 1916.

O novo paradigma da sociedade clamava por uma renovação do Direito Privado, uma vez que, “...a sua organização estrutural e a moldura de sua essência estão – e devem estar, mesmo – umbilicalmente relacionadas às mudanças na vida dos homens”¹²⁴. A superação do Código Civil de 1916 fica clara, pois, elaborada na vigência de ideais liberais, trazia a marca do individualismo em suas disposições. Foi assinalado pelo patrimonialismo, pelo ruralismo, presente na sociedade da época, e por conceitos morais ultrapassados.

Nesse espírito de adequação do Direito Civil aos anseios sociais contemporâneos, foi instituída uma “Comissão Revisora e Elaborada do Código

¹²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI, *in* FIUZA, César; SÂ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coordenadores). **Direito Civil: atualidades**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 95.

Civil”, para criar um novo diploma legal civil consoante aos fundamentos da Constituição Federal vigente. Sob a supervisão de Miguel Reale, esta comissão sofreu influência das convicções filosóficas deste estudioso do Direito.

Apesar de ter ficado estabelecido por esta comissão que se conservaria o máximo possível do disposto no Código Civil de 1916, as alterações nos campos científico, tecnológico, econômico e, principalmente, social que aconteceram no decorrer do século passado tornaram incompatíveis alguns dispositivos do Código com os interesses e necessidades do mundo atual.

Gilselda Hironaka assevera:

“O Código Civil anterior – fruto da inteligência incontestável de Clóvis Beviláqua – pedia mesmo reforma, posto ser um corpo legislativo que houvera sido elaborado nos estertores do século XIX e promulgado no início do século passado, gigante e bem construído para o seu tempo, mas em franco descompasso de atualização, em tantos dos seus segmentos.”¹²⁵.

O Código Civil de 2002 foi o instrumento jurídico que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro normas que permitem concluir pela positivação dos ideários da corrente filosófica culturalista.

O Culturalismo realeano se sobrepôs à preocupação das Escolas da Exegese e Pandectista que se faziam presentes no Código Civil de 1916.

¹²⁵ HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandez Novaes. Direito brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale. A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em 20 nov 2005.

O Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2003, diverge, principalmente do Código Civil de 1916, pela mudança de paradigma de seu embasamento teórico, enquanto o anterior era essencialmente normativista, o atual é fundamentado, como já dito, no Culturalismo de Miguel Reale.

O Direito deve ser visto, de acordo com o pensamento deste jurista-filósofo, sempre pela perspectiva tridimensional. Conseqüentemente, o Código Civil de 2002, por ele supervisionado, não poderia contrariar suas convicções.

Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma:

“Na análise dos institutos jurídicos presentes no novo Código Civil, muitos deles abertos e genéricos, parece-nos que o jurista e o magistrado deverão mergulhar profundamente nos fatos que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus valores – construídos após anos de educação e de experiências -, aplicar a norma conforme os limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. Mais uma vez, ‘fato, valor e norma’ serão imprescindíveis para apontar o caminho para a aplicação do direito.”¹²⁶

A concepção culturalista presente no Código Civil de 2002 provocou uma modificação substancial na rígida estrutura formal do Código de Beviláqua. Esta alteração de paradigmas veio em resposta aos anseios da pós-modernidade, visto que o sistema de codificação novecentista estava engessado, ultrapassado e não era mais capaz de atender as complexas inquietações do Direito privado.

¹²⁶ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**, São Paulo: Método, 2005, p. 56.

3.3.1 O anteprojeto do Código Civil de 2002

Miguel Reale, em sua obra **História do Novo Código Civil**¹²⁷, relata como ocorreu a elaboração de seu anteprojeto e a sua tramitação até a aprovação do Código Civil de 2002.

Inicia suas considerações recordando que em princípios de 1969 recebeu do Ministro da Justiça Luis Antonio da Gama e Silva, no governo do Presidente Costa e Silva, o convite para redigir o projeto do novo Código Civil.

Em 23 de maio de 1969 foi nomeada a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, que contava com Reale, como coordenador José Carlos Moreira Alves, responsável pela Parte Geral e, para a Parte Especial, Agostinho de Arruda Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clovis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Sucessões).

Após a redação de cada parte, coube a Reale harmonizá-las entre si. E em 1972, atendendo ao pedido de Reale, o ministro Alfredo Buzaid mandou publicar no Diário Oficial o anteprojeto para que a classe jurídica pudesse se pronunciar sobre a matéria.

¹²⁷ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-34.

Foram tantas as manifestações e sugestões que, em 1973, foi publicada a 2ª edição do anteprojeto, a qual só foi publicada no Diário Oficial em 1974.

De 1974 a 1984, juristas importantes colaboraram para a revisão e elaboração das normas para que o anteprojeto ficasse plenamente satisfatório e condizente com os anseios sociais e a realidade da época.

Somente em 1984 o anteprojeto foi considerado em condições de converter-se no Projeto do Código Civil a ser enviado à Câmara dos Deputados.

No entanto, relembra Reale:

“A época era pouco propícia ao estudo da nova Lei Civil, pois estávamos em pleno processo de redemocratização do país, culminando com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Com esta perspectiva, entendeu o Senado Federal que era prudente aguardar a nova Constituição, a qual não deixaria de alterar profundamente as bases da legislação nacional, repercutindo no Projeto de novo Código Civil”¹²⁸.

Segue Miguel Reale dizendo que é inexplicável o período de esquecimento em que permaneceu o Projeto. Apenas em 1995 o presidente do Senado Federal, Antônio Carlos Magalhães, retomou sua tramitação e em 1997 oficiou ao presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, que procedesse à revisão.

Entre as idas e vindas das duas casas, iniciadora e revisora, e devido ao grande número de emendas que sempre surgiam, a Câmara e o

¹²⁸ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, p. 30.

Senado resolveram promulgar a Resolução CN01/2000 (anexo 01), de 31 de janeiro de 2000, que, em síntese, permitiu às duas casas proceder a uma meticulosa análise do Projeto, sendo esse um grande exemplo de trabalho conjunto das duas casas do Poder Legislativo. A Lei Civil foi, então, promulgada em 10 de janeiro de 2002.

Embora a Comissão revisora e elaboradora do Código Civil tenha dado início aos trabalhos sob a vigência da Constituição de 1967 e do regime dos atos institucionais, a política autoritária da época não transparecia no anteprojeto. Este foi impregnado pelos ideais culturalistas de Miguel Reale que, a despeito de ter sido integralista, reconheceu que a consolidação democrática só se daria com a revogação do AI-5 e com um Direito apto a efetivar valores.

Apesar da atuação de Miguel Reale ter tido um caráter conservador, sua obra é um dos pilares de qualquer análise progressista do Direito. Nesse sentido, o anteprojeto do Código Civil, já acolhia a teoria anglo-americana da desconsideração da personalidade jurídica inspirando o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Ademais, em razão do anteprojeto se pautar sobre os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, as disposições legais se vinculavam, sempre que possível, à função social e à boa-fé, além de antecipar e até mesmo influenciar alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, como a igualdade entre homens e mulheres, por exemplo¹²⁹.

¹²⁹ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, p. 21 e 31.

Vê-se que o Código Civil de 2002 foi aprovado em plena consonância com a Constituição Federal brasileira, consubstanciando os ideais contemporâneos e os valores vigentes no Estado Democrático de Direito.

Por fim, cumpre observar que não obstante ao longo período de tramitação, contrariamente ao que muitos têm dito, a Lei Civil não nasceu velha. Garante Miguel Reale: "...o fato de a aprovação do Código Civil pelo Congresso Nacional ter demorado 26 anos não significa que durante todo esse tempo não tenham ocorrido incessantes atualizações"¹³⁰.

Outro aspecto de grande relevância é a nova metodologia do Código Civil, que conta com cláusulas gerais e conceitos indeterminados permitindo uma constante atualização das normas à realidade.

3.3.2 A constitucionalização do Direito Civil

Neste momento, pretende-se não apenas investigar o fenômeno da constitucionalização sob o prisma da inserção do Direito Civil na Constituição, mas também os fundamentos de sua validade jurídica que dela devem ser extraídos.

¹³⁰ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, p. 196.

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que a constitucionalização “...é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”¹³¹.

Em consonância com fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, aproximar o Direito Civil da Constituição Federal foi um meio para torná-lo mais próximo e efetivo aos anseios sociais.

O fenômeno de constitucionalização do Direito Civil significa um importante passo para o processo de democratização do país.

O Código Civil de 1916 situava o Direito Privado de acordo com a Constituição de 1891, que, diferentemente, da atual Constituição não se preocupava com a problemática social. Diante da nova realidade, parece imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Federal de 1988.

Maurício Pessoa afirma:

“...a Constituição de 1988, ao eleger a dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos da nova ordem jurídica e social, e ao consagrar a justiça distributiva, promoveu uma profunda alteração nos valores jurídicos, obrigando, assim, a revisão dos conceitos e das finalidades dos vários institutos jurídicos”¹³².

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, *in* FIUZA, César; SÀ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coordenadores). **Direito Civil: atualidades**, p. 197.

¹³² PESSOA, Maurício. O Casamento no Direito Civil Constitucional, *in* VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Temas Atuais da Direito Civil a Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 197.

Desse modo, o texto constitucional de 05 de outubro de 1988 inaugura uma nova fase e um novo papel para o Direito Privado.

Gustavo Tepedino assevera que a Constituição Federal de 1988 “...retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais”¹³³.

Os primeiros indícios do processo de constitucionalização podem ser notados na legislação especial que regulamenta o Direito Privado. Seguindo o novo paradigma do Estado Democrático de Direito e as diretrizes da Constituição de 1988, as leis especiais começaram a manifestar uma maior preocupação com o ser humano e com os ideais de justiça social.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964) antecipou esses ideais ao aplicar o conceito de função social à propriedade privada. As metas estabelecidas por esta Lei eram, basicamente, duas: a execução de uma reforma agrária e o desenvolvimento da agricultura, conforme pode ser observado no art. 1º, dessa Lei.

“Art. 1º. Esta lei regula os direitos e as obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e a promoção da Política Agrícola.”¹³⁴

¹³³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 08.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra.

Este Estatuto continha princípios que estavam muito à frente de seu tempo. Suas normas foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 naquilo que, obviamente, não a contrariasse.

Gustavo Tepedino lembra:

“...a Constituição anterior já previa a função social da propriedade como um princípio geral. O que diferencia o texto atual em relação ao anterior é que a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, garantias individuais, e não apenas princípios da ordem econômica”¹³⁵.

Mesmo assim, o Estatuto da Terra pode ser considerado uma legislação que representou uma grande evolução no conceito de propriedade privada ao definir sua função social de acordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Após a promulgação da Constituição de 1988, outras leis foram elaboradas de acordo com seus preceitos e não mais seguindo o espírito individualista-liberal do Código Civil de 1916.

Nesse sentido foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) que, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da igualdade (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal) e da proteção da família, da criança, do adolescente (arts. 226 ao 230, todos da Constituição), consagrou a proteção integral da criança e do adolescente

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 14.

assegurando o direito à dignidade, vida, saúde, educação, moradia, igualdade, entre outros também de grande importância.

Outra Lei em que se nota o processo de constitucionalização do Direito Privado é o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) que, em seu art. 1º, expressa:

“Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”¹³⁶

Desta forma, dispõe sobre as relações de consumo fixando uma série de princípios que visam o respeito à dignidade dos consumidores e devem ser atendidos por estarem de acordo com a ordem constitucional vigente.

Uma última lei especial que será mencionada é a chamada Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) que fincou princípios “...no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*”¹³⁷.

Há muitos outros exemplos de legislações especiais que foram criadas à luz da Constituição Federal e que, no momento, não cabe analisar.

¹³⁶ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 16.

Diante dos novos princípios da Constituição de 1988 e da legislação especial vigente, constatou-se uma total dissonância do Código Civil de 1916 com a nova realidade do Direito Privado brasileiro.

Nota-se uma profunda alteração na técnica legislativa impregnada de uma carga principiológica democrática que rege as relações privadas e vai muito além do que um conjunto de regras estáveis. O legislador moderno está preocupado em fixar as diretrizes da política nacional de consumo, em definir programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente ou, ainda, em estabelecer as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos e não apenas em ditar modelos normativos fechados e taxativos, como os expressos na codificação civil oitocentista¹³⁸.

O Código Civil de 2002, inovador e contemporâneo, teve a incumbência de inserir o Direito Privado nesse processo de constitucionalização, posto que, nos dizeres de Judith Martins-Costa, “...vivemos o modelo da comunicação e da complementaridade em detrimento do antigo modelo da incomunicabilidade entre o direito civil e o direito constitucional”¹³⁹.

Pietro Pierlingieri entende que na fase atual do Direito Privado são metas do Direito Civil:

“...individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais, e, em especial, às necessidades existências da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 09.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Direito Civil e Constituição *apud* TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**, p. 63.

funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor”¹⁴⁰.

O Código Civil de 2002, como norma inferior à Constituição Federal, deve ser interpretado em consonância com os princípios e fundamentos expressos nesta Lei Maior.

Flávio Tartuce lembra:

“...a norma constitucional é uma regra geral voltada para a atuação do Estado em face da sociedade. E havendo na sociedade uma regra específica para a atuação entre os particulares, nada mais justo que a interpretação dessas normas específicas seja feita em harmonia com a regra geral”¹⁴¹.

Desse modo, a interpretação do Direito Civil deve ser feita em conjunto com a Constituição Federal visando implementar uma aplicação mais concreta e justa do Direito.

Gustavo Tepedino frisa:

“...a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual”¹⁴².

Sem dúvida essa nova abordagem do Direito Civil contribui para a consolidação dos valores éticos e sociais no ordenamento jurídico.

¹⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**, p. 64.

¹⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, p. 21.

4 A POSITIVAÇÃO DO CULTURALISMO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 merece estudo para que sua aplicação seja coerente com os pressupostos de uma ordenação que se fez de modo prospectivo, dinâmico e integrativo.

Este diploma civil possui traços característicos singulares. Trata-se de um conjunto de idéias plurais que ultrapassam os limites do legalismo estrito do positivismo e do normativismo, sem, contudo, recorrer à razão subjetiva do Direito Natural. É marcado, ainda, pela ascensão dos valores, pelo reconhecimento da

normatividade dos princípios, pela essencialidade dos direitos humanos fundamentais e pelo posicionamento da ética no centro do Direito.

Contemporaneamente, o Direito deve ser compreendido em constante vinculação com valores sociais e éticos. A idéia segundo a qual a experiência jurídica vai continuamente se formando e se completando, de acordo com os dados culturais prevaletentes, está expressa na estrutura, na metodologia e na linguagem do Código Civil de 2002.

Esse novo diploma instaura a “razão comunicativa”, ao estabelecer a permanente, mas coordenada intertextualidade entre suas disposições e outras fontes, sejam elas jurídicas ou extrajurídicas.

Judith Martins Costa acredita que a modernidade requer três espécies de razões, a “razão sensível”, a “razão substancial” e a “razão comunicativa”. Diz a referida autora:

“A *razão sensível* é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto [...]. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na ‘circunstancialidade em que o conhecimento se processa’, isto é, na experiência não vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A *razão substantiva* é aquela capaz de pensar fins e valores, a que considera o homem como um projeto – sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a *razão processual e comunicativa* é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.”¹⁴³.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil in **Revista dos Tribunais**, p. 32.

A idéia de uma racionalidade comunicativa, trazida pelo novo diploma civil, implica em normas abertas à intertextualidade, ou seja, capazes de estabelecer conexões extra-sistemáticas, inclusive fora do ordenamento jurídico, fazendo com que o Código não sintetize todo o Direito Civil.

Afirma Judith Martins Costa:

“Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.”¹⁴⁴.

A consciência da impossibilidade de um ordenamento jurídico civil regulamentar todas as situações de fato é um grande avanço do Direito. O sistema jurídico requer uma permanente complementação de todas as normas e subsistemas que o formam especialmente aqueles elencados como fundamentais.

Esta noção de complementaridade permanente é essencialmente culturalista. A comunicação intertextual instaurada encontra respaldo nos princípios da socialidade, da operabilidade e da eticidade, bem como na estrutura e na linguagem aberta que o Código apresenta.

O estudo dos princípios norteadores do Código Civil de 2002 é de extrema relevância para a compreensão dos institutos presentes nessa nova lei privada.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285.

O primeiro princípio a ser analisado será o da socialidade. O Código Civil de 2002, diferentemente do de 1916, é marcado pela transposição do individualismo para o coletivo. O Código Civil anterior foi projetado para uma sociedade eminentemente rural, enquanto que no atual prevalece a vida urbana, com todas suas mutações sociais.

Miguel Reale afirma: “...se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”¹⁴⁵.

A socialização impôs ao Código Civil, “...a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.”¹⁴⁶.

Prossegue afirmando: “...nosso empenho foi no sentido de situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu de duas guerras universais, bem como da revolução tecnológica e da emancipação plena da mulher”¹⁴⁷.

Além da valorização do social em detrimento do individual, há a desvalorização do tecnicismo em favor do reconhecimento de valores éticos no Direito Privado. Eis, então, o segundo princípio, o da eticidade, que afasta o excessivo rigor formal do Código Civil de 1916.

¹⁴⁵ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

¹⁴⁶ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

¹⁴⁷ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

De acordo com aquele diploma legal tudo deveria ser resolvido através de preceitos normativos expressos, havendo raras referências a critérios éticos. O novo Código, ao contrário, opta por recorrer, sempre que possível, a valores éticos, como, por exemplo, à equidade, à boa-fé, à justa causa e a outros mais para atingir a verdadeira “concreção jurídica”¹⁴⁸.

É incontestável o mérito do formalismo jurídico e todo o seu tecnicismo, porém, na atualidade, é impossível deixar de reconhecer a importância que os valores éticos têm. Por isso, um não deve ser aplicado em detrimento do outro, mas em um ordenamento modernos ambos devem compatibilizar-se¹⁴⁹.

Miguel Reale, ao referir-se ao projeto do atual Código, diz:

“...freqüente é no Projeto a referência à proibidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado, parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico.”¹⁵⁰.

O princípio da eticidade é marcado pela busca dos valores morais, do espírito desse diploma que rege o Direito Privado e do conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se sistematizam.

¹⁴⁸ A teoria do *Direito concreto*, e não puramente abstrato, encontra apoio de juristas como de English, Betti, Larenz, Esser e muitos outros. - REALE, Miguel. Estrutura e Espírito do Novo Código Civil Brasileiro in **História do Novo Código Civil**, p. 41.

¹⁴⁹ REALE, Miguel. Estrutura e Espírito do Novo Código Civil Brasileiro in **História do Novo Código Civil**, p. 37.

¹⁵⁰ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil in **Revista de Direito Privado**, p.12.

O Código Civil de 2002 deixou o formalismo para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, valorizando as condutas éticas, da boa-fé, da moral e dos bons costumes a fim de colaborar para uma maior socialidade.

Houve, também, a preocupação de garantir à sociedade um Direito plenamente aplicável. Para tanto, adotou-se o princípio da operabilidade para o fim de facilitar a aplicação, pelos operadores do Direito, dos institutos previstos no Código Civil, objetivando-se a concretude e a efetividade desses direitos.

Concretude, assim se expressa Miguel Reale:

“...é a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas quanto possível, legislar para o indivíduo situado [...]. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação objetiva, concreta.”¹⁵¹.

O objetivo final é sempre atingir essa maior concretude do Direito, fazendo com que os fatos e os valores sejam, também, considerados no momento de elaboração e aplicação das normas jurídicas.

Segue Reale dizendo: “...o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma”¹⁵².

¹⁵¹ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

¹⁵² REALE, Miguel. Estrutura e Espírito do Novo Código Civil Brasileiro in **História do Novo Código Civil**, p. 41.

Todos estes princípios possibilitam uma interação do Código com a Constituição Federal e as leis que constituem os microsistemas legais, configurando um modelo regulatório aberto e flexível.

O que permite essa apreensão intra-sistemática, inter-sistemática e extra-sistemática das normas jurídicas é a abertura semântica proporcionada pelas cláusulas gerais.

4.1 Cláusulas Gerais

Karl Engisch entende a cláusula geral “...como um conceito que se contrapõe a uma elaboração *casuística* das hipóteses legais”¹⁵³. Para o autor, “...casuística é a configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”¹⁵⁴.

Diz, ainda, “...a distinção entre o método casuístico e o método da cláusula geral é, evidentemente, uma distinção apenas relativa”¹⁵⁵. Pois, “...cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro duma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem também complementar”¹⁵⁶.

¹⁵³ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, trad. J. Baptista Machado, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p.188.

¹⁵⁴ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 188.

¹⁵⁵ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 190.

¹⁵⁶ ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 191.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, cláusulas gerais “...são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”¹⁵⁷.

Essa técnica legislativa surgiu, predominantemente após a segunda metade do século XX e aparece como alternativa à casuística, que é a técnica, largamente utilizada pelos legisladores e determinativa da hipótese fática detalhada sobre a qual deva incidir uma norma.

A casuística é apontada como um dos fatores que mais contribuiu para o envelhecimento precoce das legislações, pois, a cada mutação social sofrida, as normas perdiam sua aplicabilidade.

As constituições atuais são repletas de modelos jurídicos abertos. E, as legislações (alemã, portuguesa, brasileira, por exemplo) estão seguindo esta mesma tendência.

O atual Código Civil brasileiro abandona o excessivo rigor conceitual e possibilita a elaboração de modelos jurídicos na interpretação das normas, ao considerar os fatos e valores da sociedade.

As cláusulas gerais terão duas funções primordiais: a conferir maior mobilidade ao sistema jurídico e dar ao juiz pautas de valoração, no caso concreto.

A mobilidade é marcada pela interligação e comunicação dos sub-sistemas que compõem o ordenamento jurídico, seja na mesma esfera hierárquica, na esfera

¹⁵⁷ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, São Paulo: RT, 2002, p. 06.

inferior ou na superior. Assim, por exemplo, o Código Civil irá recorrer a outras legislações extravagantes, a decretos ou à Constituição Federal para solucionar situações concretas. Como também confere maior mobilidade interna, ou seja, entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil.

A valoração dos magistrados diante do caso concreto significa que as decisões judiciais não são mais arbitradas exclusivamente de acordo com o Código Civil, mas sim vinculadas a todo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, gozarão de discricionariedade os juízes, desde que dentro da margem estabelecida por aquele ordenamento.

Judith Martins-Costa, assevera que as cláusulas gerais:

“...conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”¹⁵⁸.

Estas são capazes de dar mobilidade ao sistema, flexibilizando o direito positivo.

Tem natureza normativa, porquanto são fontes de direitos e deveres.

Judith Martins-Costa, pertinentemente, observa: “...dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar,

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 118.

previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência”¹⁵⁹.

A autora lembra:

“...por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes em determinada ambiência social.”¹⁶⁰.

Para atingir suas finalidades, a cláusula geral formula sua hipótese legal mediante o emprego de termos vagos e abstratos, os quais permitem construir conceitos jurídicos indeterminados. São considerados como “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos”¹⁶¹.

Permitem que o operador do Direito extraia da norma, para a situação fática presente, o seu real sentido.

As cláusulas gerais, presentes na estrutura do Código, possibilitam a imediata captação dos valores, principalmente aqueles expressos nos direitos fundamentais. A concretude desses direitos fundamentais, na experiência jurídica, é possível pela presença do Culturalismo impregnado em nosso novo diploma civil.

Gustavo Tepedino adverte, com uma brilhante argumentação:

“...há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 119.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, p. 299.

¹⁶¹ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, São Paulo: RT, 2002, p. 05.

codificado em significado coerente com as tábuas de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e da justiça social¹⁶².

A adoção de cláusulas gerais contribuirá para diminuir a rigidez do sistema jurídico privado. Permitirá maior concretude ao Direito, através da interpretação da lei sob a orientação dos princípios gerais do Direito e dos princípios norteadores desse novo diploma legal.

Estas inovações estruturais permitem que o Código Civil atual configure um sistema aberto e axiologicamente orientado.

Entre as várias cláusulas gerais, duas merecem especial consideração: a primeira seria referente à *função social*, que tem íntima relação com o princípio da socialidade; e a segunda relacionada à *boa-fé*, que, por sua vez, é vinculada ao princípio da eticidade.

4.1.1 Função social

Contemporaneamente, o Direito Civil é influenciado pela socialidade, ou seja, suas normas devem coadunar-se com a vida da sociedade que tutela. Expressão deste princípio é a chamada *função social*.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**, 2º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXXIII.

O substantivo função, do latim *functio*, é derivado, na referida língua, do verbo *fungor*, cujo significado é de cumprir algo, desempenhar um dever ou uma tarefa¹⁶³. Já, o adjetivo social, exprime algo que é da sociedade, ou relativo a ela, ou, ainda, algo lhe interessa¹⁶⁴. Com isso, a expressão “função social” significa o ato de desempenhar uma tarefa em pró da sociedade, realizando seus interesses.

Não se pode afastar o fundamento constitucional desse preceito. Do princípio constitucional da função social da propriedade, disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, emana os princípios da função social da propriedade urbana, da função social da propriedade rural, da função social do contrato e da função social da empresa.

A função social da propriedade decorre da necessidade de impor limitações ao exercício do direito de propriedade, ou seja, limitações ao uso, gozo e disposição do bem pelo seu legítimo proprietário. Tais limites, aos poucos, foram sendo aceitos pela sociedade e, hoje, “ninguém se impressiona ou estarrece com as limitações urbanísticas, com o zoneamento urbano, a preservação do meio ambiente, a desapropriação e os limites de ocupação de terrenos”¹⁶⁵, por exemplo.

É conveniente frisar que a função social da propriedade não se refere, exclusivamente, aos limites da propriedade privada. Em um Direito

¹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, in **Revista dos Tribunais**, ano 85, nº 732, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 40.

¹⁶⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 606.

¹⁶⁵ BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Da função social para a responsabilidade da empresa, in, VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Temas Atuais da Direito Civil a Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237.

inspirado na solidariedade política, econômica e social, o conteúdo de função social assume um sentido amplo, disciplinando todas as manifestações de propriedade e fazendo com que suas interpretações sejam, sempre, direcionadas a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento¹⁶⁶.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos diz: “...não há um regime único da função social porque também são diversos os domínios sob os quais se exerce a propriedade.”¹⁶⁷.

Judith Martins Costa afirma: “...se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar – é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação”¹⁶⁸.

A função social deve estar presente em todos os institutos do Direito Privado, de modo que sempre que não houver violação dos direitos individuais, a idéia de coletivo deve sobrepor-se ao particular, alimentando a solidariedade e favorecendo a isonomia entre os desiguais.

Georges Ripert assevera: “...os direitos não são outorgados ao homem senão para lhe permitir que preencha sua função na sociedade, não há qualquer razão para lhe conceder direitos que lhe permitiriam subtrair, da utilização comum, bens úteis a todos”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, p. 226.

¹⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 75.

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith, **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 144.

¹⁶⁹ RIPERT, Georges *apud* MARTINS-COSTA, Judith, **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 147.

A função social está dispersa em diversas normas do Código Civil de 2002. Revela-se como uma diretriz central, sem a qual não é possível delinear o sentido do Direito Privado.

4.1.2 Boa-fé

Assim como a função social, a boa-fé permeia todas as disposições do Código Civil. Esclarece Reale, “...o constante valor dado à boa-fé constitui uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, que o substituiu”¹⁷⁰.

Boa-fé significa o estado de consciência individual que age conforme o Direito, em favor da sociedade, sem contrariar interesses alheios ou lesar alguém. Para ser aferida não basta a análise da consciência, é importante que sejam considerados outros fatores concretos, como, por exemplo, a realidade socioeconômica-cultural, que está envolvida na situação concreta ou, mesmo, a intencionalidade da prática de determinado ato.

Ao agir-se de boa-fé sobressaem os valores jurídicos da confiança, lealdade, honestidade e fraternidade. Por isso, embora de difícil comprovação, a boa-fé tem grande relevância nas relações privadas, pois, para o pleno desenvolvimento de uma sociedade, é fundamental que tais relações sejam fundamentadas naqueles princípios.

¹⁷⁰ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil *in* **História do Direito Civil**, p. 247.

O conceito de boa-fé buscará, inicialmente, referências nas codificações mais antigas, as quais o relacionavam somente à intenção dos sujeitos de direito, no momento de concreção do ato jurídico; denominava-se boa-fé subjetiva. Posteriormente, o Direito Romano passou a considerar a boa-fé direcionada à conduta das partes, denominando-a de boa-fé objetiva.

Entendida subjetivamente, a boa-fé estaria relacionada apenas com o elemento intrínseco das partes, qual seja, a sua vontade. Flávio Tartuce lembra que é “interessante notar que esse conceito de boa-fé subjetiva, relacionado somente com a intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é do que a concretização dessa vontade”¹⁷¹.

Com vistas a preencher esta lacuna e levando-se em conta a atuação concreta das partes, foi desenvolvido o conceito de boa-fé objetiva. Segundo este conceito a boa-fé objetiva constitui-se um preceito de conduta que se ajusta à idéia de ser uma forma das partes buscarem a consecução de fim por elas previamente estabelecido.

É pertinente ressaltar que dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma boa atuação presume uma boa intenção. Portanto, toda vez que há a previsão da boa-fé objetiva, implicitamente há a referência à boa-fé subjetiva.

Fernando Noronha, nesse sentido, afirma:

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**, p. 89.

“...mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a norma de conduta, que determina como ele deve agir”¹⁷².

Como mencionado, no sistema romano já havia referência aos *pactos adjetos de boa-fé*¹⁷³, mas, com o decorrer dos tempos, o conceito de boa-fé objetiva sofreu diversas evoluções e passou a estar previsto em várias codificações importantes, tais como no Código Civil Alemão (o BGB), no Código Civil Italiano, no Código Civil Francês, no Código Civil Português e, posteriormente, no Código Civil Brasileiro.

A boa-fé objetiva diz respeito às normas de conduta que ditam como as partes devem agir. Nos contratos, por exemplo, espera-se das partes contratantes que ao firmarem um compromisso tenham a sincera intenção de cumpri-lo.

No Brasil, o Código Civil de 1916 previa, expressamente, a boa-fé subjetiva, mas não fazia referência direta à boa-fé objetiva, salvo em sua aplicação específica ao contrato de seguro, disciplinada no art. 1.443, do antigo Código Civil.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor em consonância com os fundamentos e princípios constitucionais, expressos na Carta de 1988,

¹⁷² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

¹⁷³ TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**, p.163.

consagrou expressamente a aplicação da teoria da boa-fé objetiva, a fim de assegurar o princípio da confiança e harmonizar as relações de consumo.

No entanto, foi com o atual Código Civil que o princípio da boa-fé objetiva assumiu a conotação de regra geral e se fez presente em várias instituições disciplinadas por este diploma legal, como por exemplo, no direito das obrigações, nos contratos, no direito empresarial, entre outros.

Observa Miguel Reale: “...a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até suas últimas conseqüências”¹⁷⁴.

O Código Civil de 2002, influenciado pelo Culturalismo realeano, erigiu a boa-fé como condição matriz do comportamento humano.

4.1.3 Segurança jurídica

O Código Civil de 2002 é conseqüência de uma nova fisionomia da sociedade civil, atenta à mobilidade da vida e à circunstância de o Direito representar um sentimento de realidade.

O estudo do Direito privado não pode ser dissociado de sua

¹⁷⁴ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil *in* **História do Direito Civil**, p. 248.

análise histórica e social. Pietro Perlingieri afirma:

“O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ela tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, como coexistência.”¹⁷⁵

Sendo assim, a sociedade contemporânea, com todas as modificações que sofreu desde a elaboração do Código Civil de 1916 até a promulgação do Código Civil de 2002, clamava por uma reflexão coletiva sobre a origem, a estrutura, a função e os fundamentos do Direito privado.

Francisco Amaral debatendo sobre as necessidades de adequação do Direito à realidade social, ensina:

“... a época atual já não é própria para a sistematização e as grandes sínteses, mas sim para a análise crítica e a desconstrução dos sistemas vigentes, sob a égide de princípios jurídicos que dão maior eficácia, garantia e legitimidade à matéria privada.”¹⁷⁶

Atento a esta necessidade de atualização, o novo diploma legal trouxe uma nova técnica legislativa, as cláusulas gerais, com conceitos legais indeterminados e “...soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, e freqüentes apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.01.

¹⁷⁶ AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade, *in* FIUZA, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira Naves (coordenadores). **Direito Civil: Atualidades**, p. 63.

prestações”,¹⁷⁷ entre outros postulados de caráter estruturalmente inovador das normas.

Essa nova estrutura metodológica, trazida pela presença do Culturalismo no Código Civil de 2002, não deve colidir com a garantia constitucional que deve reger as relações do Direito Público e Privado, qual seja, a segurança jurídica.

A segurança jurídica é uma das principais aspirações humanas. E o Direito, como instrumento de organização social por excelência, é imprescindível para garanti-la¹⁷⁸.

Para garantir segurança jurídica, o Código Civil de 2002 misturou, em sua estrutura, métodos de regulamentação casuística e cláusulas gerais. Optou por constituir-se como um sistema composto por regras com maior abertura semântica e por regras que não dão margem a tanta mobilidade interpretativa. Fez-se essa escolha, a fim de se conferir maior certeza jurídica a este diploma, sem que ele estivesse condenado ao envelhecimento precoce. Não ficou fechado à realidade nem aberto a arbitrariedades.

Segurança jurídica implica muito mais do que simples normas casuísticas em uma codificação. Conferir segurança jurídica a um ordenamento e a uma sociedade significa garantir plenitude de todos direitos, a certeza de justiça e a eficiência de um Poder Judiciário atuante.

¹⁷⁷ REALE, M. **O Projeto do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁷⁸ NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria**, Madrid: Marcial Ponds, 2000, p. 21.

Francisco Amaral diz:

“Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança”¹⁷⁹.

Conferir segurança jurídica, segundo uma visão estritamente formalista, apenas para dar credibilidade ao ordenamento, não é o caminho mais adequado, segundo as experiências demonstradas. Um ordenamento conferirá confiabilidade quando “...inserir a segurança na dinâmica de um *Estado de valores* superando uma formulação puramente legal da ordem estatal”¹⁸⁰.

Com isso acrescenta César García Novoa:

“Assim, para uma justificação plena da segurança jurídica não bastará constatar a vinculação da segurança com o Estado, compreendido este segundo a aceção kelsiana de ‘orden coativa da conduta humana’. Porque a própria teoria pura do mestre de Viena reconhece que o Estado deve ser aceito como uma expressão de valor qualificado; não poderíamos falar de segurança jurídica como uma derivação automática da existência de uma ordem jurídica estatal, senão que a segurança jurídica requererá a existência de um Estado que seja eticamente aceitável”¹⁸¹.

Infere-se destas afirmações que há conflito entre segurança

¹⁷⁹ AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-modernidade, in FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coordenadores). **Direito Civil: Atualidades**, p. 64-65.

¹⁸⁰ “...insertar la seguridad en la dinámica de un *Estado de valores*, superando una formulación puramente legal del orden estatal” - NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria**, p. 24.

¹⁸¹ “Así, para una justificación plena de la seguridad jurídica no bastará constatar la vinculación de la seguridad con el Estado, entendido éste en la acepción kelsiana de ‘orden coactivo de la conducta humana’. Y ello, porque incluso la propia teoría pura del Derecho del maestro vienés acaba reconociendo que ‘el Estado debe aceptarse como una expresión con un valor cualificado; no podríamos hablar de seguridad jurídica como una derivación automática de la existencia de un orden jurídico estatal, sino que la seguridad jurídica requerirá una existencia del Estado que sea éticamente aceptable” - NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria**, p. 24.

jurídica e justiça no Direito. Mas, como bem alerta Pérez Luño, um ordenamento cujo conteúdo não seja justo, levará a uma *segurança da insegurança*¹⁸². Os valores segurança e justiça têm que ser interpretados dentro da lógica da razoabilidade, sem que nenhum sufoque o outro, a fim de se atingir a idéia de concreção do Direito.

Estes objetivos estão muito mais próximos deste Código Civil culturalista do que estavam do Código de 1916.

Observa-se que um Código culturalista tem a virtude de instaurar um novo padrão de racionalidade no Direito Privado. Ele deve ser apto a realizar o equilíbrio, considerando para tanto, as circunstâncias do caso, as singularidades do livre desenvolvimento da personalidade, a efetiva desigualdade substancial das partes, o princípio da justiça substancial e o princípio da segurança jurídica.

4.2 Reflexos da Posituação do Culturalismo no Código Civil de 2002

O Direito é um produto histórico, econômico e cultural. Deve ser sempre pensado, interpretado e realizado de acordo com os postulados do modelo de sociedade vigente. A sociedade contemporânea tem novas exigências e se

¹⁸² LUÑO, Pérez *apud* NOVOA, César García. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*, p. 25.

estrutura em novos padrões de organização social, política e econômica, por isso clama por um Direito moderno que acompanhe seu desenvolvimento.

Essa nova perspectiva do Direito refletiu em todos os seus ramos. No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da instauração de um Estado Democrático de Direito, expõem-se estas novas feições.

No decorrer dos tempos, a evolução cultural obriga a sociedade e o Direito a rever os esquemas tradicionais que envolvem as relações privadas. O Direito Civil adquiriu novos contornos. Seus institutos foram repaginados e as normas constitucionais passam a ter aplicação direta nas relações jurídicas privadas.

As repercussões da nova razão comunicativa instaurada pelo Código Civil de 2002 atingem todas as suas normas. Assim, o regime jurídico apresentado é aplicável às relações privadas, tanto na Parte Geral, como na Parte Especial da Lei Civil. A seguir serão destacados alguns dispositivos com o propósito de evidenciar de forma exemplificativa e não exaustiva a posituação do Culturalismo no Código Civil de 2002.

4.2.1 Na Parte Geral

A Parte Geral do Código Civil de 2002 tem uma responsabilidade maior do a do Código Civil de 1916. Este era comprometido apenas com o positivismo das Escolas da Exegese francesa e da Pandectista alemã, sem maiores compromissos sociais. O novo Código, eminentemente culturalista, possui um compromisso com um Direito dinâmico, atual, capaz de atender aos anseios da sociedade que está tutelando.

Miguel Reale considera:

“...a ultrapassagem ou a transcendência do conceito individualista de direito subjetivo como a ‘grande vedete’ do sistema jurídico. Não mais o individualismo como titular de regras positivas cerradas, mas, ao contrário, a pessoa humana, que representa a consciência do indivíduo em si mesmo e nas relações com os outros”¹⁸³.

A Parte Geral segue os três princípios orientadores da nova Lei Civil, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

É possível apontar, como exemplo de posituação da socialidade, o art. 187, do Código Civil:

“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.”¹⁸⁴

Observa-se, neste artigo, o reconhecimento de que não existem direitos absolutos, pelo fato de todo direito estar subordinado ao direito de outrem.

¹⁸³ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 57.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Eis aí a transposição do individual para o coletivo, a marca do princípio da socialidade.

Sobre o artigo em questão, Gustavo Tepedino afirma: "...almeja-se com a disciplina do abuso de direito uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídica subjetiva à luz dos valores consagrados no ordenamento civil-constitucional"¹⁸⁵.

A intenção da Lei Civil foi impor limites, por meio dos princípios da função social, da boa-fé objetiva e dos bons costumes, ao abuso de direito.

Um outro artigo que evidencia o princípio da boa-fé, explicitamente, é o 113, do Código Civil, que preceitua:

"Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."¹⁸⁶

Tal artigo indica como norte o princípio da eticidade, pela observância da boa-fé. Para Judith Martins Costa a boa-fé possibilita a diretriz constitucional da solidariedade social¹⁸⁷.

A consagração da positivação da boa-fé objetiva deu-se, justamente, no artigo em análise, desempenhando, na teoria contratual, segundo Gustavo Tepedino, três funções fundamentais.

¹⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar, p. 341.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 634.

A primeira função da boa-fé estaria relacionada a aspectos hermenêuticos, com a indispensável interpretação das cláusulas contratuais privilegiando-se sempre a lealdade e a honestidade. A segunda serve como limite para o exercício dos próprios direitos, diferenciando-se o exercício regular do abuso de direito. E a terceira consistiria em exercer o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, como poderá ser observado na Parte Especial do Código, no Direito das Obrigações¹⁸⁸.

E, o princípio da operabilidade pode ser visto, claramente, na Parte Geral nos artigos 189 ao 211, do Código Civil, que disciplinam a prescrição e a decadência.

No intuito de facilitar a aplicação, pelos operadores de Direito, destes institutos, o Código Civil de 2002 define a prescrição e a decadência de forma bem distinta, o que não era feito pelo Código Civil de 1916.

Miguel Reale afirma ter-lhe ocorrido “...uma solução prática e até certo ponto simples: estabelecer na Parte Geral do Código o elenco dos casos de prescrição em *numero clauso*, tratando dos casos de decadência em imediata conexão com a norma de cada *fattispecie*”¹⁸⁹.

Cabe, por fim, lembrar que o Código Civil de 2002 também inova ao trazer um capítulo disciplinando os direitos da personalidade. Reale ressalta: “...tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, p. 228.

¹⁸⁹ REALE, Miguel. A Parte Geral do Novo Código Civil, in **História do Novo Código Civil**, p. 61.

preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência”¹⁹⁰.

Ainda no Livro I, que trata Das Pessoas, modifica substancialmente dispositivos sobre a capacidade das pessoas físicas, disciplina a questão da *ausência* conforme a nossa realidade cultural, dá novo tratamento às pessoas jurídicas, diferenciando as de fim econômicos das de fim não-econômico e positiva a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No Livro II, referente aos Bens pouco altera. Permanecem os conceitos anteriores, devido a sua ampla aplicação no Direito Administrativo. Apenas foram mais precisamente discriminados os *bens públicos*.

E, no Livro III, Dos fatos Jurídicos, dá preferência à disciplina dos *Negócios Jurídicos*, segundo Miguel Reale, “...com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda parte relativa ao Direito das Obrigações”¹⁹¹.

Se foi mantido a aspecto formal da Parte Geral do Código Civil de 1916, foram introduzidas, no Código Civil de 2002, notáveis alterações, seja em sua estrutura metodológica, seja em seus dispositivos legais, seja, principalmente, em seu conteúdo e espírito.

¹⁹⁰ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, in **História do Novo Código Civil**, p. 87.

¹⁹¹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, in **História do Novo Código Civil**, p. 87.

A Parte Geral do Código Civil de 2002 foi elaborada segundo as diretrizes culturalistas, primando-se pela concreção de valores éticos e sociais e colocando-se o Direito ao alcance de todos os homens.

4.2.2 Na Parte Especial

4.2.2.1 LIVRO I – Do Direito das Obrigações

O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, de bases fundamentalmente romanas e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola dos Pandectistas, sem dúvida alguma, ao mesmo tempo que auxiliou o desenvolvimento econômico, legitimou abusos, favorecendo a prepotência das pessoas economicamente fortes¹⁹².

O Código Civil atual, orientado por princípios sociais e éticos, tenta alterar essa concepção, hoje fortemente impregnada na mentalidade das pessoas, ao consagrar a função social e a boa-fé nas relações obrigacionais.

Gustavo Tepedino afirma:

¹⁹² GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos Direitos das Obrigações**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 06.

“A alusão aos valores do ordenamento remete o intérprete diretamente à normativa constitucional, com destaque para o princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), que tem incidência determinante nas relações obrigacionais, não apenas como fundamento de cláusulas gerais como o princípio da boa-fé objetiva, mas também no sentido de impor a ponderação dos interesses envolvidos em cada caso concreto”¹⁹³.

O Livro II, na Parte Especial, apresenta algumas importantes alterações resultantes da orientação seguidas pela nova Lei Civil, mesmo tendo optado pela conservação da sistemática do Código anterior.

No tocante ao *inadimplemento das obrigações*, imprime diretrizes ético-sociais a esta matéria. O Título IV, que trata do inadimplemento, tem, também, como objeto a responsabilidade civil contratual.

A responsabilidade contratual pressupõe o inadimplemento de uma obrigação, que pode configurar-se através do inadimplemento absoluto, da mora e da violação positiva do contrato, podendo ser, ainda, total ou parcial¹⁹⁴.

Sobre esta responsabilidade, o Código Civil de 2002, trata especialmente dos casos de *onerosidade excessiva dos contratos*, prevendo regras capazes de restabelecer o equilíbrio dos interesses conflitantes¹⁹⁵.

O art. 478 prevê:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com

¹⁹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, p. 493.

¹⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, p. 691.

¹⁹⁵ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 94.

extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os defeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”¹⁹⁶

Josaphat Marinho salienta que o Código Civil de 2002 adequa os contratos à realidade social “substituindo a velha cláusula *pacta sunt servanda*, dos códigos individualistas, pela regra justa – *rebus sic stantibus*”¹⁹⁷.

Ademais, o Livro I, na Parte Especial, do Código Civil de 2002, reconhece a liberdade de contratar, porém condiciona-a ao princípio da socialidade. O art. 421 preceitua:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”¹⁹⁸

Sobre a inclusão deste artigo, Miguel Reale afirma que uma das grandes alterações do Direito das Obrigações foi “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade”¹⁹⁹.

Sobre essa nova visão do contrato, Flávio Tartuce ensina:

“...pela vanguarda da nova tese, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção lógica do meio social em que estão inseridos,

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

¹⁹⁷ MARINHO, Josaphat. Parecer Final do Relator Geral no Senado Federal, *in História do Novo Código Civil*, p. 138.

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

¹⁹⁹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, *in História do Novo Código Civil*, p. 93.

não trazendo onerosidades excessivas às partes contratantes,garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação emergente, nos seus arts. 884 a 886”²⁰⁰.

A boa-fé, por sua vez, é explícita no art. 422:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”²⁰¹

Este artigo “consagra a necessidade de as partes manterem, em todas as fases contratuais, sua conduta dentro da mais estrita boa-fé”²⁰². Segundo as diretrizes do Código Civil de 2002 toda a relação contratual tem como base princípios morais.

Além de estabelecer as regras gerais das relações contratuais, o Livro II regulamenta os contratos em espécie, observando o princípio da operabilidade.

São exemplos de modalidades contratuais não previstas no Código Civil de 1916 e que ganharam tipificação na atual Lei Civil o contrato estimatório (arts.534-537), o contrato de comissão (arts. 693-709), o contrato de

²⁰⁰ TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**, p.196.

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²⁰² TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**, p.177.

agência e distribuição (arts. 710-721), o contrato de corretagem (arts. 722-729) e o contrato de transporte (arts. 730-756).

Sobre o Livro II, Direito das Obrigações, Miguel Reale diz que ele:

“firme na consistência ética da realidade socioeconômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução eqüitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de *oneriosidade excessiva*, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidades sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da *socialidade* do Direito”²⁰³.

Este é o entendimento que deve nortear o estudo do Direito das Obrigações, uma percepção dinâmica e funcional à luz dos princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade.

4.2.2.2 LIVRO II – Do Direito de Empresa

No decorrer do século XX até os dias de hoje, a empresa vem se modificando. Aos poucos, estão deixando de ser individuais e familiares para se tornar o centro da economia, com maior espírito associativo.

Com a superação dos ideais econômicos liberais, o Direito Privado, regulamentado, principalmente, pelo Código Civil de 1916 e o Código

²⁰³ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 92.

Comercial de 1950, tornou-se obsoleto. As legislações privadas não conseguem acompanhar as transformações pela quais passa a sociedade.

Diante dessa nova realidade do Direito Privado é necessário instaurar uma nova ordem jurídica. Foi nesse contexto que o Código Civil de 2002 foi elaborado. Diminuem-se a distância entre o direito privado, as suas normas jurídicas e a realidade socioeconômica. Alcança, também, as relações empresariais transformando o Direito Comercial em Direito de Empresa.

A nova composição da empresa fez com que os juristas passassem a enxergar o direito empresarial sob outro aspecto, atualizando sua estrutura normativa de acordo com as circunstâncias econômicas, as necessidades sociais e a ética.

Nessa fase de pós-modernidade do Estado, o jurista deve pensar em conciliar os interesses do empresário com os da sociedade.

Arnoldo Wald afirma:

“A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo.”²⁰⁴

Entendeu-se conveniente disciplinar unitariamente as obrigações civis e mercantis, em face do núcleo comum na teoria geral das obrigações, onde

²⁰⁴ WALD, Arnoldo. O Empresário, a Empresa e o Código Civil, *in* MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciulli. **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTr, p. 840.

se inserem. Lucas Rocha Furtado afirma: “...não mais existem contratos mercantis em oposição aos civis, sociedades mercantis em oposição às disciplinadas pelo Direito Civil”²⁰⁵. Ademais, optou-se por adotar a teoria da empresa no lugar da superada teoria dos atos de comércio.

A teoria da empresa foi elaborada por juristas italianos em oposição à teoria dos atos de comércio francesa. Em 1942, o Código Civil Italiano consagrou essa teoria ao adotá-la em seus institutos, uma vez que os operadores do Direito italiano buscavam uma figura que se aplicasse a todas as formas de atividades econômicas.

De acordo com a teoria da empresa, as atividades econômicas do Direito Privado não mais são divididas mais em dois grandes regimes, ou seja, no regime Civil e no Comercial. Houve uma unificação legislativa do Direito Privado, a partir da inclusão da idéia de empresa que abrange toda “...exploração econômica da produção ou circulação de bens ou de serviços”²⁰⁶.

Com esta teoria, o direito comercial sofre uma ampliação significativa no seu campo de abrangência. Absorve, inclusive, algumas atividades anteriormente não consideradas como comerciais, por exemplo, as prestações de serviços.

²⁰⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento Empresarial *in* MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciulli. **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**, p. 931.

²⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 08.

Com este novo paradigma não há mais limitação da lei em relação aos atos de comércio. Abrange a atividade empresarial como um todo e não apenas aquelas definidas pelo Código Comercial de 1850.

Não há um único conceito de empresa e isso decorre do fato dela ser um fenômeno econômico que pode ser analisado sob diversos aspectos.

Fábio Ulhoa Coelho define empresa como:

“...a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).”²⁰⁷.

Waldírio Bulgarelli diz que a empresa “...expressa-se através de três conceitos básicos, o empresário, o estabelecimento e a atividade”²⁰⁸.

Rubens Requião conclui que a empresa é apenas o exercício de uma atividade que surge da ação intencional do empresário em exercitar a atividade econômica. Nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário, daí firmar-se o conceito de empresa na idéia de que ela é o exercício de atividade produtiva, da qual não se tem senão uma idéia abstrata²⁰⁹.

Não havendo um conceito unitário de empresa, contentou-se o legislador com a noção econômica e a viabilidade de seu reconhecimento nos

²⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

²⁰⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais: empresa e estabelecimento**. 5ªed., São Paulo: Atlas, 1993, p. 28.

²⁰⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18.

casos em que isso se faz necessário. Toda discussão culmina com a conclusão de que empresa é um fenômeno puramente econômico, que pode ser encarado sob diversas facetas.

É possível afirmar que a adoção da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002 implicará em avanços nas relações comerciais. Permitirá a adequação das normas jurídicas à evolução da economia moderna.

A nova Lei Civil, em seu Livro II, cumprindo seu caráter culturalista, positivou os princípios da função social e da boa-fé nas relações empresariais.

A função social da empresa é um dos vários domínios atingidos pela função social da propriedade e tem nela o seu fundamento.

Eros Grau sublinha:

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da **função social da propriedade** impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na **empresa** – o dever e **exercê-lo** em benefício de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – **prestação de fazer** – ao detentor do poder que deflui da propriedade”²¹⁰.

A Constituição Federal de 1988 tratou, em seu art. 170, da atividade econômica, definindo seus fundamentos sobre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e assegurando a todos a existência de uma vida digna e justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social de propriedade, da livre concorrência, da defesa do

²¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades e da busca do pleno emprego.

A empresa está inserida nesta ordem econômica, como agente organizador da propriedade produtiva e gestor das propriedades privadas. E, a sua função social, de forma análoga à de propriedade, encontra-se erigida, também, a um princípio constitucional²¹¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a função social da empresa está intimamente relacionada à proteção da dignidade da pessoa, que se encontra amparada pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e à justiça social que está disposta no art. 170, da Constituição Federal, como um dos princípios gerais da atividade econômica.

José Afonso da Silva afirma:

“...o art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionamos essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 150, VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade de bens de produção*, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de *função social da propriedade dos bens de produção*, como de *função social da empresa*, como de *função social do poder econômico*.”²¹²

²¹¹ BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. Da função social para a responsabilidade da empresa, *in*, VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). **Temas Atuais da Direito Civil a Constituição Federal**, p. 253.

²¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 682-683.

Para conceber a idéia de uma empresa renovada, não se pode deixar de considerar os ideais constitucionais de uma vida digna e de justiça social.

Francisco Cardozo Oliveira afirma: "...a atividade empresarial, no quadro de princípios reitores da Constituição de 1988, não pode deixar de pautar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela busca da justiça social."²¹³.

Prossegue o referido autor:

"...os parâmetros de justiça social e vida digna devem ser tomados a partir do arcabouço de princípios e regras da Constituição de 1988, que procura conciliar, em linha de complementariedade, a garantia dos direitos fundamentais de cidadania e a tutela do modelo de economia de mercado"²¹⁴.

O princípio da função social da empresa surgiu na legislação brasileira em 1976, antes da Constituição de 1988, com a Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), estando expresso em seus artigos 116 e 154, como se pode observar:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e

²¹³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, Curitiba: Juruá, 2004, p. 123.

²¹⁴ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, p. 124.

tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”²¹⁵.

"Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”²¹⁶.

Fábio Konder Comparato, sobre tais artigos da Lei n. 6.404/76, faz as seguintes considerações:

“Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua.”²¹⁷.

A Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, também traz a preocupação com a função social da empresa.

Impõe às empresas condutas que têm por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. Tais imposições traduzem formas de realização de sua função social.

Foi a partir do Código Civil de 2002 que a função social da empresa ganhou uma maior projeção. Indicou os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade como norteadores das condutas empresariais.

²¹⁵ BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades Anônimas.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades Anônimas.

²¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, *in* **Revista dos Tribunais**, ano 85, nº 732, nota 5, p. 44.

É o conteúdo finalístico da atividade empresarial que tece os contornos da sua função social. E o fato da empresa desempenhar “...uma atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços”, conforme prescreve o art. 966, do Código Civil vigente, já destaca a sua função social.

Assevera Clayton Reis:

“...quando a atividade empresarial no país se encontra regularmente organizada, produzindo bens e serviços, aumentam as contribuições destinadas ao Estado. E melhora a arrecadação e incrementa os programas sociais. Por essa razão, a empresa desempenha importante função no contexto social”²¹⁸.

A função social da empresa reside não em ações humanitárias efetuadas pela empresa, mas sim no pleno exercício da atividade empresarial, ou seja, na organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para criação ou circulação de bens e serviços.

Consiste, a função social da empresa, na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimento tecnológico, movimentação do mercado econômico, além de outros encargos. Não deve ser esquecido, porém, do papel importante do lucro, responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico, realimentando o processo de novos empregos, novos investimentos, e assim sucessivamente.

²¹⁸ REIS, Clayton. A responsabilidade civil do empresário em face dos novos comandos legislativos contidos no Código Civil de 2002, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, p. 56.

Não se pode equiparar uma pequena empresa a uma multinacional. Fábio Konder Comparato afirma:

“...a função social das empresas deve ser interpretada diferentemente em relação às micros e pequenas empresas; às médias e grandes empresas nacionais; às empresas multinacionais (ou internacionais) e transacionais. É evidente que das pequenas e médias empresas locais somente se poderiam cobrar compromissos sociais relacionados à coletividade regional ou sob o micromercado que influenciam. Às maiores, uma ampliação deste raio, talvez atingindo à coletividade nacional e o macromercado que influenciam. Em face das multinacionais e das transacionais é evidente que não se haverá como colocar o ‘bem do Brasil, acima do interesse do grupo como um todo, e de sacrificar a sua lucratividade global ao desenvolvimento econômico e social da nação brasileira”²¹⁹.

Nesse contexto, analisando-se o papel da empresa na ordem jurídica e social do Estado brasileiro, é possível observar seus reflexos em diversos âmbitos do ordenamento jurídico pátrio.

Na seara tributária, tem-se a função social da empresa presente nos pagamentos de impostos gerados pela circulação de bens e serviços, já que os programas sociais do Estado dependem substancialmente dessas fontes de recursos.

No tocante ao aspecto trabalhista, a empresa deve estar comprometida com a idéia de que o trabalho é atividade indispensável para o exercício pleno da cidadania. Sem trabalho, as chances de inclusão social ficam minimizadas. Em consonância com o princípio da função social, deve resgatar,

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder *apud* BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Função Social para a responsabilidade da empresa, *in* VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 268.

também, a capacidade plena de trabalho das pessoas que se reconhecem partícipes da produção e da produtividade de bens e serviços²²⁰.

Foi nesse sentido a seguinte decisão:

“Ementa: **Acidente de Trabalho. Estabilidade provisória.** A despedida do trabalhador, pelo simples fato de ter sofrido acidente de trabalho, é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da empresa e da propriedade (CF, art. 5º, inc. XXIII). O valor social do trabalho é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. IV), a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano (art. 170), o primado do trabalho reside na base da ordem social (art. 193). A estabilidade provisória acidentária é direito de há muito tempo perseguido pelos trabalhadores, mormente se considerar que o acidentado, ainda sob o trauma dos fatos extraordinários – acidente e as suas conseqüências – e carência de plena capacidade laborativa, no mais das vezes, é sumariamente demitido, ficando impossibilitado da efetiva readaptação às suas funções. Assim, presentes os requisitos que autorizam a aplicação da Lei 8.212/91, faz jus a reclamante à indenização relativa à estabilidade provisória. **(Acórdão 3.088/1999 – Juiz José Caetano Rodrigues – Publicado no DJ/SC em 12.04.1999)**”²²¹.

No âmbito de interesses do consumidor, cumpre à empresa preservar a idéia de consumo como um ato de cidadania, a exemplo do que faz o Código de Defesa do Consumidor.

Confirmando tal entendimento, Roberto Senise Lisboa afirma:

“...a propriedade, inclusive a empresarial, deverá realmente atender a sua função social, sendo exercida a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo em um sistema econômico no qual prevalece a livre concorrência sem abuso da posição dominante de mercado, proporcionando meios para a efetiva defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais”²²².

²²⁰ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, p. 124.

²²¹ REIS, Clayton. A responsabilidade civil do empresário em face dos novos comandos legislativos contidos no Código Civil de 2002, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, p. 57.

²²² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 16.

Por fim, no Direito Civil, um outro aspecto que chama a atenção para a função social da empresa diz respeito à aplicação da sanção de despersonalização da pessoa jurídica, através da qual se atribui ao sócio da empresa, a responsabilidade pelos atos antijurídicos praticados em descumprimento à sua função social.

Ricardo Fiúza, sobre esse tema, diz:

“...consagra no direito legislado a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, através da qual o administrador da empresa, sócio ou não, responderá solidariamente pelos prejuízos que a empresa causar à sociedade ou à população em geral (ex. poluição do meio ambiente)”²²³.

As diferentes relações jurídicas, em que a empresa se posiciona como sujeito, devem ser interpretadas em consonância com o princípio da função social da empresa. Esta é a nova racionalidade empresarial que deve garantir o desenvolvimento econômico, uma vida digna e a concretização de uma maior justiça social à sociedade com um todo.

Nesse sentido, foi firmado o Enunciado 53, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do ministro do STJ, Rui Rosado: “...deve-se

²²³ FIÚZA, Ricardo. O novo Código Civil e o direito de empresa. Teresina, fevereiro de 2002. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em 17 junho 2005.

levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa²²⁴.

Fica evidente que a função social da empresa é um princípio, de base constitucional, que deve estar presente na interpretação de todos os institutos que envolvem o Direito de Empresa.

Não se confunde com a função social a responsabilidade social das empresas. Atribuir às empresas uma função social significa dizer que suas atividades econômicas devam estar conformes com os princípios e normas da Constituição Federal e do Código Civil. A idéia de responsabilidade social, porém, relaciona-se a participação da empresa em atividades/setores não-obrigatórios mas de interesse/reflexo social.

David Grayson e Adrian Hodges defendem que uma empresa socialmente irresponsável é economicamente inviável. Segundo os autores, a empresa é valorizada cada vez mais pela imagem de sua marca. Os consumidores analisam, no ato da compra, além do preço e da qualidade, o jeito como as empresas tratam o ambiente, cuidam de seus funcionários ou valorizam a comunidade²²⁵.

A responsabilidade social das empresas pode ocorrer em dois âmbitos: interno e externo. Será interna a responsabilidade social quando estiver

²²⁴ BRASIL. Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em 12 fevereiro 2006.

²²⁵ GRAYSON, David; Hodges Adrian. **Compromisso social e gestão empresarial**, São Paulo: Publifolha, 2002, p. 300.

voltada para dentro da empresa e atingir a saúde e a segurança dos seus próprios funcionários no trabalho ou alcançar recursos naturais utilizados na sua própria produção. Quando, estas práticas atingirem o ambiente externo (a relação da empresa com seus fornecedores, consumidores, a comunidade e o meio ambiente), ter-se-á a responsabilidade social externa²²⁶.

O conceito de responsabilidade social implica a necessidade da empresa reconhecer que na época atual não pode mais perseguir avidamente o único objetivo de lucros. A idéia de responsabilidade social supõe que a empresa, além das responsabilidades legais e econômicas, tenha também responsabilidade para com a sociedade. A empresa, hoje em dia, deve ter interesse na política, no bem estar da comunidade, na educação e na qualidade de vida e trabalho de seus funcionários, ou seja, no mundo que está à sua volta²²⁷.

As relações empresariais também sofreram grandes influências do princípio da boa-fé objetiva.

O Código Civil de 2002 inaugura uma fase de verdadeira democracia empresarial, que deve corresponder à democracia política vigente. Substituem-se as arbitrariedades cometidas por equilíbrio, o lucro inconstante por um lucro consciente. Pretende-se, assim, desenvolver o espírito de solidariedade na sociedade.

²²⁶ FÉLIX, Luiz Fernando. O Ciclo Virtuoso do Desenvolvimento Responsável *in* INSTITUTO ETHOS; VALOR ECONÔMICO. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**, v.II, São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003, p. 22.

²²⁷ MC GUIRE, Joseph W. **A Empresa & a Sociedade**, trad. Luiz Fernando Cruz Marcondes e Simon Jesus. Lisboa: Ed. Fundo de Cultura, 1965, p.153.

É nesse contexto que nasce o princípio da boa-fé objetiva no Direito de Empresa. De fundamento eminentemente constitucional, este princípio encontra respaldo, para sua aplicação na legislação infraconstitucional, nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal.

O princípio da boa-fé relaciona a boa índole das condutas dos sujeitos de direito, de acordo com o fundamento da República Federativa do Brasil - a dignidade da pessoa humana -, ao desenvolvimento da ordem econômica. Não restam dúvidas que o princípio da boa-fé subjetiva não pode ser dissociado da empresa, que surge, nessa atmosfera, com novos paradigmas. Deve ser diretriz para todas as suas relações negociais.

O Direito de Empresa tutela as relações empresarias. Engloba relações do empresário com fornecedores, clientes ou terceiros que não assumam nenhuma dessas duas posições. Tais relações, normalmente, são expressas em um contrato, que passa a ser instrumento jurídico utilizado pela empresa.

Quando forem de consumo, essas relações serão regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Resta, então, para o Direito Civil a regulamentação das demais situações. Tanto no Direito consumerista como no civilista há o emprego da cláusula geral de boa-fé, que procura direcionar as partes a agirem dentro das regras jurídicas e morais.

Flávio Tartuce afirma: "...a cláusula geral de boa-fé, mais especificamente, traz aos contratos deveres anexos para as partes: de

comportarem-se, de informarem o outro contratante sobre o conteúdo do negócio”²²⁸.

Um exemplo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Empresa estaria no fato de um fabricante de veículos, após constatar que houve qualquer problema em uma linha de montagem, chamar todos aqueles que adquiriram um carro com problemas para que seja realizada a substituição do item defeituoso. Agindo desse modo, a empresa demonstra o princípio da boa-fé objetiva em sua conduta.

Em outras situações a aplicação ou a auferibilidade do princípio da boa-fé pode ficar a cargo do juiz. Carlyle Popp diz:

“...pareceria contraditório defender uma sistemática tópica como fruto do pós-modernismo jurídico; reconhecer-se a boa-fé objetiva como uma cláusula geral, sem conceder poderes ao magistrado, para, de acordo com as peculiaridades do caso, aplicá-la”²²⁹.

Na aplicação do princípio da boa-fé existem alguns critérios objetivos que podem ser observados para que essa discricionariedade atribuída aos juízes não se transforme em arbitrariedade.

Assim, é fundamental: que se respeite o princípio da dignidade humana; que se observe se houve o adimplemento das obrigações das partes envolvidas; que se aplique a equidade, quando for necessário integrá-la a outros

²²⁸ TARTUCE, Flávio. **A Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil**, p.173.

²²⁹ POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé objetiva no Direito Civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, pp. 38-39.

critérios decisórios; que se observem os parâmetros éticos do homem médio; e, enfim, que se apliquem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade²³⁰.

Valendo-se desses postulados impostos, em virtude da nova racionalidade instaurada, o princípio da boa-fé no Direito de Empresa tem plena condição de ser adequado ao caso concreto, proporcionando o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

Por fim, é importante lembrar que o Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002, que disciplina o Direito de Empresa, deixou de tratar de importantes institutos jurídicos comerciais, tais como a falência e a concordata (atual recuperação de crédito), os títulos de crédito em espécie, a disciplina legal da sociedade anônima, os bens industriais (marcas de produtos ou serviços, desenho industrial, invenção e modelo de utilidade), concorrência empresarial e, ainda, importantes contratos empresariais.

Tal omissão gerou muitas críticas. No entanto, a característica fragmentária do direito comercial, que dificulta a codificação dos seus principais institutos jurídico e contribui para a existência de uma grande quantidade de leis especiais, mais adequadas ao dinamismo exigido para as normas comerciais está de conformidade com a teoria da empresa e com o espírito culturalista do atual diploma civil.

4.2.2.3 LIVRO III – Do Direito das Coisas

²³⁰ POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé objetiva no Direito Civil vigente – efetividade, relações empresariais e pós-modernidade, *in* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, pp. 40-41.

Este Livro aborda as questões referentes à posse e à propriedade renovando os seus conceitos.

Imprime contornos mais modernos a estes institutos e acompanha as transformações sociais e as conquistas da humanidade.

Miguel Reale assevera:

“...a atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna”²³¹.

O novo Direito das coisas inspira-se em valores individuais e coletivos interagindo conjuntamente. Nesse sentido, Ricardo Fiúza afirma que o Código Civil de 2002 buscou, “...desde sua elaboração originária, o ponto de equilíbrio entre o direito de propriedade, eminentemente privado e satisfativo dos interesses individuais, a função social da propriedade, eminentemente pública e geradora de obrigações e deveres para com a coletividade”²³².

O Livro III, da Parte Especial, do Código Civil de 2002 respeitou a diretriz de manter a sistemática do Código Civil de 1916, apenas sendo atualizado nas partes em que não se adequava à realidade presente.

²³¹ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 102.

²³² FIÚZA, Ricardo. Principais alterações do Código Civil, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 170.

Um reflexo da posituação do Culturalismo foi o art. 1228, §1º, do Código Civil, que diz:

“Art. 1228, §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”²³³

O artigo em questão condiciona, explicitamente, a convivência do direito de propriedade, como uma manifestação privada, com os interesses coletivos. Com isso, a vontade particular do proprietário encontra limites no bem-estar da coletividade. Eis a posituação da função social da propriedade no ordenamento civil brasileiro.

A idéia de função social da propriedade surge na jurisprudência francesa que, para coibir o abuso de direito, impôs certos limites ao poder absoluto do proprietário. Foi Léon Duguit quem defendeu mais fortemente a função social da propriedade ao rechaçar um sistema de Direito Privado fundado em um poder individual, reconhecido a um pessoa para impor sua vontade aos demais²³⁴.

Tais idéias começaram a ser positivadas nas legislações do início do século XX, como pode ser observado na Constituição de Weimar, que no art. 153 estabeleceu: “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os

²³³ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith, **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 146-147.

seus limites resultam de lei. (...) A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”²³⁵.

Os ordenamentos jurídicos modernos seguiram essa orientação, e a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, inciso XXIII, preceitua: “...a propriedade atenderá a sua função social”²³⁶.

Reconhecendo essa orientação, o Código Civil de 2002, através de uma cláusula geral positiva, consagra a função social da propriedade, no art. 1228, §1º.

Devido à leitura sistemática e conjunta do ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que a posse, também tratada pelo Livro III, do Código Civil de 2002, igualmente deve atender a função social. Judith Martins-Costa afirma:

“...se revela, para além da função social da propriedade, a *função social da posse*, que no Código agora aprovado, não se prende apenas à concepção abstrata de Von Jhering, refletida no art. 485 do Código de 1916, mas engloba, também, a noção autônoma da posse”²³⁷.

Miguel Reale ensina: “...no caso da posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith, **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 147.

²³⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988).

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith, **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 154.

posse de boa e má-fé, o Código leva em conta a *natureza social da posse* da coisa para reduzir o prazo de usucapião²³⁸.

Outros aspectos relevantes que foram disciplinados neste Livro dizem respeito: à inclusão do direito a superfície e do direito do promitente comprador na enumeração taxativa dos direitos reais; a algumas alterações no direito de vizinhança principalmente no que diz respeito à invasão de boa ou má-fé; às modificações nos dispositivos que tratam do condomínio edilício; à certeza jurídica que se deu ao momento de constituição da propriedade fiduciária e do penhor; às alterações concernentes ao usucapião; e à atualização de inúmeros institutos do Direito das Coisas.

4.2.2.4 LIVRO IV – Do Direito de Família

O Direito de Família disciplinado no Código Civil de 1916 clamava por urgentes atualizações. Aquele ordenamento civil não retratava mais o papel atual da família e encontrava-se fincado em princípios que não mais vigoravam.

A maioria das alterações sofridas pelo Livro IV, que trata do Direito de Família, no novo Código Civil são reflexos da Constituição Federal de 1988. A

²³⁸ REALE, Miguel. Estrutura e Espírito do Novo Código Civil Brasileiro, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 38.

Constituição, em seu art. 226, §5º, determinou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”²³⁹. E, em seu art.227, §6º, preceitua que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁴⁰.

Estes dois dispositivos constitucionais foram responsáveis pelas maiores mudanças ocorridas no Livro IV, da Parte Especial, do Código Civil de 2002, uma vez que o Código Civil anterior formulado em uma era machista e preconceituosa, não reconhecia o direito das mulheres, mães e cônjuges nas relações familiares, e nem os filhos havidos fora do casamento, os quais eram reconhecidos como bastardos.

O atual Código, consoante com o desenvolvimento cultural, ético e social da sociedade, não comete tais injustiças. Ricardo Fiúza diz que a nova codificação “...vai de (sic) encontro da nova perspectiva constitucional, trabalhada sobre os valores existenciais do homem”²⁴¹.

Os artigos 1630 ao 1638, do Código Civil de 2002 instituem a paridade entre os cônjuges e substituem a expressão “pátrio poder”, utilizado pelo Código anterior, pela expressão “poder familiar”.

²³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988).

²⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988).

²⁴¹ FIÚZA, Ricardo. Principais alterações do Código Civil, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 171.

E o art. 1596, do Código Civil, reconhece a igualdade entre os filhos ao dispor:

“Art. 1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁴².

Diante de tais alterações há o fortalecimento da função social da família. É segundo este princípio que se passou a regular o casamento. Assim, o art. 1511, do Código Civil, preceitua:

“Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”²⁴³

Ademais, “...é em função dos princípios de socialidade e eticidade que se passou a regular, com novo espírito, a questão de alimentos no seio das entidades familiares”²⁴⁴. É através do confronto de valores e da boa fé que os cônjuges e o juiz irão fixar os alimentos, a fim de atender adequadamente o critério social.

São, também, importantes alterações do Direito de Família a ampliação do conceito de família, mediante a inserção do instituto da “união estável”; a limitação do termo “concubinato”; a atenuação da imutabilidade do regime de bens no casamento; o estabelecimento de prescrições protetoras da organização familiar; a instituição do casamento religioso com efeitos civis; o

²⁴² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

²⁴⁴ REALE, Miguel. Função social da família no Código Civil, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 255.

tratamento jurídico mais adequado aos impedimentos absolutos e relativos; a exclusão do adultério como causa de impedimento do cônjuge adúltero ao novo casamento; e a exclusão de possibilidade de anulação do casamento em razão do defloramento da mulher ignorado pelo marido e a impossibilidade de deserdar, por desonestidade, a filha que vive na casa paterna²⁴⁵.

Diante de tais alterações é possível observar, mais uma vez, a presença da positivação do Culturalismo no ordenamento civil. Os valores foram atualizados consoante a nova realidade social, e as normas visam a concreção de uma, mais ampla, justiça social.

4.2.2.5 LIVRO V – Do Direito de Sucessões

As alterações que ocorreram no Livro V, Direito de Sucessões, são decorrentes das modificações ocorridas na Parte Geral e no Direito de Família, além, é claro, de todo o espírito renovador da nova Lei Civil e de seus princípios fundantes.

O novo direito sucessório procurou harmonizar: os princípios teóricos do Código culturalista com as exigências de ordem prática; a proteção

²⁴⁵ FIÚZA, Ricardo. Principais alterações do Código Civil, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 172-173.

dos direitos individuais com os novos ideais de igualdade e solidariedade; e a tradição com a realidade dinâmica que rege este ramo do Direito.

Apresentou como principais alterações a simplificação, em geral do ato de testar. A maior precisão para os institutos da aceitação e renúncia da herança. A legitimidade dos nascituros para suceder, conforme os termos da lei. Definiu mais precisamente o testamento. Revisou o instituto do fideicomisso. E, deu novo tratamento à arrecadação da herança jacente²⁴⁶.

A modificação mais polêmica, talvez seja a tocante a alteração da ordem de vocação hereditária. O art. 1829, I, do Código Civil, estabelece:

“Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.”²⁴⁷

Entende-se da análise deste artigo que o cônjuge concorre com os descendentes, mas aos companheiros somente se concedem os mesmos direitos se concorrerem com os filhos. No entanto, tal tratamento desigual conferido ao cônjuge a ao companheiro não se justifica, visto que a Constituição Federal brasileira determina em seu art. 226, §3º:

²⁴⁶ REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto Anotada, *in* **História do Novo Código Civil**, p. 115-116.

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

“Art. 226, §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”²⁴⁸

Sobre esta questão há divergência doutrinária, sendo majoritário o entendimento de que o artigo comentado autoriza tratamento igual do cônjuge ao companheiro.

Diante deste impasse, que é apenas um exemplo, dos muitos existentes no Código Civil de 2002 e de outros que virão a surgir, conclui-se que, embora transformador, moderno, atualizado consoante os valores da sociedade contemporânea, o Código Civil não é perfeito. No Direito sempre existirão confrontos de ideologias, posicionamentos e entendimentos, o que o torna, indiscutivelmente, mais rico e fascinante.

²⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988).

5 PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL DIANTE DO ATUAL CÓDIGO

5.1 Situando o Direito Civil no Âmbito do Estado Democrático de Direito

Antes da releitura do Direito Privado, segundo os preceitos do Estado de Direito Democrático e dos novos paradigmas da pós-modernidade, instaurou-se uma crise do Direito. A causa se atribuiu à “dogmática jurídica que, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continuou a trabalhar com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais.”²⁴⁹.

Para uma maior efetividade do Direito, não há mais como conceber que o Direito Privado continue sustentado por um paradigma liberal-individualista. O Código Civil de 2002, com a influência culturalista, deixou de ser ancorado ideologicamente no Estado Liberal, passando a consubstanciar os ideais do Estado Social Democrático.

O Direito Privado, sentindo a necessidade de adequar-se ao novo, deixa para trás o caráter liberal oitocentista e assume o espírito democrático; troca o individual pelo social; não pensa na sociedade, apenas, como rural, mas sim a

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 35.

vê em um processo crescente de urbanização; substitui o patrimonialismo pelo existencialismo; enfim, relega os aspectos arcaicos para entrar na era da pós-modernidade.

O Direito Civil deve ter como ponto de partida a reordenação dos fundamentos do sistema jurídico à luz do projeto socioeconômico e político do Estado²⁵⁰.

A Constituição de 1988, eminentemente democrática, é coerente com as mais recentes conquistas sociais e com o pensamento jurídico contemporâneo. Seus princípios refletem as relações privadas e vincula todo ordenamento civil.

O objetivo do Código Civil não é somente direcionar sua abertura à evolução do sistema de maneira casual, mas sim estabelecer diretrizes que permitam esta evolução.

A travessia do século e o atual modelo de Estado inspiram um Direito Privado mais humanizado, ético e social. Procurou-se consubstanciar esses ideais, trazendo inovações metodológicas, como um sistema aberto, repleto de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, capazes de instaurar uma nova racionalidade.

²⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 216.

Fica evidente que o papel do Direito Civil no Estado Democrático de Direito consiste em assegurar maior efetividade às normas no Direito Privado, garantindo a vivência dos direitos fundamentais e justiça social à humanidade.

5.2 Os Novos Paradigmas e a Modernidade Tardia²⁵¹

O termo paradigma assume, neste contexto, o papel de indicar uma ruptura, uma transformação no modelo de Direito.

Ainda que não seja possível ter uma percepção clara sobre este fenômeno, as reflexões feitas demonstram que a arquitetura anterior do Direito Privado está corroída em pontos fundamentais²⁵².

Os conteúdos de suas antigas regras não mais se adequam às relações concretas contemporâneas. E, a partir do momento em que não há esse ajuste, dos fatos da vida as norma jurídicas, os valores não se realizam, e inicia-se uma grande discussão sobre a legitimidade e a eficácia do ordenamento.

²⁵¹ “Modernidade tardia” é uma expressão utilizada por Lenio Streck, em sua obra **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, e que foi, neste trabalho, adotada por exprimir clara e precisamente o momento atual do Estado brasileiro.

²⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 222.

Essa crise enseja um repensar diante da interpretação do Direito regulamentador das relações privadas, bem como do papel desse sujeito de direito.

O sujeito de direito, acompanhando essas transformações, assume papel diverso em relação o do sistema clássico. Deixa de ser calcado em uma abstração e se torna mais real, de modo que sua concretude permite que ele desempenhe diretamente o papel de transformador social.

Nessa nova era há destaque dos princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade do Direito, os quais também revelam e implicam em uma significativa alteração do Direito Privado.

Segundo Luiz Edson Fachin, "...a adoção prioritária de uma axiologia principiológica pode informar uma recuperação de significados relevantes"²⁵³ para o Direito Privado.

Os reflexos dessa mudança e os novos princípios informadores das relações privadas foram consubstanciados em um novo diploma legal, o Código Civil de 2002.

Com isso, a partir de 11 de janeiro de 2003, o Brasil vive sob esse novo paradigma, mais moderno, humanizado e inovador. Resta saber como se comportarão essas mudanças diante da modernidade tardia vivenciada pelo país vincado de desigualdades.

²⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**, p. 243.

Lenio Streck afirma:

“...no Brasil, a modernidade é tardia e arcaica, [...] o Brasil é um monumento de negligência social, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização [...]. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram”²⁵⁴.

As promessas de um Estado Social não se efetivaram. A Constituição Federal indica à exaustão os direitos e garantias individuais do cidadão, como também os direitos sociais não concretizados pelo Estado Social.

Desse modo, “...é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição Democrática – deve ser visto hoje, como um campo necessário de luta para implementação das promessas modernas”²⁵⁵.

Buscando essa concretização, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não podem estar assentadas em paradigmas distintos. Nesse sentido os valores nucleares da Constituição, como a igualdade, a justiça social e a realização dos direitos fundamentais devem permear toda a legislação especial.

Para acompanhar os anseios dessa modernidade tardia, o Código Civil de 2002 deve ter o condão de servir como instrumento auxiliar da Constituição Federal para viabilizar a concretização das promessas da modernidade no âmbito das relações privadas.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 25.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 27.

Isso é possível em razão do seu fundamento culturalista e do seu conteúdo eminentemente axiológico, calcado em princípios, em conceitos indeterminados e em cláusulas gerais aptas a realizar essa difícil tarefa.

Miguel Reale afirma: “...são misteriosos e infinitos os caminhos do valor, mas, no mundo do Direito, mais do que em qualquer domínio da cultura, são de grande relevância os meios de realização, as formas de positividade, a necessária adequação entre fim e meio idôneo de alcançá-lo”.²⁵⁶

Na elaboração de um Código, seu fundamento filosófico, sua estrutura normativa, e os princípios que o informam devem ser ressaltados para se atingirem os fins democrático-sociais e assim minimizar a distância entre as normas e a realidade.

Lembra Edson Fachin: “...o grande desafio é superar um velho problema: a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência”²⁵⁷. Dessa forma deve o Direito privado recorrer a uma nova interpretação de seus institutos, consoante os novos paradigmas.

5.3 Um Novo Olhar para o Direito Civil

²⁵⁶ REALE, Miguel. Sentido do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

²⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil**, p. 244.

O Código Civil de 2002 ao consubstanciar o novo paradigma do Direito Privado impõe a necessidade de uma nova interpretação.

Por mais inovador que possa ser, um novo Código não nasce pronto. Cabe aos aplicadores e intérpretes do Direito concluí-lo, posto que, um Código se torna concreto à medida que se faz a interpretação de seus fins sociais para buscar o sentido de cada um de seus dispositivos.

Miguel Reale ensina: “...o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares”²⁵⁸.

O fim das normas jurídicas reunidas em um Código é sempre um valor, cuja preservação o legislador teve a intenção de assegurar. No atual Código Civil, foi visto que os valores principais que o informam são os da dignidade da pessoa humana, da eticidade, da socialidade e da operabilidade. Dessa forma, ao interpretar suas disposições, o hermeneuta deve ter sempre em mente tais fins e orientar a aplicação do Direito em conformidade com a intenção do legislador civil.

De acordo com os dizeres de Miguel Reale:

“...nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçamos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de seu *papel ou função no contexto do diploma legislativo*. Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-se apenas em sua ementa...”²⁵⁹.

²⁵⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 291.

²⁵⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 293.

Interpretar o Direito reduzindo-o “...à sua mera operacionalidade técnica é destituí-lo dos seus conteúdos humanos que indicam a sua *ratio essendi*, a sua razão de ser”²⁶⁰.

Não se pode continuar interpretando as disposições do Código Civil de 2002, como se fazia com o Código Civil de 1916. Embora, alguns artigos se tivessem mantido com igual redação, o seu fundamento filosófico é outro.

Com suas cláusulas gerais fica permitido ao intérprete que avance, dando à lei uma interpretação diversa da esperada pelo legislador histórico no momento da elaboração do Código. Podem-se considerar as valorações emergentes no processo histórico, evitando-se o envelhecimento precoce desta lei, uma vez que as cláusulas gerais são normas abertas suscetíveis de permanente atualização.

Esta hermenêutica jurídica atual não consagra as teses extremadas do Direito Livre e afasta a livre interpretação do Direito, realizada sem nenhuma diretriz ou método autorizado pelo ordenamento jurídico.

Reale prossegue:

“Tanto para o legislador como para o intérprete o objetivo final é a norma jurídica, mas com escopos distintos. O primeiro nela procura expressar objetivamente uma complexa relação de fatos e valores, destinada, em princípio, a atender a exigências sociais de certeza e de segurança, dentro de um dado ambiente histórico-cultural; já o segundo, o intérprete, visa compreender a norma, a fim de aplicar em sua plenitude o *significado nela objetivado*, tendo presentes os fatos e os valores dos

²⁶⁰ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. XIII.

quais a mesma promana, assim como os fatos e os valores supervenientes”²⁶¹.

A hermenêutica deve contribuir para a construção de um novo Direito Civil, assentado sobre os paradigmas da modernidade, para efetivar uma maior justiça social. Pois, por melhor que seja um Código, quando interpretado com um olhar velho, não é suficiente para que as idéias que o inspiraram se introduzam efetivamente no ordenamento jurídico.

Paulo Dourado de Gusmão esclarece:

“Interpretar o Direito é estabelecer o sentido atual da norma, não o sentido retrógrado e nem aquele que de forma alguma poderia dela ser inferido, mas o que se depreende do texto ajustado à realidade social. Para descobri-lo, o intérprete deve pensar como homem de sua época, e não como homem do tempo em que a lei foi sancionada. Assim, o sentido da lei deve ser atual, e não retrógrado e nem revolucionário.”²⁶².

A interpretação possui técnicas para chegar aos fins objetivados.

Carlos Maximiliano diz: “...esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com auxílio dela fixa novos processos de interpretar; enfeixa-os num sistema”²⁶³.

Quando interpreta o sistema de forma sistemática, o sujeito não é apenas o descobridor ou revelador de significados, mas atua como espécie de construtor do objeto. Aparece, mais uma vez, a inseparabilidade comprovada entre sujeito e objeto²⁶⁴. A nova postura dessa interpretação ontognoseológica afasta a postura positivista. Observa-se:

²⁶¹ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, p. 247.

²⁶² GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo de Direito**, p. 221.

²⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 01.

²⁶⁴ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, p. 66.

“...uma constante superação da vontade do legislador por aquela que se poderia denominar *vontade axiológica do sistema*, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do paradigma da subsunção formal, adotado, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização”²⁶⁵.

É nessa perspectiva que o Código Civil de 2002 deve ser interpretado. A aplicação das normas do Direito Civil deverá adequar-se ao seu novo paradigma. Será útil a “...interpretação integrativa, por meio da qual se empresta a determinadas regras o sentido próprio à realidade social do momento, obedecidos os cânones correspondentes da Constituição”²⁶⁶.

Aquiles Côrtes Guimarães, ao interpretar o Direito segundo diretrizes fenomenológicas, considera que se deve compreender o Direito, pelo fato de ser a compreensão “...o fim último que pretende a fenomenologia”²⁶⁷. Mostra, ainda, que o pensamento hermenêutico, que permeia a filosofia contemporânea, dever ser interpretado no sentido do processo histórico e dos seus desdobramentos a partir da compreensão do modo de ser da própria historicidade do sujeito²⁶⁸.

João Baptista Herkenhoff lembra: “...a tímida postura hermenêutica da maioria dos juízes e dos juristas não permite que se aplique o Direito à luz de novas realidades”²⁶⁹.

²⁶⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, p. 26.

²⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

²⁶⁷ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. 29.

²⁶⁸ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, p. 29.

²⁶⁹ HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o Direito?: reflexões sobre o papel do Direito e do jurista**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

Não se pode aceitar a idéia de que os aplicadores do Direito continuem presos às velhas práticas. O novo modelo instaura a racionalidade comunicativa, permitindo uma interpretação do Direito Privado inter-, extra- e para-sistemática, relacionando-o com todos os micro- e macros-sistemas legais do ordenamento jurídico.

É indispensável, para o sucesso da nova codificação privada, ajustar os processos hermenêuticos aos novos paradigmas, pois, como ensina Miguel Reale, "...nada seria mais prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída"²⁷⁰.

A interpretação do Direito Privado deve privilegiar as relações intrasubjetivas, unindo o sujeito à sua historicidade, adequando as normas ao contexto social e, assim, colocando o Direito efetivamente a serviço da concretização de valores.

²⁷⁰ REALE, Miguel. Sentido do Novo Código Civil, 30/03/2002. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

CONCLUSÃO

Este trabalho foi traçado sobre as bases da ontognoseologia realena, que tem como premissa a construção do conhecimento humano em uma necessária correlação entre sujeito e objeto.

O Direito é uma forma de conhecimento, visto que é uma relação bipolar que envolve estes dois elementos em uma relação de complementaridade.

No ato de conhecer o Direito, o sujeito deve considerar o conhecimento axiológico, pois as relações jurídicas envolvem pessoas e estas vivenciam, diuturnamente, os valores.

Por ser uma ciência cultural, o Direito é uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem.

Apresenta-se como síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e valores.

Para as ciências culturais, pode-se afirmar que não há conhecimento completo e absoluto sem considerar o mundo circundante. Assim, não se pode analisar o Direito desconsiderando-se as condições históricas, socioculturais da sociedade.

A ciência jurídica é fruto de uma experiência racional e axiológica, ditada pelas efetivas relações sociais, de acordo com determinados valores, que se afirmam e confirmam no tempo cultural.

É através do confronto entre teoria do conhecimento e teoria da cultura, da chamada dialética da complementaridade, que surge o Direito de base ontognoseológica.

O movimento filosófico que procurou chegar ao conhecimento do Direito através dos estudos da cultura e da experiência foi chamado de Culturalismo.

Foi no período contemporâneo, com a grande contribuição de Miguel Reale que as teses culturalistas brasileiras ganharam maior importância.

Reale retomou a discussão culturalista do ponto em que os filósofos alemães haviam deixado. Demonstrou que não obstante a suas matrizes em Kant, o Culturalismo vai além de qualquer Escola kantiana, estando nele presentes outras influências como a fenomenologia e o historicismo.

Com a teoria tridimensional comprovou-se que essa tridimensionalidade ôntica constitui o objeto da ciência jurídica, que fato, valor e norma são elementos integrantes do Direito, já que o fato tende a realizar o valor, mediante a norma.

O Culturalismo evidenciou a relação entre os valores e o dever-ser, de modo que, se todo dever-ser tem como fundamento um valor e se o Direito ou as normas jurídicas são expressões de dever-ser, pode-se concluir que as normas jurídicas se fundam em valores.

O Direito, na visão culturalista, é o momento normativo no qual a elaboração legislativa consiste na concreção de fatos e valores, sendo muito relevante para a ordem jurídica o instante em que os valores transitam do campo filosófico para o científico, através do fenômeno da positivação.

O fenômeno da positivação do Culturalismo pôde ser verificado, no Brasil, em nível infralegal, no Código Civil de 2002.

A partir do Código Civil é possível demonstrar que o Direito Privado deve ser regido de acordo com um novo paradigma, uma nova razão comunicativa, permeado pelos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade. Merecem destaque as cláusulas gerais da função social e da boa-fé, que objetivam inserir o Direito Civil em um ambiente de valorização da democracia-social e da ética.

A função social, decorrente do princípio da socialidade traz a superação do individualismo nas relações privadas e consagra a idéia de supremacia dos interesses do coletivo sobre o particular. Do princípio da eticidade deriva a boa-fé, que imprime noções de honestidade e respeito a todo Direito Privado, permitindo o princípio da operabilidade que seja assegurado ao Direito Civil uma interpretação mais correta da lei e assim venha a primar por seu verdadeiro significado, pela concreção efetiva e justa do Direito.

Mais do que normas novas, o que importa em um novo Código é seu espírito, a intencionalidade de suas normas. Esses conceitos são extremamente importantes para que se compreenda a presença do Culturalismo no Código Civil de 2002, visto que este se apresenta como mecanismo em continuidade axiológica (os valores que encerra estão em permanente evolução histórica) e apresenta o Direito como ordenação da experiência humana segundo certos valores.

O Código Civil de 2002 consubstanciou a positivação do Culturalismo no ordenamento jurídico brasileiro. Foram apontados exemplos do reflexo desta positivação nos dispositivos legais da nova Lei Civil, demonstrando-se o surgimento de uma nova atmosfera normativa no ordenamento jurídico, repleta de humanismo, solidariedade e ética.

Adequando-se à tendência do Direito contemporâneo, o legislador do Código Civil de 2002 optou por estruturar o Código seguindo o mesmo modelo formal do Código Civil de 1916 dividindo-o em Parte Geral (Livro I, Das Pessoas; Livro II, Dos Bens e Livro III, Dos Fatos Jurídicos) e Parte Especial (Livro I, Das Obrigações; Livro II, Do Direito de Empresa; Livro III, Do Direito das Coisas; Livro IV, Do Direito de Família e Livro V, Do Direito de Sucessões) e inovando, apesar de semelhante sistemática, em seu conteúdo e sentido consoante o seu novo paradigma.

Verificou-se, então, que o modelo de Estado Democrático de Direito refletiu em uma constitucionalização do Direito Privado, fazendo com que todo o Direito Civil seja orientado pelos fundamentos e princípios da Constituição Federal de 1988.

Com essa mudança de paradigmas, o Direito Privado tornou-se um instrumento apto a viabilizar transformações sociais e capaz de auxiliar na implementação das promessas de modernidade.

Para que todas essas transformações tenham um sentido concreto e verdadeiro, torna-se imperativo que seja lançado um novo olhar sobre

o Direito Civil, um olhar aberto para o futuro, para os ideais de justiça, dignidade e solidariedade, um olhar capaz de concretizar os anseios de uma sociedade, e atribuir ao Direito, efetivamente, a função de transformador social.

Diante da necessidade de conhecer melhor as bases teóricas do Código Civil vigente para a efetiva aplicação de suas normas, justifica-se a discussão do tema proposto, posto que um Código culturalista tem a virtude de instaurar um novo padrão de racionalidade no Direito Privado.

ANEXOS



Senado Federal
Subsecretaria de Informações

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL, aprovou, e eu, HERÁCLITO FORTES, PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE da Mesa do CONGRESSO NACIONAL, no exercício da PRESIDÊNCIA, nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Comum, promulgo a seguinte

resolução nº 1, de 2000-CN

Altera a Resolução nº 1, de 1970-CN, que dispõe sobre o Regimento Comum do Congresso Nacional

.

O CONGRESSO NACIONAL, resolve:

Art. 1º A Resolução nº 1, de 1970-CN, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

"Art. 139-A. O projeto de código em tramitação no Congresso Nacional há mais de três legislaturas, será, antes de sua discussão final na Casa que o encaminhará à sanção, submetido a uma revisão para sua adequação às alterações constitucionais e legais promulgadas desde sua apresentação.

§ 1º O relator do projeto na Casa em que se finalizar sua tramitação no Congresso Nacional, antes de apresentar perante a Comissão respectiva seu parecer, encaminhará ao Presidente da Casa relatório apontando as alterações necessárias para atualizar o texto do projeto em face das alterações legais aprovadas durante o curso de sua tramitação.

§ 2º O relatório mencionado no § 1º será encaminhado pelo Presidente à outra Casa do Congresso Nacional, que o submeterá à respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

§ 3º A Comissão, no prazo de 5 (cinco) dias, oferecerá parecer sobre a matéria, que se limitará a verificar se as alterações propostas restringem-se a promover a necessária atualização, na forma do § 1º.

§ 4º O parecer da Comissão será apreciado em plenário no prazo de 5 (cinco) dias, com preferência sobre as demais proposições, vedadas emendas ou modificações.

§ 5º Votado o parecer, será feita a devida comunicação à Casa em que se encontra o projeto de código para o prosseguimento de sua tramitação regimental, incorporadas as alterações aprovadas."

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CONGRESSO NACIONAL, em 28 de janeiro de 2000.

Deputado Heráclito Fortes

PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE da Mesa do CONGRESSO NACIONAL, no exercício
da PRESIDÊNCIA

Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, na solenidade de sanção do projeto de lei que institui o novo Código Civil Brasileiro

Preclaro Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Altas Autoridades presentes

Gentilíssimas Senhoras, Meus Senhores.

Desejo, inicialmente, felicitar a Vossa Excelência, senhor Presidente, por ter dedicado cerimônia especial à sanção da Lei que institui o novo Código Civil, o que vem confirmar sua visão de estadista.

Estamos, hoje, solenemente mudando de Código Civil, o qual constitui o miolo ou cerne do ordenamento jurídico da sociedade civil, fixando as diretrizes básicas que irão reger a forma de vida da gente brasileira. Costumo dizer que o *Código Civil é o código do homem comum*, visto como ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos, mesmo antes de seu nascimento, dadas as normas protetoras dos nascituros, e depois de sua morte, por preservar a sua última vontade e fixar o destino de seus bens.

Em virtude do tempo disponível, seria absurdo perder-me na minuciosa análise das alterações fundamentais introduzidas em nossa legislação civil, sendo preferível, em breve síntese, dizer algo sobre o espírito que presidiu a reforma feita, a qual assinala a passagem de um sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária, à qual se destinava o Código de 1916, para uma estrutura cultural marcada por novos valores sociais, e pelas mais avançadas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse sentido bastará lembrar que, nas primeiras décadas do século passado,

70% do povo brasileiro moravam no campo, enquanto que, hoje em dia, em igual proporção, vivem nas cidades.

O Código Civil ainda em vigor por mais um ano, representou, sem dúvida, uma contribuição estupenda da ciência jurídica nacional, mas, não obstante o seu alto valor, acrescido por precioso cabedal de doutrina e de jurisprudência, não mais corresponde às necessidades histórico-sociais de nosso tempo, máxime se atentarmos para as vertiginosas inovações ocorridas, em todos os planos da cultura universal, durante o século passado, o mais curto e revolucionário dos séculos, pois começa, a bem ver, com a primeira Grande Guerra e termina com a derrocada do Muro de Berlim.

Tão grande é o respeito que tenho pela obra do insígne Clovis Bevilacqua que, ao ser convidado pelo Governo da República, em 1969, para superintender à atualização de nossa Lei Civil, após duas tentativas malogradas, preferi fazê-lo em colaboração com uma plêiade de juriconsultos eminentes, cujos nomes faço questão de evocar neste instante solene: Agostinho Alvim, José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva, Silvio Marcondes, Torquato Castro e Ebert Chamoun. Quatro deles já faleceram, mas todos exerceram a missão recebida com dedicação e zelo, sem exigir qualquer compensação além da representada pela oportunidade que tinham de bem servir à comunidade nacional.

Foi em 1970 que deles recebi, para sintetiza-las, as propostas correspondentes a cada uma das áreas a eles conferidas, segundo estrutura inicial antes acertada, a qual abrange uma Parte Geral, conforme a concebeu o gênio de Teixeira de Freitas, e cinco Partes Especiais relativas ao Direito das Obrigações, ao Direito da Empresa, ao Direito das Coisas, ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Conforta-me verificar que a estrutura inicialmente adotada resistiu a todas as críticas suscitadas pelo Anteprojeto, salvo no que se refere à Lei das Sociedades Anônimas que, com o nosso assentimento, foi destacada do Código para figurar em Lei Especial, mais

adequada a disciplinar tal matéria em função do contínuo dinamismo do mercado de capitais.

Seja-me lícito ponderar que a estrutura do novo Código Civil não encontra simile em qualquer outra nação, constituindo uma ordenação original em consonância com a nossa própria experiência jurídica e legislativa, na qual veio espontaneamente se compondo a unidade do Direito das Obrigações, em razão da vetustez do Código Comercial de 1850.

É indispensável ponderar que o novo Código Civil não abrange todo o Direito Privado, mas tão somente as questões que emergem da unidade do Direito das Obrigações, como é o caso das normas relativas à atividade empresarial, permanecendo, pois, intocável o Direito Comercial com a respectiva legislação especial.

Foi sabidamente longa a tramitação do projeto que agora se converte em lei, mas não tem sentido afirmar-se que, em razão do grande tempo decorrido, o novo Código Civil já nasceria velho, como se não houvessem sido aproveitadas todas as oportunidades para sua atualização e complemento, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, levando-se sempre em conta as alterações verificadas no plano dos fatos ou da legislação.

É com a responsabilidade que me advém da longa idade e de aturado estudo que posso assegurar, senhor Presidente, que vai ser sancionada uma Lei Civil que será da maior valia para o País, sobretudo em razão dos princípios de *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade* que presidiram a sua elaboração. Sei que não se trata de trabalho perfeito, tão limitada é a nossa capacidade intelectual em todos os domínios da cultura, mas estou convencido de que as falhas ou omissões porventura existentes são de caráter secundário e de fácil correção. Faço questão de proclamar que os membros da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil” sempre estivemos abertos à recepção de novos aperfeiçoamentos, toda vez que fomos convidados a nos manifestar sobre a discussão do Projeto no seio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Após a aprovação de tantas emendas substitutivas e

aditivas, trata-se, a bem ver, de obra transpessoal, fruto das contribuições recebidas de toda a comunidade jurídica brasileira.

Desde o pórtico dos *Direitos da personalidade* – inexistente no Código de 1916 – até as normas estabelecidas em razão da função social da propriedade e do contrato; desde a maioria aos dezoito anos até a revisibilidade do regime de bens no casamento; desde a extinção do “pátrio poder”, substituído pelo “poder familiar”, até os dispositivos que salvaguardam o real interesse da prole; desde as novas figuras criadas no campo do Direito das Obrigações até a disciplina da atividade empresarial; desde a preferência dada às “*cláusulas abertas*”, propiciadoras de ampla compreensão hermenêutica e de maior interferência do juiz na solução dos conflitos, até as novas regras sobre responsabilidade objetiva; desde a constante remissão aos princípios de equidade e de boa-fé até o tratamento da posse de bens imóveis em razão do valor do trabalho que a motiva; desde a eliminação de formalidades absurdas na lavratura dos testamentos até a preservação dos direitos dos herdeiros, do cônjuge inclusive, é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial.

É por tudo isso que, nesta hora solene, senhor Presidente, sinto em minha consciência a incontida convicção do dever cumprido, agradecendo a Deus por ter-me dado a oportunidade de assistir à sanção da nova Lei Civil, não se podendo olvidar a participação criadora do Congresso Nacional, ao qual rendo justa homenagem na pessoa dos três relatores gerais que atuaram na matéria, Ernani Satyro e Ricardo Fiusa, na Câmara dos Deputados e Josaphat Marinho, no Senado Federal, os quais tudo fizeram para atualizar o projeto inicial, situando-o em consonância com os mais altos interesses do Brasil.

**Discurso do presidente da República, Fernando Henrique Cardoso,
na solenidade de sanção do projeto de lei que institui o novo Código Civil
Brasileiro**

Palácio do Planalto, 10 de janeiro de 2002.

Senhor Vice-Presidente da República, Marco Maciel;

Senhor Senador Edson Lobão, Presidente Interino do Senado Federal;

Senhor Paulo Roberto da Costa Leite, Presidente do Superior Tribunal de Justiça;

Senhores Ministros de Estado;

Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal aqui presentes, nomeadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. E já me referirei, muito especialmente, aos demais Ministros aqui presentes;

Senhores Parlamentares;

Senhor Professor Miguel Reale;

Senhoras e Senhores.

Esta é, sem dúvida, uma ocasião histórica para o Brasil. Basta termos ouvido as palavras do Professor Miguel Reale para que se entenda isso.

Não é todo dia que se sanciona um novo Código Civil.

O Código antigo, quando deixar de vigorar daqui a um ano, terá tido quase um século de existência.

Foi uma obra de seu tempo, que contou com a participação de algumas das melhores mentes jurídicas do Brasil da época, como Clóvis

Bevilaqua, na redação do projeto original, e Rui Barbosa, nas discussões subseqüentes. Cito os dois para não citar os tantos outros que cooperaram ativamente neste Código.

Mas com o passar dos anos, evidenciaram-se as limitações do Código. Não poderia ser de outra forma.

Nesse quase um século, o Brasil mudou muito e, não hesito em afirmar, mudou para melhor.

De uma sociedade predominantemente agrícola, como mencionava o Professor Miguel Reale, de fortes traços patriarcais, o Brasil se transformou em uma sociedade majoritariamente urbana, moderna, muito mais voltada para os valores da igualdade e da justiça social.

De uma jovem República, que adentrava o século XX dando ainda os primeiros passos na superação da herança escravocrata e na construção de uma institucionalidade democrática, convertemo-nos em uma das maiores e mais dinâmicas democracias do mundo. A terceira, em termos do seu eleitorado.

Entramos no século XXI como um país seguro de si mesmo, uma nação fortalecida pelo pluralismo da convivência entre várias etnias e várias culturas e, também, fortalecida pela adesão irrestrita aos direitos humanos.

Consolidou-se nossa vocação de aprofundamento da democracia e de aprimoramento das estruturas do Estado de Direito.

A Constituição de 1988 foi um marco.

No decorrer dessas muitas décadas, era inevitável que se modificassem não apenas as instituições políticas, mas também – talvez até de forma mais intensa – a própria tessitura das relações sociais, o dia a dia da sociabilidade que se vivencia na família, nas relações contratuais e de comércio, enfim, na infinidade de pequenos aspectos que perfazem o mundo do Direito Civil.

Temas cruciais para a vida dos indivíduos são, hoje, vistos em um ângulo muito distinto do que prevalecia quando se elaborou o antigo Código Civil.

A própria linguagem que usamos para nos referirmos a eles é outra.

Adquiriram novos contornos questões como a organização da família, o casamento, o divórcio, a proteção dos interesses das crianças ou a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

Questões como a de saber em que idade se deve reconhecer a plena maioridade do indivíduo, por exemplo.

Questões como a da função social da propriedade e dos contratos entre particulares.

Questões como a da organização das empresas e dos procedimentos a serem observados na condução de atividades de negócios.

Tudo isso evoluiu, naturalmente, com o tempo.

E evoluiu muito.

Avançamos no tema da igualdade dos direitos e dos deveres entre os cônjuges.

Avançamos na idéia de que a direção da sociedade conjugal deve ser exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher.

Seria desnecessário alongar-me nessas considerações, muitas das quais foram feitas, brilhantemente, pelo Professor Miguel Reale. Ele próprio achou que não havia cabida para uma exposição muito ampla e minuciosa, tantos são os aspectos envolvidos pelo Código.

Deixo-as para os juristas, que estão, naturalmente, melhor qualificados para descrever e analisar o significado dessas mudanças para a evolução do Direito brasileiro.

O mais importante é que o Brasil, que já havia conquistado avanços históricos com a Constituição de 1988, ganha hoje uma nova codificação de seu Direito Civil.

Introduzem-se normas que dizem respeito a aspectos centrais da vida de cada brasileiro ou brasileira, de cada criança ou adulto, de cada jovem ou idoso.

Foi um trabalho, indiscutivelmente, de grande mérito.

E era um trabalho necessário, que exigia profundo conhecimento jurídico. Mais do que isso: exigia um profundo conhecimento do Brasil, de nossa gente, de nossos costumes, de nossos valores. Ressaltou bem o Professor Miguel Reale que se trata de um Código Civil elaborado à luz da experiência jurídica brasileira, que encontrou uma formulação que é própria à nossa cultura, que se deveu a uma tradição jurídica brasileira e que se deveu à compreensão de todas essas modificações às quais já nos referimos.

Quero, por isso, prestar minha homenagem aos juristas que integraram a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, presidida pelo Professor Miguel Reale, cuja contribuição ao Direito brasileiro e à Filosofia do Direito dispensa apresentações.

Para o Brasil, foi um privilégio contar com a sabedoria do Professor Miguel Reale na elaboração do novo Código.

Mas quero ressaltar também a contribuição dos demais membros da Comissão: nosso eminente membro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, que participou ativamente, Dr. Agostinho de Arruda Alvim, Dr.

Sylvio Marcondes, Dr. Ebert Vianna Chamoun, Dr. Clóvis do Couto e Silva e Dr. Torquato Castro.

Haveria, naturalmente, muitos outros nomes a mencionar, tantos foram os que participaram dos debates, dentro e fora do Congresso Nacional.

Entre os parlamentares que se debruçaram sobre esse desafio, é de justiça que se destaquem os nomes dos Deputados Ernani Satyro e Ricardo Fiúza e dos Senadores Nelson Carneiro – infelizmente, não mais entre nós – e Josaphat Marinho, que foram relatores-gerais do projeto e cuja contribuição foi essencial para que esse processo se concluísse com êxito.

Com seus 2.046 artigos, o novo Código dificilmente estará – e é natural - imune a críticas. Decerto, não faltará quem identifique pontos a serem aprimorados, questões novas que possam reclamar novos enfoques jurídicos.

É normal que seja assim, porque a crítica é parte da democracia que soubemos construir em nosso País.

O Direito não pode ser uma realidade estática, alheia às correntes históricas de mudança social. Nem pode a norma mudar a cada dia, porque isso geraria insegurança.

Entre esses dois imperativos, constrói-se o Estado de Direito como convivência de crítica e obediência, de questionamento e respeito, progresso e tradição.

É o que nos ensina Clóvis Bevilacqua sobre a missão do legislador, que segundo ele é a de – cito – "harmonizar dois princípios divergentes: o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro."

Ou, para lembrar as palavras do Professor Miguel Reale, trata-se de – eu o cito – "afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir."

De toda forma, por mais que se possa discutir este ou aquele pormenor, não resta dúvida de que o Brasil dá, hoje, um passo extraordinário na modernização de sua sociedade e no ordenamento de suas leis.

Um passo que se acrescenta a outros que já vêm sendo dados e que colocam o Brasil em um curso inequívoco de aperfeiçoamento jurídico.

Citaria, como exemplo, a criação de Juizados Especiais, civis e criminais, que começam a funcionar na próxima segunda-feira e que representam uma verdadeira revolução na Justiça Federal.

Os Juizados vão atender, sobretudo, a quem mais precisa: os beneficiários das ações de pequena monta que, muitas vezes, não podem pagar bons advogados e vêm perder seus direitos por atrasos na prestação da Justiça.

Como já disse, considero que esta será uma das obras sociais – e repito: obras sociais - mais relevantes de meu Governo e um divisor de águas na história do Judiciário brasileiro.

Quero aqui prestar também minhas homenagens ao Superior Tribunal de Justiça, que nos ajudou na formulação da lei que permitiu esse Juizado.

Outro avanço importante é o esforço de consolidação legislativa levado a efeito pelo Governo Federal.

A Casa Civil e os diversos Ministérios estão trabalhando para elaborar propostas de consolidação de normas. Algumas delas já foram submetidas ao Congresso.

O objetivo é eliminar divergências, conflitos ou repetições entre normas que tratem do mesmo tema. O resultado será uma legislação mais simples, mais racional e mais transparente. Calcula-se que seja possível

transformar mais de 10 mil normas com força de lei em apenas 129 leis consolidadas.

Poderíamos mencionar outros exemplos de avanços legislativos, como as emendas que aperfeiçoaram a Constituição ou a Lei de Responsabilidade Fiscal, que inaugurou uma nova era na administração das finanças públicas no Brasil.

O novo Código Civil insere-se, portanto, nesse grande movimento histórico de atualização e modernização do Estado de Direito no Brasil.

É uma tarefa que, em qualquer país do mundo, em qualquer momento, apresenta dificuldades e exige esforço.

O Brasil está mostrando que é capaz de realizá-la.

Temos um Congresso que tem sabido responder aos desafios dos novos tempos.

Temos a qualidade da nossa ciência jurídica, para iluminar e enriquecer o debate público.

E temos a força de nossa democracia para transformar as discussões em decisões legítimas.

Com isso, os brasileiros podem orgulhar-se seu novo Código Civil, uma obra que abre um novo período na história de nossa sociedade.

A todos os que contribuíram para torná-lo possível, manifesto, como Presidente da República, o reconhecimento de uma nação agradecida.

Muito obrigado.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, trad. Maria Celeste C. J. Santos, 10ª ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais: empresa e estabelecimento**. 5ªed., São Paulo: Atlas, 1993.

BRASIL, Constituição Federal (1988).

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em 12 fevereiro 2006.

CARVALHO, José Maurício de. **Curso de Introdução à filosofia brasileira**, Londrina: CEFIL – Ed. UEL, 2000.

CARVALHO, José Maurício de. **Contribuição contemporânea à história da filosofia brasileira**, 2ª ed., Londrina: CEFIL – Ed. UEL, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Língua e Linguagem – Signos Lingüísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagens – Hierarquia de Linguagens (Capítulo II – Apostila do Curso Filosofia do Direito I – Lógica Jurídica), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo.

CERQUEIRA, Luiz Alberto. Maturidade da Filosofia Brasileira: Farias Brito, Rio de Janeiro, fevereiro de 2005. Disponível em <<http://www.ifcs.ufrj.br/~cerqueira/maturidade.doc>>. Acesso em março de 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**, Barueri, SP: Manole, 2004.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, *in* **Revista dos Tribunais**, ano 85, nº 732, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

COSSIO, Carlos. **Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho**, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva, 1995.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, trad. J. Baptista Machado, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil á Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FIÚZA, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira Naves (coordenadores). **Direito Civil – Atualidades**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIÚZA, Ricardo. O novo Código Civil e o direito de empresa. Teresina, fevereiro de 2002. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em 17 junho 2005.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coordenadores). **Direito Empresarial & Cidadania – Questões contemporâneas**, Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais dos Direitos das Obrigações**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**, trad. Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Cinco Lições de Filosofia do Direito**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Conferência em homenagem a Miguel Reale pronunciada na Academia de Filosofia no dia 27 de julho de 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAYSON, David; Hodges Adrian. **Compromisso social e gestão empresarial**, São Paulo: Publifolha, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o Direito?: reflexões sobre o papel do Direito e do jurista**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**, Trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Almedina, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandez Novaes. Direito brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale. A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em 20 nov 2005.

INSTITUTO ETHOS; VALOR ECONÔMICO. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**, v.II, São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

LIMA, Paulo Jorge. **Dicionário de Filosofia do Direito**, São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1968.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, n.819, ano 93, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciulli. **O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTr, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MC GUIRE, Joseph W. **A Empresa & a Sociedade**, trad. Luiz Fernando Cruz Marcondes e Simon Jesus. Lisboa: Ed. Fundo de Cultura, 1965.

MEDINA, Javier García. ***Teoría Integral del Derecho en el Pensamiento de Miguel Reale***, Valladolid: Ediciones Grapheus, 1995.

MENEZES, Tobias Barreto. **Estudos de Filosofia**, 2ª ed., São Paulo: Grijalbo, 1977.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**, São Paulo: RT, 2002.

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

NOVOA, César García. ***El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria***, Madrid: Marcial Ponds, 2000.

PAIM, Antônio. **Problemática do Culturalismo**. Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

PAIM, Antônio. **A filosofia da Escola de Recife**, 2ªed., São Paulo: Convívio, 1981.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, trad. Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Cinco Temas do Culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **O homem e seus horizontes**. São Paulo: Topbooks, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2ªed.,Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **Os Fundamentos do Direito**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**, São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil *in* **Revista de Direito Privado**, nº 09, São Paulo: RT, 2002.

REALE, Miguel. Variações sobre a Normatividade, 04 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

REALE, Miguel. Sentido do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 13 nov 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1, 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, 5^a ed., México: Editorial Porrúa S.A., 1975.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**, São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**, 2º ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores).

Temas Atuais da Direito Civil a Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol.1. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)