



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

MANUELA CALDAS FONTENELE ALVES

**A LIBERDADE NOS CAMINHOS DA RECONSTRUÇÃO DE ARGUMENTOS
ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO**

FORTALEZA

2017

MANUELA CALDAS FONTENELE ALVES

A LIBERDADE NOS CAMINHOS DA RECONSTRUÇÃO DE ARGUMENTOS ENTRE
O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A48l Alves, Manuela.

A liberdade nos caminhos da reconstrução de argumentos entre o direito público e o direito privado / Manuela Alves. – 2017.

91 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias.

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Liberdade. 4. Autonomia privada. I. Título.

CDD 340

MANUELA CALDAS FONTENELE ALVES

A LIBERDADE NOS CAMINHOS DA RECONSTRUÇÃO DE ARGUMENTOS ENTRE
O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: 09/03/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. André Dias Fernandes
Centro Universitário 7 de setembro (UNI7)

Ao vovô e à vovó.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiro, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, que, desde a minha graduação, teve um papel definitivo para a minha formação acadêmica e para as escolhas e rumos que tomei. As experiências que tive não só me acresceram, como também me moldaram em muitos aspectos profissionais e pessoais.

Agradeço mais às pessoas, pois representam o verdadeiro significado do Programa, àquelas que o tornaram e o tornam um ambiente acolhedor, em especial, à Marilene, sempre tão querida e atenciosa, à Heloísa e à dona Cássia (muito, muito grata pelo café), e àquelas que se dedicaram e se dedicam constantemente para engrandecê-lo: meu orientador e outrora coordenador, prof. João Luis (muito, muito grata pela paciência quase infinita), prof. Hugo e profa. Tarin, que dividiram as responsabilidades da coordenação nesses últimos anos e os demais docentes, nas pessoas da profa. Maria Vital e do prof. Gustavo.

Não poderia deixar de mencionar também o corpo docente, inclusive os ex-alunos, pois a Faculdade de Direito tem essa característica de nos permitir uma vivência mais participativa e rica, fazendo-nos crer que o breve período que passamos deve ser vivido com intensidade e responsabilidade pelo crescimento do Programa. Em especial, sou bastante grata à Germana Belchior, amiga sem a qual eu não teria sequer passado pelo processo seletivo de admissão.

Agradeço o companheirismo e a amizade dos meus contemporâneos, aqueles por quem eu já tinha um enorme apreço e os que vim a conhecer em 2015, pois, graças a eles, eu tive com quem conversar nas madrugadas, com quem reclamar das leituras e fichamentos, com quem dividir a segunda porta à direita e em quem me inspirar para tentar ser uma pessoa e uma aluna melhor. Em especial, ao Felipe, à Catherine, ao André, ao Raul, à Juliana, ao Cláudio, ao George, ao Isaac, à Letícia, ao Fernandinho, à Milena, ao Djalma e à toda a turma 2015.

Preciso também agradecer ao Jothe, por tudo, pela pessoa e amigo que é, mas, muito significativamente, pelo Cathedra, pois a experiência de preparação me acrescentou uma vida de conhecimentos e ideias e me proporcionou, ao fim, a oportunidade de retornar à Faculdade de Direito, de onde eu talvez tenha saído muito cedo. Indiretamente, tenho de agradecer às circunstâncias e ao acaso que me levaram a prestar a seleção três vezes, porque não passar me fez amadurecer.

Sou imensamente grata pelos e aos meus pais, que têm me permitido passar por minhas dúvidas e cometer meus erros com conforto e apoio incondicionais, suportando cotidianamente os meus piores defeitos e acreditando, mais que eu, nas minhas melhores qualidades.

Agradeço também ao meu irmão, que, de caçula, passou a meu irmão maior, mais esperto, mais sábio, mais maduro e mais vivido, que cuida e me ajuda todos os dias, me inspirando a ser mais forte e mais corajosa. Foram tantos os pequenos favores que, seguramente, nenhum Mestrado teria sido possível sem o apoio e a cumplicidade de quem não me nega nem os grandes pedidos.

Também agradeço à minha família de fora de casa, as minhas amigas Bianca, Fernanda, Camila, Mariana e Marina, que, desde o colégio, têm me dado a honra de crescer junto. Igualmente, nenhum Mestrado teria sido possível sem as pessoas que nada tinham a ver com ele, mas que nunca deixaram de fazer torcida, primeiro, para a entrada, e, depois, para a saída.

E, muito mais que especialmente, não poderia deixar de agradecer aos meus avós, Miguel e Myrian, a quem dedico esse trabalho, pois são minha força e minha fé. Pelos olhos deles, eu vejo a mim mesma e as minhas pequenas conquistas com um carinho e um otimismo bastante singulares.

Por último, mas nunca menos importante, agradeço à Deus, porque mesmo nos dias mais difíceis eu tive o que muita gente não tem nos melhores dias, incluindo todas essas pessoas para agradecer.

Pois aqui, como vê, você tem de correr o mais que pode para continuar no mesmo lugar. Se quiser ir a alguma outra parte, tem de correr no mínimo duas vezes mais rápido.

(Alice através do espelho, Lewis Carroll).

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem seu enfoque numa abordagem crítica e atual do discurso empregado pelo movimento doutrinário de reconstrução do direito privado, especialmente em relação ao papel da liberdade como fundamento do direito. O que se visa é verificar se o estudo dicotômico do direito permite compreender o fenômeno jurídico como um todo e se a autonomia privada pode ser configurada como direito fundamental a ser efetivado, e não meramente declarado. Os argumentos esboçados são postos em correspondência com o contexto de transição e de questionamento das estruturas do pensamento jurídico da modernidade, uma vez que a compreensão de espaços públicos e privados e de como o fenômeno jurídico se dá nessas dimensões tem reflexos profundos e bastante diretos em muitas das principais questões da atualidade. A metodologia adotada, para a pesquisa, é a de investigação dos textos doutrinários pertinentes à temática, priorizando a doutrina nacional e especificamente a produção mais próxima à promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Direito público. Direito privado. Liberdade. Autonomia privada.

ABSTRACT

This academic work focuses on a critical and current approach about the discourse used by the movement for the reconstruction of private law, especially in relation to the role of freedom as the foundation of law. The aim is to verify if the dual study of law allows to understand the legal phenomenon as a whole and if the private autonomy can be configured as a fundamental right to be effective, not merely stated. The arguments outlined are placed in correspondence with the context of transition and questioning of the structures of legal thought of modernity, since the understanding of public and private spaces and of how the juridical phenomenon occurs in these dimensions has profound and quite direct reflexes in many of today's top issues. The methodology adopted for research is to investigate the doctrinal texts pertinent to the subject, prioritizing the national texts and specifically the production closest to the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002.

Keywords: Public right. Private right. Freedom. Private autonomy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O DIREITO BIPARTIDO: UMA ARGUMENTAÇÃO DE OPOSTOS	19
2.1	Utilidade da distinção entre direito público e direito privado	23
2.2	Dificuldade de superação da bipartição do direito em público e privado	28
2.3	Problemas na reorganização da ordem jurídica	31
2.4	Construção de uma argumentação convergente	36
3	AS LIBERDADES LIMITADAS: UMA PERSPECTIVA DICOTÔMICA	39
3.1	Limitações das liberdades privadas	44
3.2	Lugar da liberdade na reconstrução do direito privado	50
3.3	Lugar da liberdade na construção argumentativa pós-moderna	54
4	AS LIBERDADES POSSÍVEIS: PROPOSIÇÃO DE CONVERGÊNCIA	59
4.1	Problemas ideológicos para a construção do argumento	64
4.2	Problemas metodológicos para a construção do argumento	67
4.3	Proposição de convergência para a liberdade: a autonomia privada que vai além das obrigações e dos contratos	69
5	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

A construção do raciocínio jurídico reúne elementos que são tomados em consequência de projetos sociais e políticos, no plural, dada a existência não de uma única, sequer de uma dupla, mas sim de variadas agendas de interesses¹, se erguendo esses componentes para possibilitar uma relação de simbiose, tanto endógena quanto exógena, entre as realidades jurídica e social.²

Dentre esses elementos, a liberdade se apresenta como inderrogável fator de fundação, de determinação e de legitimação do direito, sendo de extrema complexidade não somente sua compreensão filosófica, mas, principalmente, sua vivência e efetivação como direito fundamental, ainda mais quando os já mencionados projetos sociais e políticos vêm a se apropriar de seu conteúdo, defendendo ou repudiando as formas de seu exercício.

Num contexto em que o direito segue ensinado, aprendido e operado de forma dicotômica, a liberdade acaba também recortada: há aquela de ordem pública, que se compreende como direito fundamental e aquela outra, de ordem privada, que uns vislumbram e outros configuram³ como um obstáculo ao próprio indivíduo, um argumento de opressão, carecedor de afastamento, de limitação ou de restrição, tornando-se, por assim dizer, menos fundamental.

¹ O pensamento crítico ora em voga ainda tende à dualidade, mesmo que tenha consciência da variedade, tratando repetidamente de direita e esquerda, capitalismo e comunismo, liberalismo e socialismo, indivíduo e sociedade etc. – ignorando até mesmo que não há O indivíduo e O coletivo, mas os indivíduos e os coletivos. Em verdade, é possível dizer que essa tendência esteve em voga desde os primórdios do pensar, a exemplo das dicotomias entre bem e mal, justo e injusto, natural e ficção etc. – ou seja, muito antes da concepção de luta de classes marxista fazer fama em sua versão simplificada e dual. Destoa desta forma de pensar e de argumentar o fato de que, independentemente das paixões e das ideologias, a realidade não se molda em laboratório, e as teorias não poderão ser postas à prova nos exatos termos e condições impostos pelos teóricos.

² A realidade jurídica e a social agem constantemente uma sob a outra, não sendo possível isolar o argumento jurídico dessa inter-relação, ainda que o rigor científico imponha a construção lógica de cada argumento de acordo com a competência do argumentador. A sociologia do direito permite discutir criticamente as transformações da realidade social que se impõem às instituições e ao ordenamento jurídico, ou até por conta das instituições e do ordenamento jurídico, para que se possa pensar como a ciência jurídica compreende a ação do direito sobre a sociedade e a da sociedade sobre o direito.

³ É uma questão mais de discurso, mas os discursos têm efeitos na vivência do direito. Autonomia privada, liberdade de contratar, autonomia da vontade e livre iniciativa são conceitos localizados mais frequentemente nesse campo da liberdade do direito privado, que diverge entre as defesas do absoluto e do relativo. A complexidade torna-se tamanha que a autonomia privada de um será constantemente alegada não por seu titular, mas por quem quiser obrigar seu titular, configurando-se menos como direito subjetivo e mais como um obstáculo à efetivação de outros direitos subjetivos. Evidente que não é assim tratada a liberdade, por exemplo, de expressão, localizada no âmbito das liberdades do direito público.

As relações entre Estado, direito, sociedade e indivíduo estão no hipocentro de ruptura da modernidade, não apenas porque se convencionou que é tempo de falar, em tese, de outro paradigma para as ciências sociais.⁴ Os chamados processos de fluidez líquida ou até de ebulição e efervescência daquilo que era, até então, tido como certo e como seguro estão ocorrendo – e assim se percebe no Brasil e em todo o mundo.

Construiu-se, ou tentou-se construir, uma forma de Estado⁵, que, agora, pede reforma. Essa discussão se prolonga por décadas e se renova a cada nova crise ou ciclo de crise econômica. Confunde-se – e talvez porque sejam mesmo indissociáveis – a reforma do Estado com os ajustes econômico-financeiros e a crise da política com a crise econômica, fazendo dos direitos sociais e do próprio Estado Social uma incógnita presente.⁶

⁴ A propósito dessa discussão, De Giorgi (1998, p. 185-186) observa a partilha da compreensão de que os últimos acontecimentos são aptos a perturbar além da ordem do mundo, chegando à ordem dos conceitos, dando ensejo a possíveis designações do novo. O atual debate acadêmico-jurídico utiliza das lições Kuhn sobre as revoluções científicas e se pauta em possíveis substituições de paradigmas, havendo referências, desde a segunda metade do século XX, à pós-modernidade (Giddens, Bell, Boaventura, Lyotard, Habermas, Stuart Hall, Gellner etc.), à modernidade líquida (Bauman), à hiper-realidade (Baudrillard), à hipermodernidade (Lipovetsky), à modernidade reflexiva (Beck) etc. Tal se dá em decorrência da necessidade de outra ordem de conceitos para explicar os acontecimentos do mundo. A crise é menos da realidade e mais dos modelos de pensar a realidade, que se mostram insuficientes.

⁵ A modernidade já conheceu variadas formas de Estado. Diz-se que primeiro foi instituída uma forma de Estado que se organizasse racionalmente e pudesse ser limitada por meio do Direito (Estado de Direito), assegurando a separação dos poderes a partir de uma construção burocrática da administração estatal e garantindo os direitos individuais, por meio das Constituições (Estado de Direito Liberal). Após, buscou-se um modelo estatal que, resguardando características do modelo anterior, fosse apto a também promover direitos coletivos, para articular o bem-estar social (Estado Social de Direito) e defender o próprio Estado dos agentes econômicos que a ele se sobrepunham. Depois, com a intenção de configurar um Estado pautado na democracia e na pluralidade, para alcançar a igualdade, a liberdade e a justiça, institui-se o Estado Democrático de Direito. – Essa é a tese simplificada. Evidente que a realidade da modernidade conheceu variações de Estado Liberal, variações de Estado Social e variações do que seria ou poderia configurar um Estado Democrático.

⁶ O Estado Social vem sendo discutido principalmente em função do custo dos direitos sociais, que fazem retornar também o debate quanto ao papel que deve ter o Estado em relação à ordem econômica. A respeito do tema, Cavalcante; Lima (2015, p. 135-156) compartilham a visão de que se trata de uma discussão cercada de “ruidosas incompreensões” sobre sua finalidade, discutindo-se sua manutenção em escala global. “Seria ingênuo demais defender que, mesmo nos períodos de pretensa prosperidade econômica, a pulsante expansão dos avanços tecnológicos, com suas inebriantes comodidades, beneficie a todos os cidadãos numa sociedade altamente complexa. Por outro lado, não há falar Estado Social sem um regular fluxo econômico, isto é, sem as benesses da atividade financeira do Estado, que, evidentemente, decorrem da atividade econômica, aliás, em função do regular poder de tributar dos entes políticos. Sabe-se que o Estado Social é um conceito intimamente associado à economia e às finanças públicas, tratando de uma ciranda desejosamente contínua e especialmente sensível aos descompassos do mercado, enfim, do capital, de forma que os arranjos dessa engenhosa dinâmica sempre exigem um cálido toque de superposição de interesses, porquanto o equilíbrio, no mais das vezes, é visto como um fator de estagnação e, dessa forma, de limitador do próprio fluxo econômico” (CAVALCANTE; LIMA, 2015, 137-138).

Estavam estabelecidos, em verdade, declarados e em processo de afirmação, os direitos humanos, as constituições e suas cláusulas de segurança, os códigos de leis, as instituições ou estruturas políticas e jurídicas. Todo esse ajustamento restou conturbado pelas mudanças que ajudou a promover, como o (s) processo (s) de globalização, e pelas ameaças para as quais não consegue apresentar proteção, como é o caso do (s) terrorismo (s).⁷

Os caminhos que antes eram apontados como se fossem certos estão obnubilados pelas incertezas do presente e pelo esgotamento das expectativas passadas. Um estudo jurídico atual não pode ignorar que é possível um rumo diferente do previsto ou profetizado. O que se chamou de Estado Liberal não se completou. Nem o fez o Estado Social e talvez não se complete o Estado Democrático de Direito.⁸

⁷ O processo de afirmação de direitos impôs um raciocínio de cronologia linear e progressista de aumento que levou ao princípio da vedação do retrocesso – princípio este que muitas vezes foi afirmado como forma de encerrar qualquer debate no tema. Assim também ocorreu ao se falar de cláusulas pétreas, de Constituições etc. Até mesmo a ideia de efetividade de direitos fundamentais foi permeada pela ideia de segurança. Assim, não raro foram repudiadas as ideias e os projetos políticos em contrariedade ao já estabelecido, como se tais coisas estivessem fora de debate, porque a técnica jurídica não permitiria (afinal, é uma cláusula pétrea, está na Constituição, é um direito fundamental, não se pode voltar atrás). Ocorre que, em algumas situações, fica evidente que o Direito não consegue impor essas barreiras ou manter sólidas certas estruturas: o próprio Direito é alterado ou corre o risco constante de ser alterado. As crises econômicas assim demonstram. As crises políticas também evidenciam essa possibilidade. E, de modo bastante significativo, a globalização e o terrorismo torna gritante a facilidade e a velocidade com que podem ser “desafirmados” direitos. Lima (2004, p.152-161) concebe a globalização como “crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo”, que se deu a partir do advento da globalização econômica, a qual fez constatar o declínio do Estado-nação, a “gradual erosão” da soberania e a “obsolescência” das fronteiras nacionais, causando situações variadas de perda de direitos políticos e de “desuniversalização” de direitos sociais, diminuindo ou extinguindo a importância dos espaços públicos de cidadania e realocando-os para os espaços de consumo (REICH, 2008, *passim*). A propósito da temática envolvendo segurança e terrorismo, Fernandes (2015, p. 45-57) encadeia incerteza, medo, insegurança e violência, fazendo notar que a ameaça sequer precisa se concretizar para gerar efeitos. A reação não exige uma ação concreta, apenas a ameaça dela. A segurança da modernidade era a garantia da liberdade individual por mecanismos de contenção do poder estatal, mas não tinha um caráter apenas negativo, havendo também a obrigação de garantia (caráter positivo, prestacional, ativo). A insegurança gerada pelo terrorismo e pelas armas nucleares pode romper fortemente com essa ideia, como tem rompido, sendo recorrente a adoção de medidas de negação de direitos fundamentais.

⁸ Em verdade, nenhuma forma de Estado necessariamente se completa. As promessas e as esperanças são sempre maiores que as características que essas formas de Estado tomam na realidade, inclusive em razão de serem os formatos estatais muito suscetíveis às formas de governo e às demandas políticas de cada época. Não à toa enfrentam sempre a iminência de se serem substituídas. Para Bobbio (2001, p. 94), entretanto, deve-se atender a diferença entre crise do Estado, que não mais consegue atender às demandas sociais, e é disso que se está a tratar, e o fim do Estado como estrutura orgânica social e os juízos de valor sobre a concentração de poder que implica sua existência. Cumpre ressaltar que a própria concepção de Estado, de território de soberania e de povo estão em revisão ou sofrendo a possibilidade de revisão.

Nesse estudo em específico, parte-se de que a ordem jurídica inaugurada com a restauração da democracia e com a Constituição Federal Brasileira de 1988 implicou em movimentos da razão jurídica que acabaram por anunciar a chamada transformação, reconstrução ou publicização do direito privado ou constitucionalização do direito civil – embora não se tratem de termos sinônimos.

O constitucionalismo no período pós-88 exigiu a construção de uma nova Teoria Constitucional, de uma nova Teoria Jurídica e de uma nova Hermenêutica⁹. Hoje, aproximadamente trinta anos após, muito já se tratou nesse aspecto, o que pode ser evidenciado por todas as fontes do direito¹⁰.

O debate para defender ou rejeitar a reconstrução do direito privado, sem dúvida, tem se configurado como abundante no meio jurídico, ou até fora dele, e se correlaciona com os projetos políticos que movimentam as discussões sobre – e mesmo o exercício da – liberdade. Ainda se produz, hoje, a repetição da discussão e das expectativas de trinta anos¹¹ atrás, simultaneamente à consciência das consequências já visíveis na aplicação do direito e do risco presente em relação ao que se tinha por conquistado ou encerrado.¹²

Não se pretende aqui repetir, importa frisar, aquilo que já foi dito, mas buscar, de fato, a atualização dos argumentos, pondo-os em correspondência com o contexto já esboçado. Toda contribuição, evidente, deve partir daquilo que já foi dito, com a obrigação de questionar, até porque tem a oportunidade de verificar os efeitos dos discursos proferidos.

⁹ Não se pretende afirmar que a Constituição de 88 esteja relacionada à ruptura do paradigma da modernidade. Conforme Barroso e Barcellos (2003, p. 29), ao tratar da nova interpretação constitucional, a definem como “fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas”, compreendendo “equivocada a equiparação da pós-modernidade a questões que sequer remontam a essa mesma condição pós-moderna”. A corrente neoconstitucionalista brasileira, assim, reflete transformação, mas não reflete a mudança de um paradigma.

¹⁰ A própria constituição, com a nova hermenêutica que a ela se seguiu; a legislação infraconstitucional, com significativas alterações, além da absorção de princípios ou novos paradigmas de conformação legal; os costumes, sobreviventes dos paradigmas da legalidade e da constitucionalidade; os princípios gerais (constitucionais) de direito, que tomaram posição de destaque para a teoria jurídica; a jurisprudência, com os movimentos de humanização do direito; e também a doutrina, ou, principalmente, com a mais que constante anúncio da novidade.

¹¹ Pode-se afirmar que há dois marcos temporais significativos para o tema: A Constituição de 88, prestes a completar seus 30 anos, e o Código Civil de 2002, com seus quinze anos.

¹² Não há nenhuma novidade em tratar de um processo de reconstrução do direito privado, das questões entre o individual e o coletivo, entre a liberdade, a igualdade etc. O que há de novo é a constatação de que não há segurança em declarações de direitos, justamente porque esse debate não pretende ter fim. As mudanças também não são lineares e não constituem necessariamente um processo de aumento ou de progresso.

Este trabalho interessa porque representa também um processo de aceitação íntima de que o direito não tem todas as respostas, mas nem por isso não pode ser estudado e operado com o rigor de uma ciência – daí o enfoque em pensar a liberdade não como argumento ideológico, nem limitar seu entendimento como direito fundamental a um ou outro âmbito do direito, reconhecendo seu papel como fundamento de todo direito.

O tema é dotado de relevância científica e social, como se pode aferir tanto pela abundância de reflexões, como, e mais ainda, pelo fato de que a compreensão de espaços públicos e privados e de como o fenômeno jurídico se dá nessas dimensões tem reflexos profundos e bastante diretos em muitas das principais questões da atualidade, que permanecem em disputa em função dos mais variados interesses.

Pensar a liberdade conectada com o próprio direito e suas divisões implica em ponderar sobre todos os aspectos da vida e do cotidiano de um indivíduo, esteja ele localizado numa dimensão, física ou não, pública ou privada. Implica também em refletir sobre o papel do direito e em como ele se relaciona e vai continuar se relacionando com o Estado, a sociedade e os próprios indivíduos.

Ademais, a liberdade é condição da própria democracia, e não há teoria democrática de direito que não a posicione como pilar e essência do próprio direito, desde como é legislado a como é aplicado, diante de um caso concreto. Assim, a liberdade e o direito, ainda que possam ser oportunamente segmentados para um melhor estudo, têm que ser operados como inteiros que são.

Posta a intenção do estudo ora empreendido, passa-se ao apontamento de seus objetos, aproveitando, desde já, para apontá-los conceitualmente, ainda que tais conceitos sejam apenas o ponto de partida. Evidente que a liberdade, o direito, o Estado¹³ etc. possuem dimensões muito largas e nem poderiam ser genericamente objetos de um estudo só.

¹³ Liberdade é uma faculdade humana. O indivíduo livre pode se autodeterminar, fazer escolhas e assim dirigir sua própria existência. Direito é um termo de muitos significados e seria impossível utilizar apenas um deles, sendo, entretanto, necessário apontar que, em correlação com a liberdade, o Direito é também uma ficção da linguagem humana, como também o é o Estado, que se define a partir de três elementos: povo, território e soberania (BOBBIO, 2001, p. 94). Cada tradição cultural vai conceber um direito, em sua origem, constituição e desdobramentos que não vão, necessariamente, corresponder ao que impõe outra tradição. Há, entretanto, um elemento de identificação, seja nas opções valorativas seja na atuação como mecanismo de solução de conflitos do sistema social, seja no vínculo com as instituições políticas de poder (ASSIER-ANDRIEU, 2000, *passim*).

Aqui, o objeto principal é o discurso¹⁴ empregado pela ideia de reconstrução do direito privado em relação ao papel da liberdade como fundamento do direito. O que se visa é verificar se o estudo dicotômico do direito permite compreender o direito como um todo, utilizando um elemento que se supõe sacrificado pela ideologização do discurso, que é a liberdade.

Essa não deixa de ser liberdade e não deixa de ser direito fundamental porque se quis diferenciar o fenômeno jurídico no que respeita ao indivíduo, em particular, e aos indivíduos, em coletivo (s) ou em sociedade. E, uma vez que direitos fundamentais não têm hierarquia, a liberdade não pode e não deve ser sacrificada em nenhum processo de reconstrução de direito.

Impõe-se mencionar que a Constituição, desde seu preâmbulo, afirma que o Estado a ser instituído se destina a assegurar direitos sociais e individuais, destacando a liberdade, entre outros, como valor supremo da sociedade. A livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º). A República tem entre seus objetivos a construção de uma sociedade livre (Art. 3º). Ao Art. 5º, é garantida a inviolabilidade da liberdade. A ordem econômica é fundada na livre iniciativa e tem a livre concorrência como princípio (Art. 170).

Valor, fundamento, objetivo, direito inviolável, fundamental, cláusula pétrea, princípio constitucional: assim a liberdade é situada ao longo do texto constitucional. As muitas liberdades expressamente reconhecidas constitucionalmente (de expressão, de pensamento, de comunicação, de crença, de locomoção, de circulação, de participação política etc.) não devem ter tratamento diverso do que for dedicado às liberdades quando analisadas sob a ótica do direito privado – autonomia privada, da vontade, à livre iniciativa e à liberdade de contratar.

Se têm as primeiras uma relação de dependência mútua de sua existência com a do próprio Estado Democrático de Direito, sendo a elas aplicadas as doutrinas sobre direitos fundamentais, não cabe prosseguir com um discurso de contenção, limitação e restrição das segundas, como se fossem danosas, somente por se situar aí um foco de disputa de projetos políticos – até porque há diferença entre discursar contra um argumento que se refere à liberdade e discursar contra todo argumento que se refere à liberdade.

¹⁴ Como nenhum discurso é construído por uma única fonte, não o é também o discurso jurídico, sendo necessário, entretanto, tomar por objeto principal aqui a doutrina, por sua importância singular em decorrência da temática e da abordagem pretendida.

Uma vez que algo ou é fundamental ou não é, a liberdade nunca deixou de ser medular ao raciocínio jurídico privado, e a vontade individual é invocada ao longo de toda a lei civil, codificada ou não. E se a Constituição é a origem e o centro de todo o ordenamento, como quis o atual raciocínio jurídico, a liberdade da autonomia privada não pode ser afastada em função da Constituição: ela se origina na própria Constituição – na dignidade da pessoa humana.

A intenção, o objeto de estudo e a problematização apresentada instruem os objetivos do trabalho. O geral é verificar o argumento/hipótese: “A liberdade é direito fundamental e, para a sua efetivação, precisa de uma tese de convergência do direito, que supere a lógica binária de diferenciação entre o público e o privado”.

Os objetivos específicos são os de investigar a utilidade de distinção entre o público e o privado, identificar as dificuldades de superação da diferenciação, propor uma construção argumentativa de convergência pautada na complexidade dessa superação, analisar as possibilidades de conceituação de liberdade, discutir seu lugar naquele processo, em curso, chamado reconstrução do direito privado, fixar o reconhecimento das hipóteses específicas finais e daquela geral, com fins de efetivamente explicá-la, justificá-la e abordar seus reflexos e implicações.

A metodologia adotada no trabalho, para a pesquisa, é a de investigação dos textos doutrinários pertinentes à temática, principalmente, por ser o discurso o seu principal objeto.

Há que se dar prioridade, evidentemente, para a doutrina nacional, uma vez que os movimentos doutrinários em estudo são tipicamente nacionais, ainda que tenham se inspirado sobremaneira em correntes de pensamento estrangeiras.

Temporalmente, os períodos mais ricos de produção original são aqueles próximos à promulgação da Constituição de 88 e do Código Civil de 2002 – também serão prioridade, mas não terão exclusividade.

Para a exposição de ideias, buscou-se focalizar na construção argumentativa e, para isso, utilizar de um viés descritivo mais crítico, organizado sinteticamente, conforme a necessidade de construção do argumento e das hipóteses, a serem verificadas, abaixo transcritas.

1. Superar a necessidade ou a utilidade de uma distinção entre espaços de direito públicos e privados exige proposições de convergência;
2. As propostas de superação dessa distinção, até agora, ainda se baseiam em relações de dominação de um espaço pelo outro;

3. Há um processo de reconstrução do direito, como um todo, como um sistema, e, dentro dele, um processo de reconstrução do que foi o direito público e também o direito privado, e isso faz com que os argumentos binários precisem ser afastados;
4. A liberdade é uma só, como o direito, ainda que detenha variadas possibilidades conceituais, e constitui elemento essencial do próprio direito, seja ele público ou privado;
5. A liberdade é direito fundamental e, para a sua efetivação, precisa de uma tese de convergência do direito, que supere a lógica binária de diferenciação entre o público e o privado.

Nessa introdução, consta tanto a contextualização geral quanto os demais elementos teóricos e metodológicos necessários à pesquisa: problematização, definição de conceitos-chave, justificativa, delimitação de objetos, exposição de objetivos e hipóteses, métodos adotados.

No capítulo dois, estão concentradas às questões concernentes à dicotomia público-privado e sua superação, com foco na utilidade de prosseguir fazendo uma distinção não dicotômica, na dificuldade de superação da argumentação bipartida e nos problemas de reorganização da ordem jurídica quando se propôs a superação. Ao final do capítulo, já se introduz a ideia da necessidade de uma argumentação de convergência.

Ao capítulo três, são postas à frente as questões diretamente relacionadas à perspectiva dicotômica da liberdade, suas limitações, seu lugar no discurso de reconstrução do direito privado e, ao fim, também já se introduz uma reflexão no sentido de necessidade de outra construção argumentativa.

Por último, o capítulo quatro vem a desenvolver uma proposição, pretendo uma linha de argumentação de convergência e, para isso, expõe os problemas ideológicos e metodológicos enfrentados, seguindo-se, então, as considerações finais do trabalho.

O estudo desenvolvido se alinha à linha “A Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, e foi conduzido com o auxílio de disciplinas do Programa que têm um enfoque dito propedêutico do direito – Epistemologia Jurídica e Sociologia do Direito e do Estado –, além da disciplina de Ordem Jurídica e Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais e de Direitos da Personalidade.

2 O DIREITO BIPARTIDO: UMA ARGUMENTAÇÃO DE OPOSTOS

Este trabalho é suscitado num momento em que os manuais de direito e as doutrinas de introdução apresentam a seguinte ordem de ideias ao estudante: que o direito é um só¹⁵, mas pode ser dividido em público e privado, além de outras categorias de classificação; que tal distinção é ultrapassada, superada, sobrevivendo apenas como uma melhor forma de entendimento (para fins didáticos); que não há mais uma relação de incomunicabilidade entre público e privado, mas de complementariedade; que antes o direito civil era o centro do ordenamento jurídico; que a Constituição hoje ocupa esse papel; e que o direito privado se viu reconstruído.

Toda abordagem histórica dessa bipartição – assim como quase toda abordagem histórica do direito ocidental de *civil law* – indica sua origem no direito romano (às vezes, com a observação de que houve um tratamento anterior do tema pelos gregos), com Ulpiano, que dá ao direito público a substância daquilo que diz respeito ao Estado – romano – e, ao privado, aquilo que diz respeito às relações entre os cidadãos – tendo essa distinção, nesses termos, até hoje, significativa repercussão doutrinária e acadêmica.¹⁶

Bobbio (2001, p. 14-20) trata de uma conceituação dicotômica de contraste, em que se conceitua um dos polos independentemente do outro, atribuindo a esse outro uma conotação negativa ou residual. O privado seria definido como o não-público; ou o público seria definido como o não-privado.

Assim se daria por ter havido uma prévia diferenciação social entre o que pertenceria ao grupo e o que seria concernente a um membro do grupo, isoladamente, não se admitindo que fosse uma coisa, simultaneamente, identificada como elemento comum aos dois universos. Ainda, são coisas de adjetivação valorativa contraditória, porque “quando é atribuído um significado valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa” (BOBBIO, 2001, p. 20).

¹⁵ A compreensão de um todo, uma unidade conceitual indivisível que, entretanto, se divide, se repete exhaustivamente no imaginário ocidental, principalmente por conta da força que teve a filosofia cristã ao difundir uma divindade que é uma, ainda que seja três.

¹⁶ Depois, outros critérios foram indicados, no sentido de diferenciar o direito público e o direito privado: o sujeito ou o titular da relação jurídica, a maior extensão ou supremacia do interesse a ser tutelado, a obrigatoriedade da norma no sentido de limitar o arbítrio individual, as relações de igualdade (coordenação) ou desigualdade (subordinação), a maneira como se realiza a relação jurídica, os métodos de criação de normas, as fontes das normas – se a lei ou o contrato, a hierarquia de autoridade, a possibilidade de aplicação da sanção etc.

Na abordagem de Telles Júnior (2001, p. 227), se conceitua direito público e direito privado como sendo o primeiro definido por um interesse preponderante e tutelado pela lei, e o segundo, pela forma da relação jurídica, que não deixa de ser regulada pela lei. Essa coordenação de critérios – objeto da relação jurídica (interesse) e forma de regulação (coordenação ou subordinação) – também é adotada por Reale (2009, 339-341).

Numa outra visão, Nery (2002, p. 94) anota que o direito público diz respeito à própria estrutura do poder – assim, o direito público diz respeito à construção e manutenção do ordenamento jurídico, que precisa de motivo e razoabilidade para existir; ao passo que o direito privado se concentra no elemento mais importante do sistema do direito, que é o homem, a pessoa, que vai precisar da garantia de direitos para desenvolver suas potencialidades.

A suposta superação da distinção a mantém, entretanto, a princípio para fins didáticos, anunciando a reconstrução do direito privado e a sua publicização, a descodificação e a formação de microssistemas, a constitucionalização do direito civil, a transferência de nuclear do indivíduo para a pessoa, do patrimônio para a dignidade humana, a funcionalização dos institutos de direito privado, a constitucionalização de seus princípios etc.

Primeiro, impõe-se ressaltar esse atual estado de coisas, pois constitui, em si, uma rede compartilhada de ideias próprias do pensamento jurídico hodierno, uma vez que difundidas e apresentadas ao estudante, desde o seu primeiro contato com o direito, e que vai acompanhá-lo enquanto operador e jurista.

Segundo, necessário notar que a simplificação dessas ideias se propaga, sendo recorrentes os trabalhos acadêmicos, já mais avançados, que se sustentam nesses mesmos termos, sem questionar ou aprofundar o raciocínio. Essa tendência também se dá na prática jurídica, razão pela qual muitas críticas são feitas ao próprio movimento de reconstrução do direito privado, em função da falta de métodos e técnicas adequados para solucionar as questões que vão se apresentar.

Note-se também que, nesse contexto, a ciência jurídica é posta como se houvesse absoluta neutralidade de seus fundamentos, porque assim as coisas seriam quando postas ou supostamente postas na perspectiva científica. Os discursos se afirmam neutros, mas, como sua construção nunca é, ficam inegavelmente marcados pelas posições políticas adotadas pelos argumentadores – que não meramente elegem valores, mas determinam predileções universais.

As ideologias pressupõem dicotomias – há o universo do público e o do privado, e a eles será empregado o raciocínio dos opostos, do bom e do ruim, a depender do argumentador. Assim, se verifica o afastamento do rigor discursivo, quando, em vez de uma distinção de tipos, prevalece a diferenciação dos universos, com uma evidente adjetivação inclinada à escolha de um deles.

A simplificação dessas questões, aliada à ideologização atinente às relações entre Estado, direito, sociedade e indivíduo, opera outras dissociações¹⁷, a exemplo daquela entre interesse geral, coletivo ou público e interesse particular, individual ou privado; direito social e direito individual; liberdade (ordem pública) e autonomia privada (ordem privada).¹⁸

Assim, o direito vem sendo ensinado, aprendido e operado em consequência de uma distinção que não distingue, pois supostamente já superada, ainda que persiga existindo e promovendo a separação das formas de pensar o fenômeno jurídico, apontando um dever ser dependente do espaço em que está situado, com comunicabilidade fraca, na prática.

Assim se dá porque a comunicabilidade entre o direito público e o direito privado não foi sempre reconhecida. Em vez de mera distinção, houve já uma concepção dicotômica¹⁹ de se tratarem de realidades existentes em seus universos próprios, sem ponto de interseção ou perspectiva de complementação. Foi sobre essa dicotomia que se produziram não apenas argumentos, mais conceitos, técnicas, estruturas que se identificavam como pertencentes a um ou outro universo jurídico, incomunicáveis entre si, postos em contraposição intransponível.

¹⁷ Nesse sentido, Silveira (2002, p. 25): “a constatação da existência da dicotomia em si mesma é a gama de conseqüências que dela decorrem, isto é, as chamadas dicotomias correspondentes, que nada mais são do que efeitos necessários que da dicotomia principal emergem”.

¹⁸ Por exemplo, Fachin (2003, p. 289) compreende que a concepção que hoje se tem de interesse social nasceu da funcionalização da propriedade, de sua sujeição à um conteúdo social, com a previsão e a imposição de que ao direito subjetivo se integrariam também deveres, condicionados aos ditames sociais. Essa construção se dá numa perspectiva de argumentação dissociativa, que contrapõe o interesse individual do proprietário ao interesse social que tem a coletividade na propriedade individual.

¹⁹ Há uma diferença semântica entre distinção e dicotomia, sendo possível afirmar, ainda que seja uma simplificação, que a questão (direito público – direito privado) passou da dicotomia à distinção. Distinção é mera divisão, que pode se dar para estabelecer uma classificação, criando muitas vezes uma relação de gênero e espécie, de tipos e subtipos. Distinções formam cadeias, a partir de um processo de segmentação. Os tipos distintos podem ser somados, construindo-se, assim, um caminho inverso de criação de elos entre eles, para se chegar a um todo. Dicotomia, por sua vez, é uma divisão necessariamente dualística, ou seja, que contém princípios opostos. A dicotomia não cria tipos ou subtipos em cadeia, ela cria coisas absolutamente diversas, cada uma existindo independentemente da outra em seu próprio universo.

A substituição desse raciocínio – do argumento de oposição, polaridade, para o argumento de complementariedade –, contudo, nem sempre parece clara, sendo recorrentes entendimentos que visualizam a interseção – e com ela confundem a complementação –, mas visualizam uma maior quantidade de elementos que não se tocam nem pretendem se completar entre os conjuntos.²⁰

Reale (1994, p. 7; 2009, p. 3-7) explica a dialética da multiplicidade e unidade do direito e também da complementariedade, que substitui a da polaridade. Para o autor, complementariedade denota:

(...) a correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo um deles irreduzível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam (REALE, 1994, p. 7).

O direito, conforme explicado, se apresenta sob múltiplas formas, refletindo distintas estruturas normativas, donde se podem identificar elementos comuns da experiência jurídica, que não se situam como estáticas ou acabadas, pois “o Direito é ordenação que dia a dia se renova”, sendo necessário apreciá-lo como um conjunto unitário (REALE, 2009, p. 6).

Nesse ponto, importa ressaltar que, de fato, é possível dizer que houve uma superação da dicotomia entre direito público e direito privado, não só por conta da tendência publicizante, mas também em decorrência daquela privatizante, fenômenos esses que ocorrem simultaneamente.

Tratam-se ambas de rupturas da diferenciação clássica, fazendo com que os espaços, tanto físicos quanto orgânicos, se embaracem. Se algo que era público pode tornar-se privado ou algo privado pode passar à ordem pública, ou se algo pode pertencer simultaneamente aos dois tipos, o que se conclui é que essas categorias existem no mesmo universo.

²⁰ Conjunto, para a matemática, é uma coleção de elementos. Havendo elementos que pertençam a mais de um conjunto, eles ficarão situados em um ponto de interseção – nessa hipótese, há elementos que pertencem somente a um dos conjuntos, e exatamente por inexistirem no outro, representam a diferença e podem ser a ele complementares. Sistema é um conceito que pressupõe um conjunto, mas impõe interdependência e organização entre seus elementos, no sentido de se atingir um objetivo geral. A comunicabilidade dos elementos é uma característica inderrogável de um sistema, que, quando aberto, interage, ele próprio, com o seu meio, havendo um fluxo de entrada e saída de elementos dinâmico. Essas noções são bastante básicas e costumeiramente apresentadas aos estudantes, mas sendo seu vocabulário às vezes estranho ao meio jurídico, pode ocorrer confusão entre os raciocínios construídos a partir dessas ideias.

No entanto, permanece a distinção, em sua acepção simples, que se faz necessária até mesmo para a superação da compreensão de opostos (da dicotomia), e da qual depende também o processo ou movimento de reconstrução do direito privado, que só é possível porque (1) a distinção existe; (2) há comunicabilidade entre o que é público e o que é privado (3) há de se considerar um sistema aberto, dinâmico e complexo nessa relação, uma vez que essa complementariedade passou de uma relação meramente acessória para uma relação de interdependência e interferências recíprocas.

Ocorre, entretanto, que essa reconstrução – assim como a manutenção dos institutos, a ela oposta – é defendida por meio de um argumento dicotômico entre interesse público e privado, que os pressupõe como absolutamente excludentes, sendo um melhor que o outro, a depender da posição do argumentador.

Em Pereira (2011, p. 12) se encontra essa mesma anotação, considerando “inidôneo dissociar o interesse público do interesse privado, e admitir que a utilidade dos cidadãos seja antagônica da utilidade pública”.

Para desconstruir esse argumento dicotômico, é necessário analisar, antes, sua significação, o que permite estabelecer a utilidade de manutenção de uma distinção simples, ainda que fundada nessa dicotomia público-privado, correlacionando-a com a dificuldade de superação dela e com os problemas de reorganização da ordem jurídica sem a distinção.

2.1 Utilidade da distinção entre direito público e direito privado

A dicotomia entre direito público e direito privado se caracteriza como uma distinção universal de espaços de concentração do fenômeno jurídico sob diferentes fundamentos e princípios informadores.

Essa diferença pode ser explicada por metáforas sócio antropológicas, como a da casa e da rua, de Sergio Buarque de Holanda e Roberto DaMatta, ou a do jardim e da praça, de Nelson Saldanha. Ou, ainda, de categorias filosóficas, como o dado e o construído, o natural e o ficcional.

DaMatta (1997, *passim*) ao utilizar as imagens da casa e da rua, afirmou-as como categorias sociológicas, que vão além da comensurabilidade dos espaços físicos e alcançam os domínios morais e culturais institucionalizados, inclusive o domínio jurídico, do público (rua) e do privado (casa).

A casa é o lugar da tranquilidade, a rua, do movimento; a casa é da segurança e da tradição, a rua, da insegurança e da ruptura; a casa é da família, a rua, do povo e da massa; a casa permite a existência do homem como ser único e insubstituível, em harmonia com um círculo social restrito; a rua exige a vivência da confusão, da competição e da desordem (DAMATTA, 1986, p. 23-33).

Observando que a desordem da rua é a desordem do Estado, DaMatta (1997, *passim*) compreendeu que a rua somente poderá se organizar quando os cidadãos saírem de casa e constituírem, nas ruas, um ambiente em que também possam exercer suas particularidades, de forma igualitária e paralela às particularidades do outro.

Saldanha (1983, p. 106) observou, de princípio, que a própria História pode ser explorada no sentido de examinar a história dos espaços, e dos modos pelos quais o homem utiliza o espaço, correspondentes às dimensões do viver – consigo mesmo, em comunidade (vivência natural, direta e estreita com o outro), em sociedade (vivência artificial, indireta e extensa com os outros, com todos).

A praça de Saldanha (1983, p.110-115) é algo oposto ao jardim, ainda que a coletividade seja ao mesmo tempo oposta ao indivíduo e composta pelos indivíduos. A praça é aberta (uma abertura dos espaços naturais impulsionada pelo fenômeno urbano) e distante, senão contrária à natureza (a praça “contradiz a natureza para dar espaço à vida pública”), enquanto o jardim é fechado e próximo, associado ao natural – embora também ele sofra as consequências da vida urbana.

Essas associações interessam nesse tópico, pois uma utilidade da distinção é a própria compreensão da tradição jurídica de *civil law*. Indubitável que houve uma construção distintiva da ciência jurídica, uma vez que os estudiosos e operadores distinguiam esses âmbitos do que seria público e do que seria privado.

Distinguir o direito a partir de seus objetos tem valor. A matéria do direito público é a ordem pública, que se instaura, hoje, com as Constituições. Os movimentos constitucionais da modernidade tiveram a intenção de criar leis maiores, cláusulas de segurança em relação ao meio social e político.

Entretanto, essas leis maiores, como produto do meio social e político que as promulgam, guardam íntima relação com a ideia de ruptura, e por isso foram um marco paradigmático para a construção do raciocínio jurídico da modernidade, pautado na racionalidade fechada – que, mais tarde, chegaria às demais leis.

O direito privado, em princípio, praticamente identificado com as codificações civis²¹, teve por objeto o indivíduo. Ainda sob o paradigma da modernidade²², o enfoque sobre o indivíduo se alterou substancialmente, até ser substituído pela concepção de pessoa, que tira o protagonismo da propriedade e da autonomia restrita ao *pacta sunt servanda*, cedendo-a à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Teve o direito civil do indivíduo uma importância tamanha que foi a partir dele que se ergueu a compreensão da fenomenologia jurídica, pelo menos na doutrina brasileira, fazendo de seu arcabouço de princípios um conjunto de regras e técnicas aplicáveis até às situações pertencentes a outros segmentos.²³

Se a tradição impôs uma distinção entre o direito público e o direito privado, ela o fez sob variados critérios e a partir de estruturas de compreensão do Estado, do próprio direito, da sociedade e do indivíduo. Logo, a distinção tanto se deu por conta dessas diferentes compreensões como também as promoveu.

²¹ A codificação civil sistematizada tem seu marco no Código de Napoleão, quando ficaram rigorosamente separadas as leis públicas e as leis civis, se dando por concepções distintas entre a sociedade civil e o Estado. O processo de codificação, por si, representou também um processo de dissociação universalizante entre direito público e direito privado, com um arcabouço ideológico bastante distinto daquilo que se “herdou” da tradição romana. Para Amaral (1998, p. 111), “o código é a expressão do racionalismo no direito, realizando a ideia de construção unitária, coerente e hierárquica que veio a marcar a ciência jurídica da modernidade”. O autor menciona as vantagens de uma construção sistêmica do Código Civil, correlacionando a ordenação à facilitação do conhecimento, à administração da justiça, à garantia da segurança jurídica, à positividade do direito, à preponderância de uma interpretação lógico-dedutiva do direito, dentre outras. Dentre as desvantagens, indica: o imobilismo legislativo, o conservadorismo doutrinário, a primazia da lei como fonte do direito – ao que o autor chama de fetichismo legal ou idolatria legalista –, a pretensão de plenitude do sistema jurídico e a limitação da função criadora dos juízes (AMARAL, 1998, p.111-112). Para esclarecer os próprios termos, Matias (2007, p. 16) anota que “Código e Codificação derivam de *códex*, ou seja, livro compacto e costurado na lombada, contendo materiais jurídicos. Compõem um todo homogêneo, unitário, um sistema de regras logicamente organizado” e acrescenta ter sido o código francês o primeiro organizado sob o paradigma moderno, nisso divergindo do *Corpus Juris Civilis*, que mais foi uma coletânea de leis. Matias (2007, p. 19-20) também reconhece a importância da codificação, como um “processo histórico e cultural de grande significado político e jurídico, para a definição da conformação do direito privado, nos moldes do ideário do século XVIII e XIX, baseado no sujeito e seus atos, que se postergou por períodos do século XX”.

²² Não parece estar definido se a transição de enfoque do indivíduo para a pessoa se deu no paradigma da modernidade ou se seria já algo do modo de pensar pós-moderno. Neste trabalho, compreende-se que a própria modernidade permite essa diferenciação, mas não a aproveita suficientemente para construir argumentos novos, que ofereçam respostas mais amplas e eficazes aos problemas já identificados pelos doutrinadores e acadêmicos.

²³ Assim ainda é em nosso ordenamento, a considerar que a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro foi renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; ou tome-se como exemplo também que o processo civil tem utilização que transcende essa órbita de direito exclusivamente civil; ou ainda se considere que a doutrina civilista, não raro, se apresenta também como doutrina de introdução ao direito ou de teoria do direito.

A tradição liberal só é mencionada com mais frequência porque foi contemporânea à codificação e ao processo moderno de positivação do direito – que, em relação às normas civis, já vinha sendo vivenciado – daí seu tão criticado conservadorismo e apego ao que se construiu sobre as influências passadas, seja das tradições mais antigas, normalmente referenciadas as romanas, seja do chamado voluntarismo liberal.

Mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916²⁴, considerado tardio em relação tanto aos códigos europeus quanto em relação aos acontecimentos históricos locais, em especial, a proclamação da independência e promulgação de uma constituição, não surgiu pronto e acabado naquele ano de promulgação, sequer no anterior. Seu conteúdo foi emprestado e construído da tradição e do debate, privilegiando, por certo, as posições firmadas por vetores de completude da lei, segurança jurídica e exegese formal, que eram ainda típicas do período.

Igualmente, o Código Civil de 2002, considerado também tardio e até mesmo insuficiente em relação à Constituição Federal de 1988, não representou uma modificação do direito para a realidade: se deu por imposição das modificações de fora do sistema jurídico e das demandas sociais que tomaram força política suficiente para promover suas alterações, guardadas, é claro, as devidas proporções e reflexões.^{25 26}

²⁴ Matias (2007, p. 27) localiza o Código de 1916 como “eixo de definição do direito privado no ordenamento nacional, modernamente, núcleo central do balizamento das relações entre os indivíduos”. Essa concentração das normas de direito privado no código esgotavam a própria definição de direito privado, sendo esse mesmo código um instrumento de consolidação de valores próprios do voluntarismo individualista e liberal do período.

²⁵ Martins-Costa (2002, p. 436) também afirma que “Nenhum Código provém do nada, nenhum código opera no vazio. O seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo”. Amaral (1998, p.117) diz que o Código de 1916 é “produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu”. Isto não significa que os códigos fossem uma consolidação de todas as demandas sociais. Na verdade, os códigos consolidaram aquelas demandas que a doutrina jurídica e as estruturas de poder do Estado conseguiam identificar e atender, a partir de uma agenda de interesses políticos definida, que deixa à margem outras questões que não quer fazer consolidar. A propósito, Fachin aponta essa tendência de exclusão, “ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo”, o que teria causado “a revolta dos fatos contra o código” (FACHIN, 1992, p. 49). “Nesses quadrantes tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais, o limbo” (FACHIN, 1992, p. 56).

²⁶ É de se reconhecer que uma primeira codificação, ainda que pautada numa hermenêutica de completude abstrata, não isola o processo legislativo posterior. Por isso que, nesse ponto, não se considera uma ruptura, mas sim uma modificação gradual e linear, que a primeira codificação vá passando por sucessivas alterações legislativas, até ser necessária a reorganização da codificação como um todo. Assim, se passou do Código de 1916 ao de 2002.

O que se convém chamar de tradição jurídica de *civil law* não pode ser compreendido por meio da dogmática, embora ela tenha seu papel na composição dessa tradição. A tradição jurídica é aberta e dinâmica, como em verdade sempre foi – o que é hermético são mais as ideologias que dela tentam se apropriar.²⁷

A utilidade da distinção vai além da possibilidade de se instituir uma mera classificação, podendo explicar a sistematização adotada pela doutrina para explicar e mesmo elaborar o conceito de ordem jurídica. Essa função não é meramente didática, porque não se pode reduzir a importância do conhecimento nesse aspecto.

A distinção entre direito público e privado não é apenas um critério classificatório de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos. Com sua ajuda podemos, é verdade, classificar as normas, com seus diferentes tipos, em dois grandes grupos. O interesse de classificação, porém é mais extenso. A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios teóricos do trato com as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura, esses princípios decorrem eles próprios, de modo como a dogmática concebe o direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo tópico, resulta da utilização de lugares comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral. (FERRAZ, 1995, p.)

Conhecer a distinção apenas como critério de classificação, de fins meramente didáticos, não é suficiente, até porque, ao anotar finalidades, ainda que explicativas, deve-se proceder criticamente. É necessário conhecer a distinção em função da sistematização que ela operou, ao estabelecer princípios próprios de cada grupo, que, agora, precisam estabelecer relações de interação.

A didática do direito não deve ser inteiramente pautada nessa distinção, como tem ocorrido, por resultado da confusão entre superação da dicotomia e não superação da distinção. Separar o ensino do direito deixa supor que há duas realidades e não permite que o estudante perceba os processos de formação dos conceitos e das relações entre Estado, direito, indivíduo e sociedade.²⁸

²⁷ Embora o termo tradição tenha um sentido semântico de estagnação e hermetismo, essa não é a melhor das definições, sendo mais adequado compreender tradição a partir da antropologia, como algo que se constrói constantemente e é, por isso, dinâmico e aberto.

²⁸ Por exemplo, a concepção moderna de Estado Social, como equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade social, tem reflexo direito na transformação do direito privado, nos moldes em que se deu até então. Ocorre que, havendo uma ruptura do Estado Social, haverá também uma ruptura na compreensão do direito, não necessariamente de retorno à dicotomia, podendo haver um novo processo de transformação, com diretivas até então não previstas.

2.2 Dificuldade de superação da bipartição do direito em público e privado

Superação é uma constatação de progressão pautada na possibilidade de sobrepujamento. Assim, superar uma ideia ou um tipo de raciocínio implica, necessariamente, em se desfazer do raciocínio anterior. É por isso que se afirmou que não houve superação da distinção entre direito público e direito privado, somente da dicotomia de universos.

Convém, contudo, acrescentar: a superação da dicotomia ainda não é total, pelas razões já expostas: simplificação das questões mais complexas, tendência ao dualismo, manutenção das mesmas bases de ensino e aprendizado, utilização de argumentos que pertencem ao raciocínio supostamente ultrapassado, conservadorismo da técnica, ideologização da argumentação.

Ainda assim, em tese, o raciocínio dicotômico público-privado vem sendo mitigado, com algum esforço epistêmico.²⁹ Em vez de uma relação de tese-antítese, foi reconhecida uma relação de complementariedade, às vezes de sobreposição ou mesmo de identificação entre os elementos – fundamentos, institutos e princípios informadores – do direito público e do direito privado.

São, todavia, mantidas diferenças entre esses princípios, assim como há uma diferença de defesa entre seus fundamentos e finalidades. Sequer se poderia esperar que não houvesse, considerando as divergências na própria formação conceitual desses elementos, sendo, então, mantida uma distinção menor, ou de grau mais simplório, para identificar mais uma tradição do que uma perpetuação.

Daí a dificuldade de superação da mera distinção, uma vez que não se pode ignorar o que já foi produzido de forma quase que independente, havendo necessidade de uma reconstrução bastante minuciosa para que se possa, um dia, anunciar uma total ruptura paradigmática.

Não houve, portanto, a efetiva absorção do privado pelo público, tampouco a superação da distinção, em todos os seus termos de diferenciação, restando ainda a necessidade de conhecer a diferença, que vai além dos meros fins didáticos, para que se possa, então, desconstruí-la e, de fato, superá-la.

²⁹ “Parece não fazer sentido, nos tempos atuais, falar-se na permanência de uma real ‘dicotomia’ entre direito público e direito privado, entendida a mesma, na forma determinada por Bobbio, como duas esferas reciprocamente opostas, excludentes e exaustivas. Talvez se possa, no máximo, manter a ideia de uma mera “distinção” que se fragiliza diante de determinadas situações impostas pela nova ótica de refundação das bases do direito privado em face da Constituição” (SILVEIRA, 2002, p. 49).

Essa desconstrução exigirá bem mais do que o repúdio à distinção, vale dizer, não sendo muito eficaz defender a absorção do privado pelo público sem uma construção de técnica jurídica adequada para enfrentar os problemas que irão se apresentar aos operadores e intérpretes do direito, na medida em que entram em declínio os elementos mais marcantes do primado autônomo do direito privado.

Gomes (2005³⁰, p. 122-134) percebe que a possibilidade de recepção do novo não correspondente à aptidão construtiva, quando denuncia o atraso da técnica.³¹ Para ele, a insurgência contra o individualismo não retira dos juristas o respeito pela racionalização já estabelecida.

Gomes (2005, p.130-131) exemplifica esta crítica na utilização, a seu ver, inapropriada da terminologia “contrato” a relações jurídicas que não se estabelecem a partir da conjugação da vontade de todas as partes, ficando pelo menos uma delas sem a possibilidade de exercer sua autonomia privada propriamente dita, na acepção de função criadora das normas às quais se submete.

Sob a denominação de contrato, por exemplo, travam-se inúmeras relações jurídicas nas quais a vontade de uma das partes não exerce a sua função específica e criadora. (...) A invariabilidade terminológica encerraria o Direito numa cabine compensada, para manter artificialmente condições de vida que a pressão externa não permite mais. Os inconvenientes desses processos de dissimulação são manifestos. Primeiramente porque é a consciência dessas transformações que impulsiona o pensamento jurídico, uma vez que a sua verdadeira função consiste em assimilar aquelas aspirações sociais, que, por sua generalidade e intensidade, se impregnam de substância jurídica. Ocultar as transformações atrás dessa cortina de fumaça é pretender acompanhar a marcha da evolução do Direito, estugando o passo. Em seguida, a impressão da inalterabilidade domina os próprios técnicos, sejam eles legisladores, juízes ou advogados. Na lei, são inevitáveis as interferências de aspectos da instituição que emprestou o nome à nova situação jurídica. Na jurisprudência, os critérios dominantes na aplicação das regras disciplinadoras do instituto que proporcionou a denominação são utilizados como se a coincidência não fora apenas terminológica. Basta considerar, por exemplo, o inconveniente de interpretar os contratos de adesão de acordo com as regras adotadas para a exegese das cláusulas genuinamente contratuais. (GOMES, 2005, p. 130-131).

³⁰ Trata-se de republicação, em 2005, de capítulo da obra “A crise do Direito”, de 1955.

³¹ “Eminentes juristas perceberam a dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito. Os mais curiosos tentaram interpretar as solicitações da nova ambiência, mas não foram além da mera alteração de sentido dos conceitos básicos, pela crença de que essa variação superficial seria bastante para atender às imposições irresistíveis da realidade social. Outros pretenderam rever os conceitos, mas não ofereceram sugestões dotadas de poder de penetração necessário à sua implantação no terreno da dogmática jurídica. (...) Quando o jurista se depara com uma dificuldade, oriunda de tendência nova que reclama a reconstrução, vai buscar, nas legislações mortas, termos técnicos sepultados, cometendo, inclusive, o erro de supor que o problema consiste unicamente numa questão de terminologia” (GOMES, 2005, p.122).

O que o autor defende, portanto, é a criação de uma exegese própria para o tratamento dos “contratos” de adesão, que não se origine nas regras adotadas pela técnica jurídica anterior. Nessa perspectiva, não é que o *pacta sunt servanda* se contraponha à interpretação mais favorável ao consumidor, é que ele sequer se configurou numa relação desse tipo, contratual, na medida em que não houve um exercício efetivo da autonomia privada.

Entretanto, a questão não é usualmente posta nesses termos, sendo mais recorrente a defesa da relativização da autonomia privada, em tese, ou seja, deixando a doutrina para o juiz o papel de delimitar a extensão da força obrigacional dos contratos e dos demais princípios que dela decorrem, enquanto que, na prática, tanto a jurisprudência quanto parcela da doutrina, em muito, se voltam à literalidade dos contratos, por temor de um excesso revisional.

A essa perpetuação de elementos tipicamente distintivos entre direito público e privado, Gomes (2005, p.122) chama de “fidelidade às matrizes filosóficas do Direito privado”. Essa fidelidade conservadora impede a reconstrução do próprio direito privado, estando presente não somente nas elaborações argumentativas daqueles que rejeitam o movimento de reconstrução, mas também naquelas ideias propagadas pelos que o defendem, como notou Gomes.

Tome-se, noutro exemplo, que a publicização impõe a funcionalização dos institutos, passando-se a um estado de conformação da propriedade, do contrato e da família, principalmente. A funcionalização passa pelo repúdio do abuso do direito, pela questão da responsabilização e pela conformação do direito individual ao interesse social, nesse último aspecto ficando extremamente vinculada a uma política de intervenção que pretende superar a dicotomia público-privado.

Ocorre que não há superação porque esses institutos, ainda que funcionalizados, não deixaram, em verdade, de se operar pelo princípio da legalidade, uma vez que ainda se recorre à necessidade de fazer a função social não apenas constar, mas ser delimitada pelas finalidades expressas legalmente. Ainda, a funcionalização encontra sua limitação na própria insegurança dos operadores e intérpretes quanto a dizer, na prática, o seu significado, por falta de uma técnica ou de uma construção adequada para o seu reconhecimento e configuração quando diante de uma relação tipicamente privada.

Tal ocorre, como suscita Nery (2002, p. 91) porque no direito privado se identifica uma expressão cultural especialmente histórica, moldada por um processo de aperfeiçoamento constante e progressivo, que admite a recepção do direito anterior – daí seu conservadorismo maior à técnica já construída. Tal não se poderia dizer do direito público, elaborado por vias mais instantâneas e, conforme já mencionado, disruptivas em relação à ordem anterior.

Na tentativa de afastar esse conservadorismo e se colocar o jurista em condições de contribuir criativamente, segundo Gomes (2005, p. 130), necessário será verificar a correspondência entre a realidade e os conceitos, com a consciência de que os próprios juristas estão inseridos em certos grupos sociais. “O pensamento tem raízes sociais, embora seja individual” – raízes essas que o vinculam à estabilidade e à ordem dominante (Gomes, 2005, p.132-133).

2.3 Problemas na reorganização da ordem jurídica

O ordenamento jurídico não é um sistema autônomo: está integrado na sociedade, sendo, portanto, aberto. Suas interações não se dão apenas entre seus elementos, para a efetivação de uma função e geração de novas qualidades da organização, mas se dão também em relação ao meio social e político.

O ordenamento enquanto sistema também é um organismo vivo, que tem seus próprios processos e reage, exigindo a compreensão inclusive daquelas categorias que o paradigma moderno positivista quis afastar da cultura jurídica, como os valores sociais ou o tempo, que não cabiam nas definições que se queria, então, imprimir à teoria do direito.

O tempo traduz um fator de complexidade na poesia, na filosofia, na matemática, na física etc. É dimensão fundamental da vida e implica numa perspectiva de contingência das experiências individuais e sociais. O tempo abrange o ser humano e o mundo, a cultura e a natureza (RÜSEN, 2014, p. 253-254).

A dificuldade de redução do tempo para a lógica das disposições, estruturas e instituições jurídicas reflete a dificuldade de auto confrontação dos próprios juristas, quando diante do clássico dilema da sociologia do direito a respeito do papel que tem o direito – e, portanto, o papel que têm os juristas – na realidade social: se a sociedade age sobre o direito ou o direito age sobre a sociedade.

O reconhecimento de que o direito não está imune ao tempo vai além da percepção simples das transformações cotidianas e dos processos mais profundos de mudança histórica. “O direito muda, porque mudam as pessoas e as coisas”, como asseverou Ehrlich (1986, p. 300). Assim, o direito fica menos um dever ser eterno e imutável e mais uma expressão constante da cultura e da vida humanas.

Falcão se refere ao fato jurídico como algo carregado de sentido e dotado de inesgotabilidade de sentidos³², uma vez que o Direito, como norma, conteúdo ou conjunto é objeto cultural que se efetiva pela linguagem. “A norma é cultura sobre cultura, porque é cultura que trata de cultura” (FALCÃO, 2004, p. 18).

Há uma distinção entre o campo do direito e o campo do social, tomados enquanto realidades diferentes, que, de fato, o são, mas que se influenciam reciprocamente, sendo certo que o direito é um fenômeno social, é um instrumento, um mecanismo de ação da sociedade, na percepção de Ferrari (2000, p. 59-113).

A sociedade dispõe do direito para impor modelos culturais, valores e ideais coletivos, sendo esses também os fatores que geram o direito, numa relação de interferência recíproca. Caenegem (1995, p. 204) vislumbra no direito a mutabilidade: “O direito é uma estrutura social mutável, imposta à sociedade; é afetado por mudanças fundamentais dentro da sociedade e é (...) um instrumento assim como um produto dos que detém o poder”.

O direito é, assim, um instrumento de legitimação do poder, que oferece estabilidade, segurança, diminuição de conflitos e a possibilidade de obediência espontânea. Constitui-se como um todo harmônico e congruente, uma proporção de justiça, que se manifesta, através de suas próprias instituições, como um complexo conjunto ou sistema integrado de normas destinadas à ordenação dos fatos sociais, dirigindo as condutas e tratando as antinomias, as tensões e os conflitos.

³² “O mesmo sentido que, inesgotável, enriquece em sua abundância o ser humano é o elemento que, ao se prestar à inserção no discurso, vai colaborar na integração sócio-política e, conseqüentemente, no primado do Direito. Não no Direito que, por força da imutabilidade, escraviza; porém do Direito que, por força da fertilidade significativa, liberta as alternativas de justiça e, por decorrência, civiliza e semeia a igualdade, à luz da equidade flexibilizante e, por isso, acomodadora, em camadas de interpretação distintas, das diferentes situações individuais e dos fatos diferentes, embora sob o pálio das mesmas leis, que não podem ser uma para cada fato nem se podem tornar tão diferenciadas, pois correriam o risco de ser discriminatórias, pelos casuísmos destinados a proteger ou pelos rigorismos fadados a perseguir. A captação de sentido, inexaurível, que se faz pela via da interpretação é que traz em si o milagre da salvação dos ordenamentos jurídicos, num tempo de interesses tão múltiplos, de mutações tão rápidas e de desigualdades tão permanentes e tão difíceis de remover” (FALCÃO, 2004, p. 79-80).

Soriano (1997, *passim*), diz que o sistema social deve responder às aspirações sociais e sua dinâmica, mas também deve ter uma mínima estabilidade (a excessiva estabilidade gera conservadorismo e a excessiva mudança impedirá a consolidação nas novas conquistas sociais).

É certo, então, que a promulgação de uma Constituição institui uma nova ordem jurídica. A despeito disso, nenhuma constituição consegue apagar por completo a ordem jurídica anterior nem se desfaz da tradição já consolidada.

A mudança na cultura jurídica também não resulta exclusivamente da superveniência de uma nova Constituição, mas também de profundas, simultâneas e contínuas mudanças sociais. Mudam as pessoas, mudam as demandas, os interesses, as aspirações, as necessidades. As disposições normativas se alteram e tomam novas formas as instituições sociais e, conseqüentemente, as jurídicas.

Note-se que a Constituição é também a inauguração de uma forma de Estado, mas essa forma de Estado, e todos os elementos que a compõem, estão em xeque; a Constituição limita e organiza o Estado, em suas dimensões administrativa, política e econômica, mas a pós-modernidade desconfigurou essas relações; a Constituição grava direitos e garantias fundamentais e abarca as ordens social e cultural, mas também aí a pós-modernidade avançou e levou à incerteza.

As questões constitucionais sofrem risco de alteração substancial. A experiência constitucional bem demonstra que a realidade não tem cláusulas pétreas e mesmo os elementos e princípios de maior significado podem ser modificados – até mesmo plenamente negados – pela geração seguinte.

As Constituições, assim como as codificações, tiveram, num momento, uma função de sistematização hermética e estagnada, apta a promover a ideia de segurança. A ruptura da modernidade implica em romper com a expectativa de segurança e aprender a conviver com o risco e a incerteza.

Nesse aspecto, não diferem tanto a construção moderna e liberal das constituições e das codificações, porque se pautam pela previsibilidade, pela certeza, pela segurança, pela supremacia da lei para promover uma espécie de imobilização do social. E, em grande parte, o direito moderno foi pensado para ser um mecanismo de conservação e contenção dessas questões sociais, mas, noutra parte, também foi pensado como um instrumento do social.

Se o código fosse capaz de imobilizar a evolução social, ele também seria capaz de parar a jurisprudência (...) Mas tem-se mostrado que o código não gera nem pretende gerar estes efeitos. (...) A freqüente referência à “defesa através da legislação” desconhece tanto a tarefa da jurisprudência quanto a da legislação. ... não é objetivo dos códigos de direito privado imobilizar ou até mesmo destruir as forças sociais e econômicas do povo até que haja uma nova intervenção do legislador. (EHRlich, 1986, p. 327-328).

É nesse contexto que se destaca o debate em torno do papel da legislação, da jurisprudência e da doutrina. A estrutura jurídica de *civil law* sofre influência e assimila aspectos do *common law* – e o inverso também se dá. O que foi codificado tende a se descodificar. Não se presume mais a perfeição e completude da lei para a solução de todos os conflitos da vida privada, mas também não se confia na subjetividade e criatividade dos julgadores.

É preciso acostumar-se com a idéia de que certas coisas simplesmente não podem ser conseguidas através de uma lei. É preciso acostumar-se com a idéia de que, para as conseqüências da lei, as intenções daquele que a fez são totalmente sem importância. (...) É preciso acostumar-se definitivamente com a idéia de que para os efeitos de uma prescrição jurídica não é decisiva a interpretação que os juristas lhe dão (EHRlich, 1986, p. 288).

A primazia da lei foi afastada porque não correspondeu às inevitáveis lacunas, não conseguiu a tudo abranger nem promoveu as mudanças necessárias em tempo hábil para a satisfação das demandas sociais. Da mesma forma, não puderam os códigos se sustentar nem esgotar as relações que pretendiam normatizar, tampouco puderam sobreviver às necessidades de constantes e, não graduais, mas substanciais reformas.

O direito não deve ficar vinculado à vontade exclusiva do legislador, porque, assim, se torna impermeável aos fatos sociais. Se, no século XX, o processo legislativo se demonstrou pouco eficiente, no século XXI, com as relações de tempo aceleradas, essa vinculação se torna obsoleta.

De todos os dogmas da doutrina, nenhum, contudo, exerceu influência mais perniciosa do que a fé na onipotência do legislador. Decorre, seguramente, dos dois primeiros. O culto do texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre toda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esforço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador. (GOMES, 2005, p. 124)

O direito é fluxo permanente. Realiza-se na prática em constante transformação. Ao se trazer a Constituição para o centro do ordenamento, impondo uma razão diversa e um raciocínio sistêmico não mais de separação ou de identificação de meros pontos de interseção, mas de sobreposição do universo público e do universo privado, houve uma reconstrução do direito – e não apenas do direito privado, nos moldes da modernidade.

Martins-Costa (1998, p. 6-11) questiona se o direito privado necessita recorrer sempre à intervenção legislativa para possibilitar seu progresso ou se o próprio sistema poderia proporcionar a inovação, dando respostas aos problemas a partir de seus próprios mecanismos, inclusive com a construção jurisprudencial.

Inclinando-se por uma resposta afirmativa, a autora aponta as cláusulas gerais (por exemplo, função social do contrato, proibidade e boa-fé) como “metanormas” que servirão para estabelecer critérios aplicativos determináveis “ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”.

Assim, estaria viabilizada a integração e a migração de conceitos, princípios e valores entre todos os elementos ou microsistemas, quebrando-se a dicotomia entre direito público e direito privado principalmente com o movimento de funcionalização de direitos subjetivos – o que, conforme já se esboçou a partir da crítica de Gomes, no tópico anterior, não se deu ainda em sua inteireza. Ainda assim, a funcionalização teve um papel significativo para o abandono do que Martins-Costa chamou de mito jusnaturalista.

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 13).

O que ocorreu foi que a colocação de cláusulas gerais, sem a renovação das técnicas que possibilitem o seu preenchimento, acabaram propiciando um ambiente fértil para uma construção interpretativa criticável pela falta de fundamentação adequada, de objetividade e, mesmo, de segurança.

Essas questões se voltam, inevitavelmente, para outras, a elas transversais, que não serão resolvidas exclusivamente por juristas, a exemplo da controvérsia institucional entre Legislativo e Judiciário.

Os problemas de reorganização da ordem jurídica e de reconstrução das ordens público e privada se mostram, portanto, insolúveis pelos modelos e categorias de pensar da modernidade, sendo necessário proceder a uma autorreflexão da racionalidade moderna.

2.4 Construção de uma argumentação convergente

Para a construção de um argumento de convergência, necessário será admitir, desde já, que é de interesse do todo o respeito ao interesse de cada uma de suas partes, assim como é de interesse de cada parte a manutenção da integridade do todo. Construir argumentos jurídicos nesse sentido não é fácil, evidentemente, mas nenhuma reconstrução de ideias que se pautem na pluralidade o é.

Necessário também admitir que não existe um ator indivíduo e um ator sociedade. Há o indivíduo – ou a pessoa –, há os indivíduos que formam os coletivos e há também outras estruturas sociológicas, como comunidade, sociedade, Estado, instituições, empresas, organizações não governamentais etc., sendo impossível sequer dizer que um mesmo indivíduo tem um único interesse quanto mais que essas estruturas sociológicas e complexas o tenham.

A distinção entre interesse público e privado é, assim, uma distinção que guarda um certo sentido, mas que não pode ser analisada por adjetivação cartesiana. Essa mesma lógica impõe a renúncia da oposição de universos entre Liberal e Social, direito individual e direito social. São coisas do mesmo universo, embora tenham a aparência de estruturas sistêmicas polarizadas.³³

Como bem objetou Beck (2012, p. 33), “direitos sociais são direitos individuais”, porque são exercidos, principalmente, por indivíduos e se justificam no bem-estar destes mesmos indivíduos. Toda a pluralidade é conferida ao singular; toda a sociabilidade reside na necessidade de promoção do indivíduo e no desenvolvimento de suas potencialidades.

³³ A ideia de polaridade se dá pela disputa ideológica. Ocorre que nenhuma ideologia tem o poder de se impor, criando um sistema isolado que se feche às demais ideologias. Tal não ocorreu nem quando houve tirania, absolutismo ou autoritarismo, e não vai ocorrer num sistema democrático.

E, assim, superpõem-se os conceitos de natural e ficcional, individual e social, privado e público. O jardim e a praça de Saldanha³⁴ não mais se distinguem com a simplicidade de antes, fazendo com que se diga que a construção da ordem jurídica, nessa perspectiva dicotômica está, também, em crise. ³⁵

A crise desses modelos, contudo, não poderá ser nem compreendida nem superada pela defesa de triunfos ideológicos, ainda mais em se tratando de ideologias já desgastadas. A concretização dos direitos fundamentais depende cada vez menos da diferenciação deles serem do “tipo” individual ou social.

O discurso dicotômico impõe que há o universo dos direitos individuais e o universo dos direitos sociais, sendo necessário sacrificar um, para a sobrevivência do outro. Um discurso de superação da dicotomia precisa superar a argumentação de dominação, de sacrifício de uma coisa em prevalência da outra.

A interação entre esses “tipos” de direito, individual e social, privado e público impõe, evidente, alguma distinção, mas não uma dicotomia. Desse modo, não convém mais polarizar os argumentos nem buscar respostas ao se apartar esses conceitos em universos próprios e isolados.

A efetividade dos direitos fundamentais depende diretamente dessa aceção de complementariedade dos direitos, que não serão mais vislumbrados como se pudessem ser classificados em direitos positivos e negativos, de ação e de não ação, com custos ou sem custos.

Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado. (MARMELSTEIN, 2005, p. 60).

³⁴ Saldanha (1993, *passim*) veio a argumentar no sentido de que as crises da modernidade, que se dão porque a formação histórica moderna chegou ao seu apogeu, remetem às crises de articulação da vida privada e da vida pública, das quais surge a utopia de que o público se sobrepõe ao privado, em decorrência de um triunfo ideológico.

³⁵ A própria percepção de natureza, na qual em muito se baseava a configuração do público e do privado, não se distingue mais tão fortemente da ficção. “Atualmente, o que é “natural” está tão intrinsecamente confundido com o que é “social”, que nada mais pode ser afirmado como tal, com certeza. (...) a “natureza” transformou-se em áreas de ação nas quais os seres humanos têm de tomar decisões práticas e éticas”. (BECK, 2012, p. 8). Na ótica de Giddens (2012, p. 119-124), “a socialização da natureza significa muito mais que apenas o fato de o mundo natural estar sendo cada vez mais marcado pela humanidade. (...) Até os tempos modernos, no entanto, a natureza permaneceu primordialmente um sistema externo que dominava a atividade humana, e não o contrário” (2012, 121-122).

Considere-se a reflexão de Bobbio (1986, p. 22), que apontou que até a democracia que se conhece hoje nasceu da concepção individualista que a reduz a um produto artificial da vontade dos indivíduos. Ora, essa acepção também não se demonstra mais suficiente, justamente porque se pôs em dúvida a atribuição de qualidades democráticas a processos de dominação da minoria pela maioria.

A identificação dos problemas não solúveis pela racionalidade moderna é um primeiro passo para a construção de uma argumentação de convergência, que passa pela crítica das tentativas já empreendidas, sob esse reflexo das dicotomias da modernidade, de se chegar a pontos de equilíbrio ou convergência que não tiveram sucesso em modificar substancialmente os discursos da doutrina.

Amaral (2002, p. 52-53) considera como insuficiências do raciocínio jurídico da modernidade que impõem a superação do paradigma: incapacidade de responder questões que chama fundamentais, nas quais situa justiça social, bem-comum, início e fim da personalidade, inadequação metodológica para a realização do direito, retorno ao irracionalismo, passagem do individualismo ao solidarismo, que põe em posição central a pessoa engajada em seu meio social, hipercomplexidade ou pluralismo das fontes do direito, importância crescente dos princípios, a perda da certeza, a superação do formalismo, a constitucionalização dos princípios de direito privado, a perda da centralidade sistêmica do Código Civil, a descodificação, a relativização das dicotomias, a superação da separação dos poderes e a personalização do direito civil.

Essas insuficiências são um fato. A superação do paradigma, portanto, se impõe tanto pela necessidade de identificar soluções para os problemas que se apresentam como pela impossibilidade de encontrá-las nas categorias e técnicas da modernidade.

3 AS LIBERDADES LIMITADAS: UMA PERSPECTIVA DICOTÔMICA

Liberdade é uma palavra plurissignificativa. Toda definição dela implica numa contextualização, não meramente de sentido semântico, mas, pelo menos, de sentido filosófico – sendo esses sentidos que preenchem, na verdade, o seu conteúdo nos dicionários.

Autodeterminação, autoconhecimento e autodomínio são concepções que, para os gregos, tiveram conotação política, inclusive havendo a diferenciação entre homens – ser livre era também a condição de não ser escravo ou prisioneiro. Já para a filosofia cristã, a liberdade era um processo subjetivo e universal de escolhas morais, desenvolvendo-se, assim, a ideia de livre arbítrio do homem e de pecado.

Somente com a ruptura da filosofia medieval, a filosofia moderna começou a conceber liberdade como ausência de impedimentos externos (Hobbes), como consciência e racionalidade (Descartes/Kant), como insubmissão (liberdade natural de Locke), como submissão consentida (liberdade civil de Locke, que pressupõe o contrato social), como condição de existência do homem (Rousseau), como vontade (Hegel) etc.

No paradigma moderno, a liberdade ou se explica em relação ao Estado, como um conjunto de direitos individuais que pretendem garantir a integridade da individualidade num contexto externo de sociabilidade, marcado pela autoridade pública; ou em relação aos outros, seja como o conjunto de direitos que também podem ser opostos horizontalmente, seja como a vontade que cria relações jurídicas, dentro dos limites que lhe são facultados pela lei.

Em ambos os sentidos é a liberdade moderna um direito natural, explicado, quanto à sua origem, por meio da construção de argumentos jurídicos naturalistas. No entanto, a liberdade se inseriu também no contexto positivista, ao ser posta nas declarações de direitos, nas Constituições e nos códigos de leis civis, em suas mais diversas acepções: liberdade de agir, inclusive coletivamente, de pensar, de se expressar, de contratar, de dispor do próprio corpo etc.

Embora a concepção de liberdade como direito natural tenha um aspecto bastante ideológico, há que se considerar que é da condição de liberdade que se afirma a própria humanidade. Numa ordem jurídica em que se admite a escravidão, quem estiver nessa condição é coisificado: além de não poder se autodeterminar, não tem domínio nem segurança nem mesmo a respeito de sua própria existência.

É da liberdade que se estabelece o princípio de respeito à pessoa humana, à sua existência e dignidade. E foi a partir da liberdade que se estabeleceu o paradigma da modernidade, com um início e o desenvolvimento de processo de afirmação de direitos que ainda não se completou nem conseguiu garantir efetividade de aplicação universal.

A liberdade é atributo essencial da pessoa e, assim, deve ser tomada como fundamento do direito, para a preservação da própria pessoa. A liberdade é o que permite o desenvolvimento de potencialidades humanas.³⁶

Para a construção de uma ordem jurídica adequada, deve-se prestigiar, em primeiro lugar, a liberdade. Não porque seja essa a vontade de Deus ou decorrência da natureza das coisas. Não por conta do lema da Revolução Francesa ou por ser a base dos direitos fundamentais ditos de primeira dimensão. A liberdade deve ser prestigiada por uma simples razão, que subjaz às duas últimas que foram apontadas: é o que caracteriza o homem enquanto tal, viabilizando a própria existência do direito, que sem ela seria impensável. (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 125).

Não se pode pensar o direito sem liberdade. Pelo menos não o direito que hoje se defende. Direito sem liberdade não passa de um regramento autoritário e imposto sobre quem não tem o poder – a liberdade – de descumpri-lo.

Caso não a preserve em absoluto nem a reparta em termos minimamente equitativos, já não é propriamente de direito que se está a tratar. Cuida-se de dominação, de submissão ou de imposição. Estará o direito, nesse caso, distante daquilo que as pessoas a ele submetidas consideram que ele deve ser, pois é inerente à criatura humana o exercício da liberdade, ainda que esse exercício se dê de forma diferente no tempo e no espaço. (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 129).

Assim, o direito de hoje é um direito necessariamente de liberdade. Pode-se, por isso, afirmar que há um elemento, um fundamento ou um princípio de liberdade em toda ordem jurídica que tenha a pessoa humana como motivo primeiro. Essa concepção de liberdade como direito fundamental não a restringe a questões patrimoniais, diga-se, desde logo, inclusive sendo facilmente localizadas essas liberdades (da perspectiva) públicas como direitos humanos, muito além, assim, da concepção mais positivista de direitos fundamentais.

³⁶ Para Silva (2002, p. 232), numa aceção mais apropriada para o entendimento mais recente tanto de direito privado quanto de Constituição, a liberdade consiste na “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Postas essas primeiras anotações e considerando o que foi tratado no capítulo anterior, convém explicar o título com o qual se iniciou essa parte do trabalho. Uma vez que o direito tem um raciocínio recente baseado na perspectiva dicotômica entre público e privado, ocorreu que a perspectiva de liberdade também restou bipartida, num sentido de limitação que mais a suprime do que a preserva.

Assim, há liberdades que são públicas e liberdades que são privadas; há liberdades que se exercem na ordem pública, há outras que se dão na ordem privada; há liberdades que podem, com tranquilidade, ser fundamentais, ao passo que há liberdades que são ainda fundamentais, mas sobre as quais parece melhor oferecer um discurso de contenção, limitação ou restrição mais forte, querendo diminuir seu papel enquanto princípio informador do direito.

Evidente que se está a anotar o tratamento conferido às acepções de autonomia privada, autonomia da vontade, liberdade de contratar e livre iniciativa. Para superar a acertada constatação crítica de que a liberdade, no direito privado, se exercia apenas em função do patrimônio e do contrato, e não da pessoa propriamente dita, foi propagado um discurso mais ideológico de predominância do público sob o privado, como se houvesse uma relação de dominação, e não de complementação, como se defende ao falar de superar da dicotomia.

Esse discurso acertou na crítica e talvez se justifique pela necessidade de rompimento com a sistemática anterior, mas acabou por impor um conteúdo negativo à ideia de liberdade como fundamento do direito privado. Como o discurso não foi de convergência, mas de dominação, acabou por cometer inclusive o mesmo excesso do raciocínio anterior: a concentração em relação às questões patrimoniais e contratuais da autonomia privada.

Isso será explicado melhor adiante. Antes, deve-se passar à conceituação das acepções de liberdade que foram localizadas na órbita do direito privado: autonomia privada, da vontade, liberdade de contratar e livre iniciativa ou iniciativa privada³⁷ – todas com significações, até hoje, pautadas naquilo que construiu o ideário liberal: o individualismo e o voluntarismo.

³⁷ Há autores que fazem distinções mais severas quando utilizam uma ou outra expressão, ao passo que há também autores que, apesar de apontar conceitos diferentes, utilizam os termos com menos precisão ou considerando-os sinônimos. Aqui, deve-se ter em conta que: são apontadas, descritivamente, as diferenças conceituais; procurou-se precisar as expressões utilizadas pelos autores referenciados e localizá-las conforme o desenvolvimento da argumentação; a concepção de autonomia privada defendida ultrapassa a de liberdade contratual, propositadamente.

A autonomia privada é o mais genérico dos termos e configura princípio específico do direito privado, que respeita à auto-regulamentação de interesses privados. É uma fonte normativa contrária à heteronômica, que se constituiu em paralelo à massificação social e à objetivação dos negócios.³⁸

Prata (1997, p. 11-16) a concebe como poder conferido pela ordem jurídica ao sujeito, para, utilizando-se da autonomia da vontade, realizar negócios jurídicos e determinar seus efeitos. Desdobrando-se em direito subjetivo e liberdade negocial (contratual), é frequentemente confundida com essa última.³⁹

Martins-Costa (2005, p. 43) a tem como um processo de ordenação de relações jurídicas promovido pelos sujeitos dessa própria relação jurídica, que a criam e modelam conforme o poder que detém ou a competência que lhes foi conferida para proceder à essa ordenação.

Amaral (2006, p. 345-346) vai além e qualifica a autonomia privada como poder criativo, regulador e extintivo de relações jurídicas privadas; princípio necessariamente aberto, informador do sistema, que justifica e dirige o próprio sistema jurídico; como marco de interpretação do sentido e do alcance da norma; como concretização do princípio da dignidade humana.

A autonomia da vontade exige consciência – conotação subjetiva. O conceito tem origem em Kant e traduz a liberdade de agir para satisfação de anseios. É a autonomia da vontade a que mais guarda correlação com a influência da filosofia liberal de direito natural. Deve haver coerência entre a vontade real e a sua expressão formal, pois o conflito gera invalidade do ato ou negócio jurídico, por reconhecimento de um defeito, que é o vício de consentimento – dolo, erro, coação.⁴⁰

³⁸ “A concepção do princípio da autonomia privada sofreu, ao longo da história, uma significativa evolução (...) é reflexo, em suas origens, da própria concepção de contrato (...) representa a maior e mais complexa manifestação da liberdade privada individual” (GURGEL, 2006, p. 19). “(...) a autonomia privada, enquanto liberdade que têm os particulares de ajustar suas próprias normas, sofre importantes modificações que repercutem com força no sistema, de tal ordem que não é mais adequado proclamar a máxima privatística segundo a qual o que não é vedado é permitido. Doravante, é mais adequado afirmar que está permitido tudo aquilo que está dentro do conteúdo da autonomia privada” (VELTEN, 2006, p. 416-417). Velten (2006, p. 418), ao mencionar a autonomia privada “fora dos negócios patrimoniais”, a localiza no âmbito dos direitos reais, do direito de família e até mesmo em relação a negócios extrapatrimoniais (transplantes de órgãos e tecidos, por exemplo).

³⁹ “A idéia de autonomia privada decorre da constatação de que aos particulares é facultado um espaço de atuação jurídica (...) Apesar de possuir um sentido mais amplo, o conceito de autonomia privada é, freqüentemente, associado ao de liberdade contratual” (MATIAS, 2007, p. 29).

⁴⁰ “O princípio da autonomia da vontade tem por escopo assegurar que a declaração do sujeito de direito seja a real manifestação de seu querer interno; assim, às pessoas é dado o direito de

E não se entenda “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”; b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 43-44).

A liberdade de contratar, por sua vez, é o poder de definição de consequências jurídicas que decorre da autonomia privada, exercida por meio da autonomia da vontade – essa construção sintética do conceito decorre de um estado da arte já compartilhado pelos juristas, no sentido de diferenciação desses conceitos. Há, por certo, quem não veja utilidade na distinção.

Liberdade de contratar é princípio particular do direito contratual⁴¹, que, conforme Martins-Costa (2005, p. 45), não raro se confunde com a livre iniciativa, esta, princípio geral da atividade econômica (o que não exclui os demais princípios, como o da necessária promoção de justiça social). “Em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é instrumental, isto é, para assegurar o exercício de atividade econômica, garantem-se os meios necessários àquele exercício” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 45).

A liberdade, na perspectiva contratual, implica no exercício de um direito subjetivo, conforme expõe Martins-Costa (2005, p.47), sendo que este direito subjetivo “seria o poder da vontade como expressão da liberdade humana”, daí conceituado segundo a projeção de Savigny de que as vontades humanas livremente manifestadas poderiam ser conjugadas contratualmente.

manifestar sua vontade, isenta de qualquer espécie de vício ... deve estar presente em todos os ramos do direito e não somente nos limites do direito privado” (MARCELINO, 2006, p. 56).

⁴¹ “O princípio da autonomia privada, entendido como a liberdade de negociar, configura princípio informador do direito privado, ou seja, uma idéia matriz, um vetor que influencia o próprio funcionamento do sistema jurídico e condiciona a interpretação das normas” (MATIAS, 2007, p. 34). “A autonomia privada compreende o poder de escolher quando contratar, com quem contratar e como contratar (...) é assegurado aos particulares o direito de fixar o conteúdo contratual, decorrência do reconhecimento da impossibilidade de regulamentação jurídica para toda e qualquer conduta humana, bem como, da necessidade de aceitação da modificação de valores sociais, sendo o contrato instrumento de assimilação dos novos padrões” (MATIAS, 2007, p. 36-37). “Na sociedade contemporânea, caracterizada pela produção em massa e por uma dinâmica empresarial complexa, nem sempre é assegurado aos indivíduos o direito de optar sobre quando, com quem e como contratar” (MATIAS, 2007, p. 49).

Por último, livre iniciativa ou iniciativa privada é o caráter ou a perspectiva econômica do exercício da autonomia privada. O indivíduo tem o poder de se dirigir ou de fazer escolhas em relação à atividade econômica que pretende desempenhar. É um dos fundamentos de nossa República e um princípio da ordem econômica.

Ainda que elevada à condição de direito fundamental, nenhuma acepção de liberdade ficou livre de limitações, nem que fossem limitações de imanência e coexistência, nem mesmo nas ordens jurídicas em que predominaram os princípios liberais e individualistas. Assim, não há uma construção de direito privado, mesmo em sua perspectiva de universalidade diversa da ordem pública, que não tenha sofrido, na prática, uma restrição da liberdade por força da ordem pública⁴².

3.1 Limitações das liberdades privadas

Um sistema é composto de elementos que guardam suas próprias limitações e confrontações, interagindo entre si, através de fluxos, mecanismos e processos próprios para a sua manutenção e estabilidade. Disso decorre que o direito como um todo, ou, na visão compartimentada, o direito público e também o privado não são estranhos à ideia de limitação – ou a alguma ideia de limitação.

Não há nenhum elemento dos sistemas jurídicos que não conheçam limitações, até porque limitações são também condições de definição das coisas. ⁴³ Assim, impõe perceber que os sistemas não precisam ser abertos nem complexos para que haja a restrição de um elemento em relação a outro.

Note-se que as codificações decorreram de uma visão de sistema, mas de sistema fechado e completo, imutável, a não ser pelo processo legislativo – e que, ideologizado, tem premissas que limitam (ou exacerbam) o papel do próprio legislativo em relação ao direito que será promulgado.

⁴² “(...) limitações e intervenções não negam, mas antes prestigiam, a autonomia privada, à proporção que asseguram aos particulares determinada esfera de atuação dentro de um ambiente de respeito, de lealdade, de socialidade e de eticidade” (VELTEN, 2006, p. 419-420).

⁴³ Claro, existem teorias que defendem uma concepção de haverem, em tese, direitos absolutos. Essas ideias, porém, são exercícios do intelecto que nunca conseguiram uma projeção real: não há elementos dos sistemas jurídicos – e também não há direitos subjetivos – que não conheçam elementos de limitação.

Os princípios do ordenamento jurídico⁴⁴ foram estabelecidos, a princípio, como os de unidade, completude, coerência, certeza, todos interpretados a partir de modelos hermenêuticos que não passavam sequer pela ordem pública e pela constituição, quanto mais pela realidade social.

É necessário estabelecer que a autonomia privada, mesmo enquanto elemento do sistema fechado de direito privado, nunca teve nem independência absoluta nem um poder de originalidade total, pois contém, por definição, a permissividade da ordem jurídica para que possa se promover.

A supremacia da ordem pública ou das normas de ordem pública ou do interesse público, ou sua indisponibilidade, os bons costumes, a moral, o interesse coletivo, os fins sociais, a necessidade social, o bem comum etc. são todos, também elementos do mesmo sistema de ordenação, atuando de forma a limitar e restringir outros elementos, mas de modo que admita a coexistência. Essas cláusulas gerais⁴⁵ já existiam no Código Civil de 1916, ainda que em menor escala.⁴⁶

Matias (2007, p. 37-40) faz notar que a autonomia privada (liberdade contratual), ao prevalecer no sistema de direito nacional, implicou também na admissão dos princípios da força obrigatória dos contratos⁴⁷; dos efeitos relativos

⁴⁴ Os princípios de direito, que representam seus fundamentos, são norteados pelos valores que os preceituam. Os princípios conferem racionalidade ao ordenamento jurídico e promovem a unidade interna do sistema. São construção que pressupõe a eleição de valores e a existência de direitos fundamentais – a justificação dos direitos é que, na construção liberal, passou pela natureza como fonte originária dos direitos humanos.

⁴⁵ As cláusulas gerais são mecanismos ou instrumentos dos sistemas que permitem a operação dos princípios jurídicos. São dotadas de forte teor axiológico – ou espaço de preenchimento que se dá valorativamente – e utilizam-se de conceitos jurídicos indeterminados para proceder a um processo de positivação dos princípios de direito. Conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, não se confundem com conceitos polissêmicos, sendo a generalidade de sua redação mais uma autorização legal para a produção normativa pelo intérprete. Nesse sentido, Penteado (2005, *passim*): o autor observa que não se trata de um poder de mera seleção, dentre as possibilidades semânticas, nem de mera obstrução em função de certas escolhas valorativas, mas de um poder de criação propriamente dito, configurado como a metáfora da moldura de Kelsen.

⁴⁶ A escala é, de fato, tão menor que os conceitos para essas cláusulas são construções mais da doutrina do direito público que daquela do direito privado, evidenciando-se, uma vez mais, a distinção. Ademais, tais expressões são mais recorrentes em normas ditas de ordem pública, como as próprias constituições, mesmo aquelas tidas como mais liberais. A despeito disso, inegável que essas cláusulas tiveram, mesmo antes, alguma significação para as relações privadas, mas ganharam protagonismo quando do advento do Código Civil de 2002.

⁴⁷ Chamado de princípio do *pacta sunt servanda*, que trata da autonomia das partes contratantes na confecção dos contratos e que produz uma força de vinculação semelhante à da lei, limitada pelas normas de ordem pública e, hoje, condicionada também à função social do próprio contrato.

dos contratos⁴⁸; do consensualismo⁴⁹; e da natureza dispositiva e supletiva das normas estatais do direito das obrigações⁵⁰.

Uma das características mais significativas das codificações foi o apego à lei como principal fonte do direito. Assim, toda restrição teria de se dar pela lei. Outra característica foi a predominância do ideário liberal em relação ao papel do Estado: daí, a lei não poderia nem deveria impor muitas restrições. Esse é um dos principais focos da diferença na transição do discurso liberal para o social.

Assim, não é que não houvessem limitações à liberdade ou à propriedade nos primeiros códigos civis, pois somente em estado de natureza se poderia tomar um direito como absoluto e ilimitado. O próprio ideário liberal afasta esse estado, que é uma ficção, quando aceita a existência do Estado e busca justificá-la, pouco importando se, para isso, utiliza de um contrato ainda mais fictício do que o estado de coisas que lhe teria sido anterior.

O direito civil construído, ou posto, por essa ordem de ideias teve seu foco maior nas questões patrimoniais – e, por isso, foi criticado repetidamente. Para ir além dessa questão, o que se percebe é que o Código Civil brasileiro de 1916, apontado como fruto da tradição oitocentista, teve, certamente, uma configuração nesse sentido, de enfoque na propriedade e no contrato, e somente aí fazendo valer mais a liberdade ou a autonomia privada.

É possível criticá-lo, contudo, não por excesso de um ideário liberal somente. É possível centrar a crítica, em verdade, na ausência de um ideário verdadeiramente pautado na liberdade como fundamento do direito: basta olhar para como ficaram configuradas as relações familiares: o código as fez patriarcais, promovendo a exclusão da liberdade.

Entretanto, a substituição da ordem de ideias ditas liberais (como se vislumbra na doutrina e na evolução legislativa) se deu de forma ainda bastante dicotômica, em decorrência de uma argumentação ideológica dual.

⁴⁸ Princípio que vincula somente ou primordialmente as partes que exercem a força criadora contratual e, no máximo, admitindo que a lei contratual atinja o seu próprio patrimônio, mas não o de outros, assim como não criaria obrigações para terceiros não participantes daquela relação negocial.

⁴⁹ Princípio ligado à concepção de autonomia da vontade, que remete à concretização do contrato, à expressão ou manifestação das vontades livres e capazes, a respeito de objetos lícitos e a partir de formas prescritas ou não afastadas pela lei.

⁵⁰ Com exceção daquelas normas de ordem pública ou que se destinem à preservação dos bons costumes, as regras estatais para a matéria prevalecem caso não haja norma específica contratual em sentido contrário.

Admitem-se, assim, restrições que não vão se dar pela lei, para reconhecer a pluralidade de fontes; admite-se que o Estado e o Direito tenham uma atuação mais interventora, mas pouco se concentra na efetivação da liberdade – porque, em direito privado, note-se a dicotomia, liberdade seria autonomia privada, que seria própria das questões patrimoniais e dos contratos.

Os limites que são, agora, impostos à autonomia privada a concebem como liberdade contratual e são limites colocados aos contratos, constituindo um corpo de princípios sociais dos contratos, intimamente ligados à defesa do Estado Social, em contraposição ao Liberal.⁵¹

Matias (2007, p. 56-68) cita como exemplos de limitação da liberdade de dizer quando contratar, “a obrigação decorrente de promessa de contratar; a obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil imposta a todo proprietário de veículo (leis 6194\74 e 8374\91); a obrigação de aceitar o regular curso da moeda; a obrigação de contratar em igualdade de condições com quem aceite proposta válida etc.”, em relação a com quem contratar, “a cláusula de retrovenda, o pacto de melhor comprador, o exercício do direito de preferência na alienação do domínio direito pelo senhorio, etc.”, e, em relação às limitações na fixação do conteúdo contratual, enfoca na inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e na pactuação de contratos atípicos⁵², na ordem pública⁵³ e nos bons costumes, assim

⁵¹ “Ante os valores prevalentes neste novo contexto, na sociedade contemporânea, incompatível é a manutenção da definição do princípio da liberdade de contratar nos moldes tradicionais, o Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar. As limitações à autonomia da vontade no ato negocial importam na afirmação da existência do princípio da heteronomia da vontade, que pode impor a realização do negócio e a participação de agente específico” (MATIAS, 2007, p. 54). A isso o autor correlaciona a ideia do dirigismo contratual, restritivo ou expansivo, que se pautaria pela proteção aos indivíduos mais fracos economicamente. Amaral (1990, p. 20) correlaciona o dirigismo contratual e o econômico, com a autonomia privada e a liberdade de iniciativa, respectivamente. Ainda sobre o dirigismo contratual: “O Código Civil de 2002, ao estabelecer a função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421), a boa-fé objetiva a ser observada pelas partes na contratação (art. 422) e a função social a ser desempenhada pela propriedade (art. 1.228, parágrafo único), adere, de forma concreta, à sistemática do dirigismo contratual. Trata-se de normas de conteúdo principiológico, cuja função é dirigir e regular a manifestação da vontade particular, ao mesmo tempo em que conferem poderes ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, de intervir nas relações privadas, no intuito de adequá-las aos ditames legais” (GURGEL, 2006, p. 28).

⁵² Para Matias (2007, p. 57-) isso decorre do reconhecimento das próprias limitações das previsões legais para as relações jurídicas e da necessidade de não se engessar as possibilidades de contratação e de negociação da sociedade e do mercado, ainda mais num contexto pós-industrial. Assim, dividem-se as normas entre cogentes (de ordem pública) e dispositivas (que têm aquela característica supletiva e generalística, mas que podem ser afastadas).

⁵³ O próprio conceito de ordem pública remete, como já mencionado, a uma construção dicotômica do direito, porque diferencia as normas, selecionando aquelas “de ordem pública”. Na matéria relativa

como trata dos princípios da socialidade, da eticidade, da boa-fé, da justiça contratual e da operabilidade (2007, p. 71-93).⁵⁴

Pinheiro (2002, p. 407-408) vislumbra a teoria do abuso do direito além de “mero limite externo ao exercício dos direitos subjetivos”, passando a limitação interna, ideia compartilhada com Gomes, no sentido de que a conceituação do contrato se desprende da autonomia privada, admitindo-se que outras fontes integrem o conteúdo das normas contratuais.

Ocorre que a autonomia privada também se exerce para além das questões patrimoniais e contratuais. Há outras questões jurídicas que merecem seu relevo e, principalmente, a autonomia privada também significa que nem todas as questões do mundo social são ou devem ser jurídicas.

Quando o direito é utilizado para suprimir essa autonomia e padronizar as relações sociais, esse direito deve ser criticado, mas não porque há algo social a ser considerado ou porque o papel do Estado seja esse ou aquele.

Antes, há algo que diz respeito ao indivíduo e à toda a sociedade, que é, invariavelmente, a colocação de um limite para o Estado agir, tanto em relação à vida pública quanto em relação à vida privada dos cidadãos.

Note-se que o reconhecimento da limitação ao Estado ou ao direito independe de ideologia política, pois, da mesma forma que não deve haver um indivíduo que a tudo se sobreponha, também não deve haver um Estado que a tudo se sobreponha, do contrário, torna-se irrelevante o próprio direito – bastaria a ação do Estado, afirmando “esse é o caminho”, e todos estariam a ela submetidos, sem a liberdade de divergência.

Essa reflexão se faz porque não basta dizer que a autonomia privada está agora condicionada à constituição, à dignidade da pessoa humana, à eticidade, à

à autonomia privada contratual, de ordem pública seriam aquelas normas de intervenção e direção no sentido de proteger e igualar os desequilíbrios das relações privadas.

⁵⁴ O princípio da socialidade remete ao privilégio do social e na valorização da pessoa, e ele próprio se correlaciona com o afastamento da individualidade e a prevalência da personalidade, mas, principalmente, remete à função social dos institutos do direito privado, entre eles, o contrato. O princípio da eticidade tanto se liga à pessoa humana quanto aos valores que serão, em respeito às pessoas, privilegiados, acolhendo a boa-fé e a probidade como elementos indispensáveis à formação contratual. A própria boa-fé é princípio que exige observação objetiva, dentro de um padrão de expectativas recíprocas. Por fim, a justiça contratual decorre do princípio da solidariedade, enquanto que o da operabilidade diz respeito ao funcionamento do sistema jurídico como um todo, conferindo efetividade aos demais princípios e às cláusulas gerais. Em Neto (2006, p. 374), o autor termina por compreender a cláusula geral de boa-fé objetiva como indelével à responsabilidade civil (pré-contratual) e “fundamento principiológico à participação integrativa do Estado-juiz na busca do equilíbrio nas relações sociais”.

boa-fé objetiva, à função social do contrato, ao interesse público etc. Será necessário preencher de sentido tudo que se quer reconstruir.

Para Martins-Costa (2005, p. 41), o princípio da funcionalização social é uma expressão da socialidade no direito privado, dirigida pela solidariedade social constitucional. A funcionalização permite, por certo, uma diretriz diferente daquela eleita anteriormente, mas não se efetiva sem sufoco, pois exige dos operadores e intérpretes uma compreensão que vai além da concepção de limitação.⁵⁵

Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios. (...) Recoberta na codificação oitocentista, da qual o vigente Código Civil é reflexo, pela preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, esta função não poderia ser esquecida num Código que é marcado, como o atual Projeto, pela diretriz da socialidade, isto é, pela “colocação das regras jurídicas num plano de vivência social”, pela “aderência à realidade contemporânea”, fazendo prevalecer “os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”, como aludiu Miguel Reale ao apresentar o Anteprojeto e como reafirmou em texto recente. Significa com isso afirmar que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial, não deve mais ser perspectivado apenas como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas, instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade. – Martins-Costa, 1998, p. 13.

Condicionar o exercício da autonomia privada, entendida, nesse ponto, como costumeiramente se faz, como liberdade de contratar, à função social do contrato implica na imputação de certos deveres jurídicos positivos aos contratantes, no sentido de que é assim que se passa a exercer a liberdade contratual: a partir da eleição de razões maiores, ou pretensamente maiores, que a vontade das partes para que a relação jurídica se crie, se regule e se extinga.

Ademais, a funcionalização se mostra adequada para se tratar de certos institutos, como a propriedade, o contrato e até mesmo a família. Todavia, não há função social da liberdade nem da autonomia privada – o que há é um discurso de contenção, que se dá de forma ideologizada e diametralmente oposta inclusive

⁵⁵ A função social é um elemento de integração do próprio direito. Quando posta em relação a um de seus institutos, como a propriedade, o contrato ou a família, implica na colocação de um elemento, antes externo, na própria definição desses institutos. É uma incorporação do elemento social ao conjunto de coisas ou fatores que vai definir esses mesmos institutos, possibilitando-lhes uma ressignificação qualitativa.

porque disputa o triunfo do polo do dirigismo contratual, adjetivando-o conforme os entendimentos ideais ao qual se submete.

3.2 Lugar da liberdade na reconstrução do direito privado

Pensar o direito privado, hoje, implica naquilo que Lôbo (1999, p. 100) chamou de interdisciplinaridade interna: uma interlocução entre os mais variados saberes jurídicos, que tanto reconhece a publicização quanto a constitucionalização.

Publicização, na lição de Lôbo (1999, p. 100), reflete a ideia de intervenção estatal, que tira certas matérias ou questões da zona exclusivamente privada, reconhecendo ou dando-lhe relevo na ordem pública. Lôbo coloca no conceito também a descodificação e a criação de outros segmentos do direito privado, a exemplo do direito do consumidor, subtraindo-os do Código Civil.

Amaral (1998, p. 120) se refere à decodificação como um fenômeno de fragmentação do sistema de direito civil, unitário e codificado, com a redução do primado centralizador do Código e a conseqüente proliferação de núcleos legislativos, os microssistemas, representando, assim, “o ocaso dos Códigos Cíveis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição”.

Tepedino (2004, *passim*) faz notar que, com a adoção de uma linguagem setorial e a fixação de cláusulas gerais, os microssistemas civis tinham por objetivo atender às demandas de proteção dos indivíduos em posição de hipossuficiência afetados pelas normas, o que Bobbio chamaria de função promocional do direito.

Martins-Costa vislumbra na publicização também a colocação de cláusulas gerais entre as normas privadas, por meio da reforma legislativa, sendo as cláusulas gerais normas de ordem pública, que admitem a intervenção estatal nas relações jurídicas para a defesa ou promoção do interesse público.

Ambos os fenômenos – publicização e constitucionalização – compreendem e perpassam a questão da intervenção estatal. Em suma, publicização implica na intervenção por meio da legislação infraconstitucional, um tipo “prévia”, enquanto constitucionalização implica numa intervenção hermenêutica, a ser realizada pelo intérprete – não raro, os juízes – um tipo “posterior”.⁵⁶

⁵⁶ “ (...) o direito privado atual passa a ser integrado também pela Constituição, que doravante atuará como norma vinculante, de efeito imediato e não apenas como critério de hermenêutica. Afasta-se,

A constitucionalização trata-se da transformação de domínio (o centro do ordenamento deixar de ser o Código Civil e se tornar a Constituição) que possibilitou que se passasse a utilizar, naquelas relações jurídicas antes tidas como tipicamente privadas (ou civis), normas e princípios constitucionais, antes normas de intenção ou de política, com aplicação direta e imediata.⁵⁷

Quando se polariza Constituição e Código Civil, princípios constitucionais e princípios de direito civil, inegavelmente se está dizendo que há o direito público e o direito privado, e que um irá prevalecer sobre o outro. Uma argumentação de dominação vai de encontro, e não ao encontro, do que se dizia objetivar: a superação da dicotomia. Outra observação que vale anotar é a de que a primazia da Constituição está na mesma ordem argumentativa da primazia do Código, pois ambas bebem da mesma fonte exegética.

Assim, a verdadeira ruptura está na primazia da Constituição como um sistema normativo aberto e plural, o qual não se identifica nem com a hierarquização monista de fontes do direito nem com a prevalência acrítica da vontade legislativa.

Tepedino (2003, p. 116-130) repetidamente se propôs a questionar se a adjetivação do direito civil não seria desnecessária para a alteração – ou reconstrução – do direito civil.

A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, como elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneciam imutáveis. A rigor, a objeção é

assim, a vetusta idéia de uma reserva legal, segundo a qual a Constituição teria como destinatário apenas o legislador ordinário, quando, na verdade, legislador, intérprete, Poder Judiciário, particulares, todos, sem distinção, estão diretamente vinculados ao texto maior” (VELTEN, 2006, p. 414).

⁵⁷ “O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. (...) A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (...) 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” (LÔBO, 1999, 99).

pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2004, p. 22).

Concluiu, então, pela sua importância, para dar destaque a uma alteração profunda da ordem jurídica, a partir de mudanças axiológicas do direito civil, fazendo da pessoa humana a prioridade absoluta do ordenamento. Nesse ponto importa ressaltar que a constitucionalização pode ser analisada numa acepção de efetiva superação do binômio público-privado, quando se concentra menos na alegação de absorção de um pelo outro e mais na construção valorativa da pessoa humana.

A reconstrução do direito privado pressupõe a transformação, por meio da interferência recíproca dos universos de direito público e privado, que deixam seu isolamento e se sobrepõem, formando um sistema aberto e dinâmico. Nesse sentido, evidente que não é uma transformação repentina e localizada, mas um processo, um movimento, que passou também pela teoria do abuso do direito e pela funcionalização da propriedade e do contrato, anteriores à da família.

Quando se diz que é um movimento de superação da dicotomia público-privado não se trata de afirmar o abandono da distinção. Em verdade, esse movimento promove outras distinções, na medida em que promove o processo de descodificação e de formação de microssistemas jurídicos⁵⁸.

Insere-se também no debate da reconstrução, a defesa da promoção da igualdade material, do abandono do formalismo técnico-jurídico e da maior percepção da realidade social. Passa a ocorrer mais do que a constitucionalização dos princípios de direito privado, pois se dá, e é mais significativa, a personalização ou humanização do direito civil⁵⁹ e o reconhecimento de outras fontes de direito,

⁵⁸ “ (...) configura-se, de um lado, o direito comum, disciplinado pelo Código que regula, sob a velha ótica subjetivista, as situações jurídicas em geral; e, de outro, o direito especial, cada vez mais relevante e robusto, que retrata a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política” (TEPEDINO, 2001, p. 8).

⁵⁹ “ (...) enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado na Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento jurídico

evitando a primazia da lei que antes se dava – acompanhando, assim, uma outra configuração de direito, e não somente de direito privado.

O que o movimento de reconstrução do direito privado identificou como um dos problemas centrais quanto ao princípio informador da autonomia privada era que sua atuação mais se dava na esfera obrigacional e contratual dos negócios (podendo se manifestar em outras áreas, mas recorrentemente em relação ao patrimônio), daí porque facilmente se pode confundir com a liberdade contratual.

Martins-Costa (2005, p. 44-45) compreende que foi promovida uma desconexão da autonomia privada em relação ao voluntarismo individualista que antes a motivou, o que ocorreu junto ao processo de alargamento da responsabilidade nas relações privadas.

Assim, teria se dado também uma ressignificação da autonomia privada, correlata à materialização da igualdade entre os sujeitos da relação jurídica e ao reconhecimento das assimetrias da vida social.⁶⁰

Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, *pari passu*, a ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno. Entretanto, uma tal ressignificação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das pessoas concretas ao abstrato sujeito sempre-igual. O ponto que mais agudamente marca essa ressignificação, contudo, é, a meu juízo, aquele marcado pela diversidade dos nexos de imputação, notadamente aquelas formas que guardam direta relação com o fato da vivência comunitária e com a diversidade concreta dos sujeitos sociais, tudo concitando à afirmação do “princípio da materialidade da regulação jurídica”. A diversificação daqueles nexos (antes subsumidos quase que exclusivamente na imputação subjetiva, ou pela culpa) está a demonstrar, com toda a eloquência, duas realidades conexas: a diversificação dos sujeitos e dos papéis sociais (não mais escondida no mito do “sujeito sempre-igual”); e a racionalidade complexa e substantiva - e não meramente técnica, instrumental ou monológica -, que passa a informar a ordem jurídica. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 44).

particular, dar a garantia e a tutela prioritárias” (MORAES, 1999, p. 115). A humanização do direito é um fenômeno próprio da segunda metade do século XX, tido como uma reação às mazelas do pós-guerra e da sociedade pós-industrial.

⁶⁰ “Evidenciou-se a insuficiência do paradigma contratual clássico, alicerçado em premissas que não mais condiziam com a realidade. A igualdade e a liberdade teóricas desconsideravam o indivíduo real, a sociedade de desigualdades sociais e econômicas, conduzindo a situações de extrema injustiça. (...) O progresso econômico e tecnológico aporta uma nova realidade, a da massificação das relações econômicas. Surgem novas figuras que se individualizam pelas particularidades de seu modo formativo e pela maior ou menor debilitação do aspecto voluntarista. (...) A massificação traz um sensível enfraquecimento do império da vontade individual” (HOFMEISTER, 2002, p. 57).

O Código de 2002, tendo passado por esse debate, positivou a função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva e a função social da propriedade, incluindo cláusulas gerais como normas de ordem pública.⁶¹ No entanto, o Código de 2002 não conseguiu compreender muito mais do que a reforma anterior, deixando, ainda, de lado as questões da bioética, por exemplo, ou da união homoafetiva – assim como outras demandas afirmativas de direitos.

O que nem conseguiu o Código Civil de 2002 nem suas alterações posteriores via legislação foi o que a jurisprudência tem se encarregado, ainda que evitando, muitas vezes, o discurso da liberdade como fundamento, para preferir o da igualdade e da adequação constitucional: promover modificações no direito que tenham como foco a pessoa humana.⁶²

3.3 Lugar da liberdade na construção argumentativa pós-moderna

A natureza, o mundo material, é algo dinâmico, em movimento. Tudo que é vivo é impulsionado e animado. Não há natureza morta que não se decomponha. Assim, impossível sustentar uma lógica de coisas naturais estáticas e imobilizadas no espaço e no tempo.

Se o Direito não pode ser mais concebido como um sistema fechado da razão, as codificações⁶³ e a primazia da lei no ordenamento não serão mais as

⁶¹ “A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916, era uma ausência eloqüente: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção, interpretação e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar no caso de lacunas ou para confirmar a razão de ser de determinada regra. (...) Os princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras (...) Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de normas produtoras de normas” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 42-43).

⁶² O reconhecimento de direitos civis LGBT, questões relacionadas a direitos da personalidade, de família, ao aborto etc. são promovidos pela jurisprudência e pelo STF, em especial. Para Hofmeister, “A igualdade foi gradativamente agregada à noção de família, tanto na esfera social como na jurídica. Tais modificações foram sentidas plenamente na esfera jurídica com a constitucionalização de um modelo eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual” (HOFMEISTER, 2002, p. 61). Em análise de decisões do STF quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil, Moraes e Camino comentam o protagonismo judicial: “Ademais, segundo Lobo (2012), parece estar havendo, atualmente, um maior crescimento da atuação das instituições jurídicas, em detrimento de outras instituições de controle social. Através da proliferação dos objetos judiciais e do alargamento das atribuições judiciárias, verifica-se uma multiplicação da função jurídica no corpo social, resultando em uma influência cada vez mais forte do Poder Judiciário na regulamentação jurídica de vários comportamentos sociais” (MORAES; CAMINO, 2016).

⁶³ Evidente que nada obsta a utilização do termo “código”. O que se deu por ultrapassado foi o método de divisão da legislação em códigos, como sistemas independentes uns dos outros.

respostas para os problemas da pós-modernidade, que já estão rompendo, inclusive, com o chamado direito oitocentista – em especial com a tradição do *civil law*⁶⁴.

A perda da centralidade do código modifica essa concepção de modelo jurídico, mas não é o único fator. A segurança que hoje se busca é menos a propiciada pelo modelo totalizador legislativo, e mais a segurança de que o direito irá atender às demandas sociais, em tempo razoável.⁶⁵

O processo legislativo, lento, se torna uma cláusula de insegurança, de desconfiança e de retrocesso, fazendo com que essas demandas se voltem para outras estruturas que tenham mais permeabilidade e agilidade.

O primeiro problema dessa ruptura é que, sem um método adequado para a reconstrução da técnica jurídica, o princípio da legalidade corre o risco de ser substituído não pelo da constitucionalidade, ou por um que não mais imponha essas distinções, mas por uma tendência ao preenchimento casuístico de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados pelos julgadores, ou mesmo a uma tendência de ativismo por parte do Judiciário que esvaziaria a separação dos poderes.

Não há muita diferença, todavia, entre o casuísmo do legislador ao preencher os textos legais e o casuísmo dos juízes ao proferir sentenças – ou o casuísmo do administrador público ao decidir o que é o interesse público. Nas três hipóteses, o problema é o mesmo: quem irá dizer qual o melhor princípio, o melhor direito, quais os limites etc. e em função do que fará essas escolhas.

Para possibilitar uma discussão dessa questão, cada vez mais as teorias de democracia se aproximam da participação dos cidadãos na construção da política e do direito, o que passaria por várias condições para a efetivação da participação popular, como a desburocratização das instituições públicas, a transparência dos processos e a utilização de mecanismos de promoção dos debates públicos.

Tratando especificamente das questões que se voltam ao direito e às intervenções julgadas adequadas para a promoção da igualdade material e da

⁶⁴ Rodrigues Junior (2006, p.14-47) identifica duas influências na tradição de *civil law*, a francesa, da Revolução de 1789, e a Escola Histórica Alemã, com Savigny e, depois, com o pandectismo. Acrescenta que a crítica dessa tradição, no caso brasileiro, se firma nos movimentos de neoconstitucionalismo, crítica à teoria da separação dos poderes, ativismo judicial, realismo jurídico, *law and economics* e as teorias da argumentação.

⁶⁵ “É que os códigos tem estrutura e vocação para perdurarem no tempo, o que não permite a regulação integral de uma sociedade que se transforma e modifica os seus valores com uma velocidade nunca antes imaginada, sobretudo em consequência dos efeitos da globalização e das inovações tecnológicas” (MATIAS, 2007, p. 47).

justiça social, Rodrigues Junior (2006, p. 43-47) defende que “não é adequado fazer o transplante” dos elementos do direito público para o âmbito do direito privado, uma vez que cada um teria sua história, sua metodologia, seus princípios e funções construídos de forma distinta.

Essa preocupação esboçada pelo autor é, primeiro, epistemológica e, depois, de fundamento de mérito, receando a perda da liberdade nesses espaços de configuração autônoma que tem o indivíduo. Esse transplante ao qual ele se refere se deve muito ao entendimento de que é possível superar a dicotomia público-privado, largamente defendida, a partir da dominação dos elementos do direito público sobre aqueles do direito privado, a serem afastados.

A questão epistemológica tem uma razão de ser: se tudo foi construído de forma dicotômica, há uma dificuldade substancial em trazê-las, agora, para um mesmo universo. Há, entretanto, que se estabelecer um cuidado de nem, por um lado, estabelecer uma relação de mero domínio do privado pelo público, nem, por outro, conservar a dicotomia por mero apego às técnicas e demais elementos que o direito privado tinha construídas.

Em relação à liberdade, especificamente à autonomia privada, o discurso do direito privado reconstruído levou, de fato, a haver justificativa para o receio de sua supressão. Justamente por falha epistemológica, se tornou fácil afastar a autonomia privada, sem uma construção de técnica adequada para tanto: é o que Rodrigues Junior chama de “síndrome de Sherwood” das decisões judiciais, que converte julgadores em “Robins”.

As restrições são impostas sem critérios de adequação e proporcionalidade fixados ou fixáveis. Ainda, as intervenções por meio de decisões judiciais não são realizadas de modo que se privilegie aquilo que de melhor há a oferecer nesses espaços, pois não se configuram como construções normativas fundamentadas a partir das concreções dos fatos: são resultado da reprodução de presunções pobremente formuladas num contexto de massificação processual.

O lugar da liberdade na construção do discurso hoje tem de estar a serviço do ser humano, como foi bem colocado pelo movimento de reconstrução do direito privado. Isso significa que a liberdade, incluindo-se aí a autonomia privada, a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a livre iniciativa têm lugar nesse movimento, um lugar de predominância, não podendo configurar, isso sim, um argumento de opressão ou de justificação das misérias das pessoas.

A liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana a quem se reconhece, pré-juridicamente, a autodeterminação. Acreditou-se, primeiramente, na “dívida de Prometeu” – que teria dado aos homens a plenitude do pensamento “que pode se impor àquilo que é” –, mas houve, em seguida, a descoberta de Sófocles: o homem ensinou a si mesmo a palavra e o pensamento. Então se percebeu que “a essência do homem (to deinon) é a sua própria autocriação”. Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 43).

Da dignidade humana se extraem, assim, a própria liberdade e igualdade, pois pressupõe que a todos deve ser permitido o livre exercício e desenvolvimento de seus potenciais, de modo a assegurar uma vida digna.

A colocação desse princípio dignificante e humanizador nas relações privadas implica na reestruturação da ordem social e jurídica, para permitir às pessoas o acesso igualitário às oportunidades e a todos os recursos, não exclusivamente patrimoniais, necessários à formação de sua identidade pessoal e busca de sua felicidade, mas em direta correspondência com a própria responsabilização dos indivíduos por sua emancipação.

A autonomia privada solidária defendida por Martins-Costa (2005, *passim*) se impõe como uma autonomia voltada especificamente à liberdade de contratar, que passa a ser exercida nos limites da função social do contrato, porque constituída numa ordem econômica cujos valores (cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, liberdade e justiça social, existência digna, solidariedade, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, redução de desigualdades etc.) ultrapassam certas dimensões da individualidade.

Toda liberdade, como princípio informador fundamental do direito, ficou atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual traduz um conjunto de condições necessárias para o desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido,

Seja na filosofia, seja na sociologia, seja na teoria jurídica, várias análises se têm dedicado, recentemente, aos temas da intersubjetividade e da pluralização da subjetividade jurídica, que decorrem, como necessária

conseqüência, da "transversalidade" que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil da fissura do mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista, aliada ao reconhecimento da concreta diferença entre as pessoas e à atitude de aceitação da diferença. Decorre, fundamentalmente, de uma aceitação que não é a tolerância para com o mero fato da diferença (o que estaria subjugado apenas à dimensão da facticidade), constituindo, quanto ao muito, numa indiferença para com a diferença, para com a dimensão plural da subjetividade jurídica. Trata-se, diversamente, de acolher a diferença qualificadamente: é, pois, aceitação normativa, que opera segundo escolhas axiológicas. Nessa aceitação qualificada, é reconhecido que a diferença pode resultar da diversidade dos papéis sociais desempenhados por um mesmo indivíduo; admite-se que o diferente pode, às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda a sua diferença concreta; e a ordem jurídica se mostra atenta às singularidades de cada qual, polarizada pela idéia de "livre desenvolvimento da personalidade" num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o "espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o "espaço comum" no qual podemos reconhecermo-nos como pertencentes à humanidade. (...) conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes ideais, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa ordenar. É, portanto, o olhar axiológico direcionado para o concreto, para o que singulariza certo comportamento ou certa personalidade em suas particulares circunstâncias existenciais. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 436-437).⁶⁶

A dignidade da pessoa humana, para Nery (2002, p. 110-121), é a própria "razão de ser do direito, seu fundamento axiológico, sendo a vida e a liberdade suas expressões mais extraordinárias".

Cunha (2002, p. 260) faz notar que a dignidade da pessoa humana, "não obstante sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado".

Podemos afirmar que, ao contrário do que entendem alguns, a autonomia da vontade privada não obsta a socialidade do direito, tampouco o respeito à dignidade da pessoa humana, mas, ao contrário, configura o grande instrumento de socialização do direito, pois é ela que detém os instrumentos para que se opere a incessante busca pela eticidade e socialidade do direito. (MARCELINO, 2006, 60).

Urge, portanto, superar, mas definitivamente, superar as dicotomias público-privado, sociedade-indivíduo, social-individual, deixando de o fazer sobre parâmetros de dominação. A pluralidade de ideias exige outro parâmetro – que pode e deve ser extraído da substituição do marco individual para o pessoal e humanizado.

⁶⁶ Não obstante se tenha feito referências ao pensamento de Martins-Costa, cabe mencionar que a autora não vislumbra nessas questões a ultrapassagem da modernidade. Em verdade, rejeita a ideia, expressamente (2002, p. 437), se aliando a Habermas na compreensão da modernidade como um projeto inacabado e defendendo a aceitação dos dilemas e a colocação racional dos desafios a serem enfrentados, observando somente a mudança de uma racionalidade iluminista para uma aberta e substantiva (2002, p. 438).

4 AS LIBERDADES POSSÍVEIS: PROPOSIÇÃO DE CONVERGÊNCIA

Uma vez reconhecida a presença de um conteúdo social nas relações privadas e, também, um conteúdo individual – ou pessoal – nas relações públicas, uma vez reconhecido que a Constituição não é de aplicação residual e que a jurisprudência não ficará inerte no processo de construção do direito, cabe esboçar uma proposta de argumentação no sentido de, modificando o discurso no que tange ao exercício da liberdade nas relações privadas, defender sua posição fundamental em relação ao direito, todo ele, seja público ou privado.

Para tanto, necessário partir da ideia de que a liberdade só é uma possibilidade real quando a liberdade e a democracia também o são. Sem essas condições, não passa de uma abstração, de um estado fictício de coisas em que não haja Estado, sociedade, pluralidade ou coexistência.

Assim, tratar da efetivação do direito fundamental à liberdade implica em tratar, também, da efetivação do direito fundamental à igualdade, que somente se organizam materialmente se considerada a pluralidade e a vinculação à democracia.

Machado Segundo (2010, p.126-127), aludindo às lições de Popper, Sen, Rawls e Mill, estabelece que a liberdade de um será limitada para resguardar a liberdade do outro⁶⁷, devendo as restrições atenderem a parâmetros de adequação (condução ao fato pretendido), necessidade (meio adequado e menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (trazer mais benefícios que malefícios). Assim, tem-se a liberdade contida para a preservação das liberdades.

Machado Segundo acrescenta também a vinculação necessária à tolerância (2010, p. 131) e a interdependência entre liberdade, igualdade e democracia (2010, p. 153-172), “que se pressupõem e se complementam”, devendo ser conjuntamente promovidas, uma vez que “o incremento de uma serve de motriz para o aprimoramento das outras”.

⁶⁷ Em sentido semelhante, também, Bobbio, que se inspira em Kant (1984, p.78): “É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. (...) Mas, uma vez que eu transgrido os limites, invadindo com a minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro”. Num sentido mais crítico a essa ideia, Martins-Costa (2005, p. 49), citando Edelman, faz a crítica de que “nessa fórmula, (...), a ‘potência narcisista do sujeito’ encontrava diante de si a resistência oposta pela potência narcisista dos outros sujeitos, traduzida na lei, cuja missão estava cingida a fixar o lugar onde as diversas liberdades se encontravam, sem se afrontar, ‘mantendo intacta a sua natureza’. Daí se ter traçado, diz, um ‘curioso princípio da realidade’ pelo qual a liberdade (isto é, o próprio princípio que justificava a extensão infinita do sujeito) ‘transferia ao outro o poder de restringir a liberdade’”. Assim os limites se configurariam exclusivamente na ideia de abuso e se expressariam apenas pela lei.

O pensamento de Sen⁶⁸ (2010, *passim*), nesse aspecto, é bastante elucidativo, quando busca a valorização de uma liberdade positiva e substantiva, tratando o próprio desenvolvimento como um processo de expansão de capacidades ou de liberdades⁶⁹ reais de que as pessoas possam desfrutar, que possibilite não um exercício pleno de liberdades voltadas ao crescimento individual de patrimônio, mas um exercício pleno de liberdades que se voltassem às questões morais que justificam a concepção de uma justiça distributiva.

Essa visão da liberdade individual como promotora de justiça é completamente distinta da concepção moderna oitocentista de que liberdade individual abrangesse uma permissividade para tudo aquilo que a lei não proibisse, sendo que a própria lei se pautava pela presunção de igualdade que decorria das declarações de direitos – igualando, assim, a afirmação de um direito à sua efetivação diante de questões concretas da realidade social.

Trata-se mais de uma perspectiva que permite a discussão dos determinantes sociais que envolvem o próprio exercício da liberdade individual, mas que coloca os indivíduos como agentes ativos das mudanças, “e não como recebedores passivos de benefícios” (SEN, 2010, p. 11).⁷⁰ O próprio autor critica a concepção de isolamento do indivíduo, que o coloca em uma ilha imaginária, “sem ser ajudado nem estorvado por outros” (SEN, 2010, p. 362), desvinculando as ações livres das responsabilidades desencadeadas por essas ações.

⁶⁸ As ideias do autor compreendem afirmações no mesmo sentido que as realizadas neste trabalho, como a de que “existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais”, sendo “importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual” (SEN, 2010, p. 10). Além dessa ótica de superação do argumento de oposição entre o individual e o social, Sen expressa claramente que “a visão da liberdade aqui adotada envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais” (SEN, 2010, p. 32).

⁶⁹ A liberdade se torna um critério para aferição do próprio desenvolvimento, que “consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”. (SEN, 2010, p. 10). As privações da liberdade são vinculadas à “carência de serviços públicos e de assistência social” ou resulta da “negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade” (SEN, 2010, p. 17).

⁷⁰ Para Sen (2010, p. 362), quando a sociedade se compromete com a liberdade individual, isso não se dá apenas por meio do Estado, que deve ter reconhecido seu papel, mas devendo envolver outras instituições, quais sejam “organizações políticas e sociais, disposições de bases comunitárias, instituições não governamentais de vários tipos, a mídia e outros meios de comunicação e entendimento público, bem como as instituições que permitem o funcionamento de mercados e relações contratuais”.

Quanto a esse exercício de liberdades, na medida em que não se dá somente pelo mercado, mas também pelas instituições políticas e por outras, também sociais, tem por finalidade não a realização de consumo, mas a promoção da qualidade de vida sob parâmetros não exclusivamente materiais.⁷¹

Sempre que a liberdade como argumento individual é reduzida nesse sentido, de configurar um argumento de defesa da propriedade e da conservação das diferenças socioeconômicas, o que se tem é uma defesa ideológica de discurso político, notadamente baseada na ideia de que a liberdade de um tem conotação negativa para uma superestrutura social – que nem mesmo se identifica com o conceito de todos, configurando mais uma abstração sem sujeito determinado.

Esse tipo de abstração comporta uma perspectiva dicotômica, que é a de que existe um conceito de público, de social, num universo diferente do privado, do individual – um conceito de todo que não é composto de partes nem se define por suas partes, mas por uma operação intelectual isolada da realidade.

Mais, essa abstração comporta ingenuidades gritantes, no sentido de que supõe certas estruturas (Estado, partidos políticos, coletivos etc.) como coisas inteiramente não dominadas pelas mesmas relações de dominação que se impõem sobre outras estruturas (empresas, mercado etc.).

Tomar o indivíduo ou a pessoa como um vetor para o ordenamento jurídico denota, evidentemente, uma perspectiva individualista do mundo. Entretanto, não há nenhuma crítica à essa perspectiva que não ponha em destaque o próprio indivíduo. Do ponto de vista moral, parece mais uma questão entre uma aceção de individualismo voltada ao egoísmo e outra, voltada ao solidarismo.

Se cada indivíduo for considerado como uma unidade de referência para si mesmo e para a sociedade, é possível, em tese, tanto admitir uma construção egoísta dessa avaliação referencial quanto uma solidária, mais humanista e mais humanizada, centrada na materialidade e na efetividade dos direitos fundamentais, por já conhecer as limitações de possibilidades de concreção das declarações de direito pretensamente universais.

⁷¹ “O exercício da liberdade é mediado por valores que, porém, por sua vez, são influenciados por discussões públicas e interações sociais, que são, elas próprias, influenciadas pelas liberdades de participação” (SEN, 2010, p. 24). Importa ressaltar, ainda, que o autor observa que a preocupação comum com a qualidade de vida se concentra também no modo como as pessoas vivem, que vai além da preocupação em relação ao patrimônio ou à renda (SEN, 2010, p. 40-42).

Essa última, a construção solidária, não é facilmente reconhecida por concepções ideológicas contrárias, porque se baseiam num solidarismo abstrato – não se consideram as vontades individuais e os elos que as transformam em vontades coletivas, porque se supõe uma vontade maior, melhor e mais adequada a todos, ainda que contrária às individualidades.⁷²

Há, todavia, uma exacerbação de individualidades e de como elas são e serão encaradas no paradigma pós-moderno. Dificilmente será possível voltar para as concepções pretensamente não individualistas de outrora, até porque a valorização singular das pessoas parece ser uma opção, uma escolha valorativa da pós-modernidade. “A individualização veio para ficar” (BAUMAN, 2008, p. 69).

Paradoxalmente, há uma constante preocupação de ultrapassar as conquistas modernas, que causam verdadeiro mal-estar⁷³ nessas mesmas pessoas tão auto centradas: é a constante preocupação com o elemento externo ao sujeito, seja o social (a supressão da miséria) seja o transcendental (a felicidade).

Nesse trabalho, foi demonstrado que o movimento de reconstrução do direito privado concentrou forças num discurso de limitação da liberdade em função da igualdade, contrapondo-os diametralmente, por força de um discurso desse tipo, dicotômico, como se a liberdade fosse algo do indivíduo, do mundo privado, e a igualdade, da sociedade, do mundo público.

⁷² Não se pode identificar no conteúdo do social apenas uma soma de individualidades. Bauman (2008, p. 8) cuida em constranger a importância singular do indivíduo quando observa que a “a sociedade ... estava aqui muito antes que qualquer um de nós chegasse e continuará aqui depois que todos tenhamos partido”. Uma operação somatória não torna compõe, porém, a estruturação das questões que serão adjetivadas como sociais, uma vez que a sociedade e o social remetem à uma construção sociológica que não se deve a uma adição de partes individualizadas. Todavia, há de se ter cuidado com os discursos que pretendam preencher o significado das vontades e interesses sociais, pois esses discursos, além de comportarem ideologias muito específicas, são formulados por compreensões autoritárias a respeito do que é melhor para todos. Partindo também de Bauman (2008, p. 11), pode-se inferir a preocupação cada vez mais dominante em relação às fórmulas de vida disponíveis para as pessoas: “o âmago da questão da ‘ordem social’ é a redistribuição, a alocação diferencial de recursos produzidos culturalmente e de estratégias de transcendência”, sendo expediente da ordem social regular as condições de acessibilidade. “A hierarquia social, com todos os seus privilégios e privações, é construída com as medidas diferenciais de valor das fórmulas de vida disponíveis para várias categorias de seres humanos” (BAUMAN, 2008, p. 12).

⁷³ Bauman (2008, p. 57-77) propagou a utilização do termo mal-estar, o qual ele próprio remete à Freud, que deduziu a felicidade como satisfação de necessidades do indivíduo, portanto, liberdade, e a colocou em posição de troca ou de restrição pela segurança. Bauman (2008, p. 60) prossegue tratando da tendência de chamar a ausência de restrições e limites de liberdade. “Nossos ancestrais ... pensavam a liberdade como um estado em que não nos dizem o que fazer e não somos forçados a fazer o que preferíamos não fazer... O que não previram, e nem podiam, era que o reino da liberdade que eles imaginaram viria com uma etiqueta de preço, e que este seria alto” (2008, p. 61).

Assim, ao mesmo tempo que reconheceu o público nas relações privadas⁷⁴ e o privado nas relações públicas⁷⁵, estabeleceu uma inclinação pela prevalência do público sobre o privado, do igual sobre o livre.

Esse paradoxo do discurso fica evidente quando o exercício da liberdade se dá fora daqueles expressamente previstos pela Constituição, como é o caso da execução por meio da concepção de autonomia privada.

O que se propõe, portanto, se trata de uma modificação no discurso, que, apesar de sutil, se faz em termos qualitativos: a liberdade não se opõe à igualdade. Na verdade, a efetivação da liberdade dependerá da efetivação da igualdade, o que somente se conhece como possível por meio da democracia.⁷⁶

Há, contudo, alguns problemas, tanto ideológicos quanto metodológicos, que devem ser considerados na construção argumentativa deste trabalho: a tendência ou pretensão ao discurso “neutro” no meio jurídico; a impossibilidade de separação dos objetos de estudo das ideologias que os construíram; a impossibilidade de superação de binômios e, por fim, a impossibilidade de uma proposição pós-moderna de convergência.

⁷⁴ O reconhecimento das questões públicas nas relações privadas não é necessariamente vinculado ao direito e à ordem jurídica propriamente dita. Giddens, ao tratar das influências da ordem global sobre a vida individual, concentra-se na afirmação pela via sociológica, de que há um reconhecimento, no mundo real, embora ainda pouco evidente, de que “... as ações cotidianas de um indivíduo produzem consequências globais. Minha decisão de comprar uma determinada peça de roupa, por exemplo, ou um tipo específico de alimento, tem múltiplas implicações globais. Não somente afeta a sobrevivência de alguém que vive do outro lado do mundo, mas pode contribuir para um processo de deterioração ecológica que em si tem consequências potenciais para toda a humanidade” (GIDDENS, 2012, p. 91-92).

⁷⁵ Para exemplificar a dominação do público pelo privado, tanto Reich quanto Bauman elaboram a crítica de contraposição e superposição da figura do consumidor à do cidadão ou da condição individual privada sobre a condição pública de cidadania. Para Reich (2008, *passim*), o político perde seu substrato essencial, quando a tecnologia permite a emancipação do indivíduo consumidor, a quem estariam disponível vasta gama de escolhas. Nisso diverge Bauman (2001, *passim*), que compreende a vida voltada ao consumo como uma patologia tanto social quanto psicológica, que não possibilita ao indivíduo verdadeiro poder de escolha. Em Bauman, notadamente sobre a dominação do público pelo privado “... são as preocupações e os interesses dos indivíduos *qua* indivíduos preenchem o espaço público, pretendendo ser seus únicos ocupantes legítimos e expulsando todo o resto do discurso público. O ‘público’ é colonizado pelo ‘privado’; ‘o interesse público’ é reduzido à curiosidade a respeito das vidas privadas das figuras públicas, limitando a arte da vida pública à exposição pública dos casos privados e das confissões públicas de sentimentos privados” (BAUMAN, 2008, p. 68).

⁷⁶ Bauman (2008, p. 74) numa perspectiva crítica de que a democracia não pode ser uma “constante alegação em nome de todos” (2008, p. 74), defende seu exercício como “contínua e incansável crítica das instituições”.

4.1 Problemas ideológicos para a construção do argumento

Os discursos no meio jurídico tendem a uma pretensão de neutralidade ideológica, usualmente por força da defesa da cientificidade ou technicalidade⁷⁷ tão positivamente valorizadas ao longo da modernidade⁷⁸. Isso se constitui um problema, primeiro porque muitas vezes se dá de forma absolutamente não científica; segundo, porque certos objetos não podem ser tomados como se neutros fossem.

As relações que se estabelecem entre Estado, direito, sociedade e indivíduo (ou pessoa) não se dão, não se compreendem e não se comportam de forma neutra. As próprias concepções desses objetos não são neutras, porque se tratam de objetos culturais, afetados em sua própria conceituação pelas ideologias⁷⁹ e pelas escolhas valorativas, que lhes atribuem sentido; e, também, afetados pelas escolhas políticas que privilegiam certos elementos axiológicos ou ideais.

Em verdade, a própria ciência é também uma atividade do meio cultural, é um processo de conhecimento que repetidamente se refaz, inclusive, tanto enquanto conceito quanto enquanto procedimento. Marques Neto (2001, p. 58) diz que o conhecimento científico se faz cultural e subjetivamente, também, pois “todo trabalho científico decorre de um processo de escolha, em que o pesquisador considera certos aspectos da realidade mais importantes do que outros”.

Sendo o sujeito-cientista condicionado, ele próprio, por fatores de ordem ideológica, o que se evidencia nas escolhas temáticas, na formulação dos problemas e em outras etapas da pesquisa, ainda assim deve buscar estabelecer e denotar um posicionamento crítico (MARQUES NETO, 2001, p. 60) que lhe permita um mínimo distanciamento para proceder à argumentação que pretende delinear ao longo da exposição dos resultados de sua pesquisa.

⁷⁷ Significativo notar que a ciência hoje rompeu com alguns de seus elementos antes tão caracterizadores. “A epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza. De fato, hoje se entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário” (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 14).

⁷⁸ “Para o positivismo, as teorias científicas não contêm, quer explícita, quer implicitamente, qualquer traço de ideologia. (...) o positivismo, ao contrário do que supõem seus seguidores, é uma doutrina impregnada de juízos de valor e de forte carga ideológica que se traduz na crença de que a ciência é o único caminho eficaz para a solução dos problemas humanos” (MARQUES NETO, 2001, p. 56-57).

⁷⁹ “A idéia de ‘ideologia’ é inseparável da idéia de poder e de dominação. É uma parte não destacável do conceito de que qualquer ideologia é do interesse de alguém” (BAUMAN, 2008, p. 19).

Neste trabalho, além das questões de valoração das escolhas e objetos tomados, será necessário reconhecer que há no objeto (discurso da reconstrução do direito privado) uma carga ideológica, que critica a ideologia dominante oposta, e que se tornou dominante, ou ocupou um espaço de dominação bastante relevante, justamente por se apresentar como uma superação de ideias, sem dizer que se trata, também, de um corpo de ideias, igualmente fadado a ser superado num futuro eventual, seja por gradual e linear modificação discursiva, seja por, como querem alguns autores, por uma mudança disruptiva e paradigmática das ciências sociais.

Na política, a Modernidade se identifica com os valores de liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. As duas grandes ideologias que dividiram o mundo no século XX, liberalismo e socialismo, realizaram leituras diferentes destes mesmos valores, mas deles não se afastaram. São ambas, portanto, essencialmente modernas. (SARMENTO, 2006, p. 37).

A consciência da composição ideológica do objeto de estudo (discurso de reconstrução do direito privado), porém, não permite uma completa e indiscutível separação de seus elementos nem permite uma proposição argumentativa (discurso que se propõe a modificar a concepção limitada de autonomia privada, para reconhecer seu caráter fundamental) inteiramente pragmática e não valorativa.

Ainda, há uma impossibilidade ideológica de tratar de superação de binômios, quando os binômios constituem o foco das valorações ideológicas, uma vez que cada discurso pretende superar a dualidade com uma proposição de dominação de um elemento pelo outro, que lhe é diametralmente oposto.

Esse tipo de proposição faz permanecer viva a dualidade, o binômio, permanecendo a disputa sobre quem restará triunfante numa relação dialética de tese e antítese que somente formula sínteses pobres, pois não consegue sair do discurso de colonização de um pelo outro.

A convergência que se propõe, portanto, não é – nem poderia ser – de todo universal ou consensual. É plenamente possível que seja insatisfatória para um certo corpo de ideias diverso do que se apresentou nesse trabalho. O que se veio a buscar, por ora, foi o distanciamento possível das ideologias globalizantes, ainda que a partir de elementos delas extraídos, para utilizá-los de outro modo na formulação argumentativa pretendida.

Esse distanciamento se promove também em função de uma situação contemporânea de crise ou fadiga desses pensamentos ideológicos, que não mais satisfazem nem respondem os problemas que se apresentam na realidade, aos quais somente apresentam proposições ingênuas, dependentes de uma aplicação condicionada a ambientes herméticos, onde haja um triunfo total e completo de uma ideologia por outra.

Entretanto, nenhum distanciamento se dá nem mesmo nos termos delineados inicialmente pelo argumentador, até porque há discussões que não passam sem serem influenciadas por algum conjunto de ideias, senão por um, mas pelo menos pelo que vários conjuntos de ideias conseguiram estabelecer e firmar como legado para o debate democrático.

Também é útil ressaltar que não há paradigmas ideológicos propriamente ditos. Sarmiento (2006, p. 4-5), faz essa consideração, indicando que mesmo quando utiliza a terminologia “paradigma” liberal, social e pós-social, não está a dizer pela existência de rupturas revolucionárias, mas de “evoluções gradualistas”, inspiradas na conhecida trajetória histórica dos direitos fundamentais na modernidade, dividida em duas fases, uma de Estado Liberal e outra de Estado Social.

A ideia de que a transição de uma época social para outra poderia ocorrer não intencionalmente e sem influência política, extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e as controvérsias partidárias, contradiz o autoentendimento democrático desta sociedade, da mesma forma que contradiz as convicções fundamentais de sua sociologia. (BECK, 2012, p. 14).

Dizer que a liberdade é fundamento do direito não significa dizer que tudo deve ser conservado conforme estava. Também não pode implicar na aceitação do chamado ideário liberal promotor das codificações oitocentistas. Liberdade não é, e não deve ser encarada como, o oposto de igualdade material.

A defesa do Estado como mediador das relações privadas, para dar às pessoas condições de igualdade material, não pode passar silente quanto ao papel do Estado também como promotor de desigualdades não isonômicas. Tampouco pode criar uma abstração conceitual de Estado que o torne imune ao poder econômico, político e social que o contorna ou até mesmo domina.

4.2 Problemas metodológicos para a construção do argumento

Há um primeiro problema de método na construção de trabalhos no meio jurídico, que é a própria inexistência de acordo a respeito dos métodos científicos adequados à pesquisa e à exposição do estudo, o que faz com que a própria condição do Direito enquanto ciência seja colocada como interrogação.⁸⁰

Partindo, ainda, de um momento de simultâneo questionamento quanto a paradigmas a serem adotados pela comunidade científica para a construção do conhecimento⁸¹, a falta de uma metodologia de trabalho compartilhada fica ainda mais evidente, nascendo daí uma crítica substancial, fundada na crítica externa e compreendida, por vezes, como autocrítica: a de que os trabalhos jurídicos, para serem científicos, carecem de uma linha menos argumentativa e mais investigativa.

Ocorre que, em decorrência da opção pelos próprios objetos de estudo ora propostos – e também da opção pelo tipo de proposição que se pretende –, este trabalho pressupõe uma defesa, em grande parte, em sentido contrário dessa crítica. O objeto de estudo tomado é doutrinário (logo, é a própria argumentação). A proposição que se pretende é argumentativa – e não uma conclusão de investigação.

⁸⁰ A tese apresentada por Kuhn na *Estrutura das Revoluções Científicas* importa algumas considerações a esse respeito. Primeiro, deve-se ressaltar que Kuhn é partidário de uma concepção de ciência ampla e aberta. Ao impor o paradigma – essa rede de ideias compartilhadas, que dá forma a uma comunidade científica – como critério de definição de um conhecimento como científico ou não, vinculou a cientificidade não a um argumento de superioridade ou de natureza diferencial entre um e outro campo de pesquisa possível, mas a uma condição de consenso aparente e de comprometimento comum. Essa abertura permite a inclusão das ciências sociais em seu conceito de ciência, embora ele mesmo não o faça, por ter observado “desacordos expressos existentes entre os cientistas sociais no que diz respeito à natureza dos métodos e problemas científicos legítimos” (KUHN, 2013, p. 53). Nos debates das próprias ciências sociais a respeito de sua própria cientificidade, Kuhn reconhece as características do período pré-paradigmático (KUHN, 2013, p. 262). Assim, ainda que não tenha, de logo, incluído as ciências sociais enquanto ciências propriamente ditas, não as excluiu, nem se responsabilizou por sua inclusão. A teoria apresentada em *A Estrutura das Revoluções Científicas* talvez não seja própria a ser adaptada e aplicada para as ciências sociais, em razão do afastamento daquilo que ele entendeu como fatores “externos” ou “exteriores” às ciências, mas que não poderiam ser excluídos pelos cientistas sociais: os aspectos psicossociais, sociais, políticos, econômicos, intelectuais, tecnológicos etc. Entretanto, suas ideias foram difundidas fortemente no campo das ciências sociais, fazendo inegavelmente parte do debate epistemológico sobre essa possibilidade de revolução das construções do pensar – ou, no vocabulário de Kuhn, de revolução paradigmática das ciências sociais.

⁸¹ Há praticamente uma necessidade de identificação e indicação do paradigma científico quando da abordagem de problemas. “... a opção por um paradigma se faz também pela aceitação de limites que esse mesmo paradigma contém. Lidar com o diferente é assumir a negação presente em tudo e em cada parte. Sua determinação implica reconhecer a diferença presente naquele que é confrontado, de modo que ao assumir um paradigma o cientista já o fez a partir e com aquele que foi afastado. Não se trata de uma rejeição em termos de pura e simples refutação, eis que qualquer paradigma implica uma relação dialética de continuidade e ruptura com o anterior”. (CRUZ, 2009, p. 187-188). A difusão ou popularização do conceito de paradigma é a introdução e também a reafirmação de conceitos dos quais a ciência não pode se abster de enfrentar: o de valor e o de cultura.

Ainda, tomando-se em conta o que foi mencionado anteriormente, os objetos de estudo das ciências sociais não são e nem podem ser tomados como se fossem semelhantes em constituição e possibilidades de estudo aos das ciências naturais. As utilidades técnicas e os métodos científicos, logo, também não poderiam ser os mesmos.

Os elementos que podem ser facilmente apartados, nas outras ciências, dos objetos de estudo não têm possibilidade de serem afastados na ciência jurídica, e isso implica, invariavelmente, num problema metodológico quase intransponível: o de que certas escolhas valorativas são feitas de modo argumentativo, na primeira pessoa do singular, inclusive, ainda que a linguagem utilizada seja outra.

(...) as ciências são produzidas dentro de condições sócio-culturais concretas, das quais não podem alienar-se, e cujo sistema de valores necessariamente influi na elaboração do conhecimento científico. (...) O cientista é, efetivamente, condicionado por fatores de ordem ideológica, tanto na escolha do tema, na formulação do problema. (MARQUES NETO, 2001, p. 59-60.)

A argumentação, tomada então, como uma opção metodológica não se apresenta sobre parâmetros “neutros”. Trata-se de uma argumentação que busca identificar possibilidades ou perspectivas que se desprendam da essência dos discursos ideologizados – e, por isso, se afasta também de temáticas que englobam questões transversais, que não serão resolvidas exclusivamente pelos meios ou modos de discursos jurídicos empreendidos.

Há, por fim, um problema quanto à proposição final deste trabalho ser adjetivada como convergente. A convergência é, em si mesma, uma proposição da modernidade, ou pelo menos uma ilusão da modernidade, e não à toa a modernidade conheceu diversos e pretensiosos equilíbrios entre coisas diametralmente opostas.

Assim, o que se tem, não custa esclarecer, é uma proposta que se situa dentro, ainda, do paradigma da modernidade, ainda que tratada numa ambiência de reconhecimento de crises, rompimentos e tendências de modificações que pretendem uma revolução da forma de pensar das ciências sociais.⁸²

⁸² Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, descreve a crise do paradigma dominante e a emergência de um novo paradigma, o pós-moderno. A transição por ele vislumbrada comporta características como: ambiguidade, complexidade, ruptura e pluralismo. O conhecimento pós-moderno, “sendo total, não é determinístico, sendo local, não é descritivista. É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da ação humana projetada no

Não se propõe, portanto, outro paradigma, mas se propõe um avanço qualitativo na questão da superação do público pelo privado, com a modificação do discurso a respeito da própria autonomia privada enquanto elemento ou exercício de regulação própria, que se dirige e que se dá no plano obrigacional ou contratual, tratando preferencialmente de questões patrimoniais.

4.3 Proposição de convergência para a liberdade: a autonomia privada que vai além das obrigações e dos contratos

O que se propõe, efetivamente, é, superando a dicotomia público-privado e reconhecendo a liberdade como fundamento de todo direito, logo, direito fundamental sob qualquer ótica, passar a definir e encarar a autonomia privada também sob outra perspectiva, indo além dos formalismos obrigacionais e contratuais e das questões que envolvam meramente o patrimônio das pessoas.

A autonomia privada não é e não deve ser reduzida exclusivamente ao *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, foram mais felizes os internacionalistas⁸³, que a conceberam vinculada à ideia de autodeterminação – que tanto tem uma acepção individual quanto vai além, daí o reconhecimento da autodeterminação dos povos.

Um povo soberano tem reconhecido o direito de se autogovernar e autodeterminar, realizando suas escolhas livremente, no plano público e político. Imagine-se que, numa perspectiva de autonomia privada, fosse reconhecido às pessoas o direito de se autodeterminar, independentemente de estarem em foco os espaços públicos ou privados, sem que isso se vincule, necessariamente, a um contrato. Assim, autonomia privada seria mais autodeterminação pessoal do que liberdade contratual ou autonomia da vontade – e essa ideia é intimamente condizente com o ideal de pluralidade e de liberdade do homem pós-moderno.

... mundo a partir de um espaço-tempo local. Um conhecimento deste tipo é relativamente imetódico, constitui-se a partir de uma pluralidade metodológica. Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada”. (SANTOS, 2009).

⁸³ No direito internacional, não há uma estrutura monista de poder e de imposição jurídica como há no plano interno (Estado). Por essa razão, talvez seja mais fácil conceber que a livre determinação das partes, sejam elas tipicamente públicas ou privadas, iguais ou desiguais, não se constitui por argumentação de individualismo ou de voluntarismo, mas de superação do próprio ordenamento jurídico como exclusivamente estatal e exclusivamente neutro politicamente, chegando-se a uma concepção mais democrática da produção normativa e da sujeição das pessoas às normas de direito.

A Constituição, em verdade, tutela o livre desenvolvimento da personalidade, o que deve se estender à autonomia privada, que, como direito fundamental⁸⁴, é um direito pessoal. Logo, é um direito que carece não só de afirmação e reconhecimento em tese, mas de efetivação, pois, para ser possível que alguém exerça o poder de regulamentar seus próprios interesses, é necessário que lhe sejam dadas as possibilidades de assim o fazer.

É essa dimensão não explorada da autonomia privada que merece construção, pois se desliga do campo obrigacional e contratual, do próprio patrimônio e tem na pessoa sua fonte de justificativas e finalidades. Autonomia privada poderia, nessa construção, implicar numa acepção de autodeterminação pessoal que ultrapassasse a regulação da vida negocial.

Assim, reconhecer o direito subjetivo e fundamental das pessoas de se autorregular, implica, antes de tudo, na aceitação de que nem todas as questões da vida pessoal e social dos indivíduos poderão ser reguladas por definições e padronizações do direito, sejam elas constantes das leis ou de outras fontes.

Existem relações sociais ou humanas que não ingressam no campo das relações jurídicas e sequer vão constituir obrigações jurídicas ou negócios – contratos. Seus objetos não serão identificados como propriedades. Há, todavia, uma regulação dessas relações, tanto social, quanto pessoal. É nessa última que deve se inserir o conceito de autonomia privada, inclusive para afastar do direito produzido normativamente pelo Estado aquilo que não lhe concerne.

Assim, não se poderia admitir um ordenamento jurídico que, tendo dentre seus fundamentos a liberdade, em todas as suas vertentes, queira intervir em relações de amizade, por exemplo. Também não se deveria admitir, nessa ótica, um direito que quisesse dizer sobre a possibilidade ou impossibilidade de as pessoas estabelecerem uniões afetivas com pessoas do mesmo sexo.

⁸⁴ Dizer que autonomia privada é direito fundamental não parece unanimidade na doutrina. Prata, evidente que se pautando na Constituição portuguesa, nega veementemente, essa condição, tanto por ausência de previsão expressa quanto pela ideia de um conceito constitucional de liberdade que não admitira a “indiscriminada” liberdade jurídico-econômica. No sistema jurídico brasileiro, admite-se a dedução de um princípio, por prevalecer uma tese aberta da configuração de fundamentalidade aos direitos nela contidos. Assim, costuma-se extrair da dignidade da pessoa humana a tutela constitucional da autonomia privada, como esboça Amaral. Matias (2007, p. 34-35) também faz essa referência quando afirma “Embora não tenha previsão específica na Constituição Federal, é possível extrair a idéia a partir da previsão dos artigos 1º, inciso IV, artigo 5º, incisos XVII a XX, e 170, incisos II, III e IV”.

Esse tipo de regulação heterônoma não serve a essas relações, pois tende a considerar como legítimas somente certas relações que quer fazer prevalecer por força das ideias que forem dominantes.

Mais, uma regulação heterônoma da amizade, do amor ou das uniões afetivas entre as pessoas, ou que vise constituir ou definir os laços de formação das afinidades familiares, é recorrentemente uma regulação que supera a necessidade ou a justificativa de solução de conflitos, passando a uma padronização indevida da realidade, que fica compensada ou limitada aos modelos e arquétipos eleitos pela autoridade que tiver a aptidão e a competência para criar ou dizer a norma – seja uma norma legal, seja uma moral, ou de ordem “pública” ou de “bom” costume.

Sendo o próprio ordenamento jurídico dirigido no sentido de possibilitar à pessoa uma existência digna, a liberdade é condição que se impõe à própria definição de limites da ordenação jurídica heterônoma. Nesses limites estará a conformação do ordenamento ao direito fundamental da autonomia privada, que reconheceria às pessoas um espaço extenso de autodeterminação e, conseqüentemente, autorregulação de si mesmas e de suas vidas, assim como de suas relações pessoais e sociais.

Ainda, a configuração da autonomia privada como direito fundamental exige sua efetivação até em termos de situá-la em correspondência à liberdade contratual, mas sem presunções de restrição: para permitir que as pessoas exerçam sua autonomia privada seria necessária uma intervenção no sentido de dar condições aos sujeitos inicialmente em desvantagem as condições aptas a superar suas próprias desvantagens: por exemplo, desburocratização das instituições, simplificação dos contratos, investimento em assessoria jurídica acessível para a formação de relações contratuais complexas, não apenas para a interposição de demandas de revisão dos contratos etc.

Algo ainda a ser considerado é que a sociedade de massas produz também a massificação processual. Hoje, boa parte das questões e disputas em torno da autonomia privada precisam ser solucionadas através dos intérpretes (juízes), que, entretanto, têm comprometida sua possibilidade de análise do caso concreto pelo crescimento exponencial da demanda, que torna invisíveis as particularidades dos conflitos levados ao Judiciário – e não apenas para os juízes, mas também para os advogados e demais operadores do direito.

Assim, as cláusulas gerais e os princípios acabam não sendo preenchidos, ou são preenchidos a partir de presunções e relativizações genéricas, que não têm o condão de promover a efetivação nem da liberdade nem da igualdade nas relações privadas. Essa não é uma questão apenas ligada aos problemas de fundamentação das decisões judiciais: é diretamente vinculada a ineficiência do próprio intervencionismo ou dirigismo estatal para cumprir com a promessa de equilibrar as disparidades socioeconômicas.

Ainda, deve-se considerar que não se pode considerar efetivada a igualdade material se, para isso, for necessário ao indivíduo já em posição de desvantagem buscar um procedimento jurídico institucional e demorado: é necessário que os sujeitos das relações jurídicas já conheçam e exerçam suas liberdades dentro dessas novas limitações internas, o que só seria possível por meio da busca pela efetividade dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade mesmo antes dos conflitos processuais e das questões serem postas ao Judiciário.

Além disso, deve-se considerar que a efetividade de direitos não pode se resumir à concessão de indenizações pecuniárias, alargando-se as responsabilidades para categorias que o fenômeno jurídico não compreende e não delimita. A indenização dos danos extrapatrimoniais e dos transindividuais têm um papel próprio de reparação, que não se assemelha nem se confunde com a promoção da igualdade material ou com a disposição de oportunidades isonômicas de exercício da liberdade.

Para proceder às mudanças propostas, então, que se vislumbra indispensável acompanhar as mudanças na forma de pensar a democracia, que se desvincula do espaço institucional formal e autoritário, passando ao espaço público de participação das minorias, e a própria ideia de efetividade dos direitos fundamentais, que supera a convicção de que as declarações de direitos teriam mais força de modificação da realidade do que, de fato, contêm.

Para adquirirmos a liberdade de criar futuros alternativos para a sociedade com clareza e ponderação, devemos ser capazes de imaginá-los e de discutí-los. Para que os imaginemos e discutamos eficazmente, devemos adentrar áreas especializadas do pensamento e da prática. Devemos transformar essas especialidades por dentro, modificando a sua relação com o debate público numa democracia. Devemos convencer os especialistas a renunciar a parte da autoridade superior que eles nunca propriamente possuíram, trocando essa falsa autoridade por um estilo de colaboração entre especialistas técnicos e pessoas comuns. (UNGER, 2004, p. 9).

Unger (2004) justamente trata dessa busca por soluções não institucionais e não pautadas na democracia da modernidade, sendo necessário experimentar um modelo diferente, que seja mais participativo e inclusivo. Esse modelo ele chama de experimentalismo democrático, o qual contrapõe ao foco de sua crítica, que é o fetiche institucional:

Um dos inimigos do experimentalismo democrático é o fetichismo institucional: a crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária. O fetichismo institucional é um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea. Ele penetra cada uma das disciplinas mencionadas anteriormente, e informa a linguagem e os debates da política comum. (UNGER, 2004, p. 17).

Para Unger, os instrumentos tradicionais do direito privado não seriam suficientes para a organização social, uma vez que seriam usados por quem já estivesse em posição inicial de vantagem, no sentido de reforçar as diferenças e manter sua predominância, conforme a crítica elaborada pelo próprio movimento de reconstrução do direito privado.

Uma sociedade desorganizada ou organizada desigualmente não pode se reinventar. Sua discussão de futuros alternativos viria apaticamente de livros, em vez de vigorosamente dos experimentos e debates localizados de movimentos e associações concretos. Abandonar as exigências organizacionais da sociedade civil aos instrumentos tradicionais do direito privado significa resignar-se a organização marcadamente desigual. Os mecanismos facilitadores do contrato e do direito privado serão usados por aqueles que, em certo sentido, já são organizados. Os organizados podem encontrar em sua associação juridicamente sancionada reforço para sua vantagem preexistente. (UNGER, 2004, p. 29).

Mas Unger difere fortemente da doutrina nacional de reconstrução do direito privado quando faz notar que o Estado atual não é adequado para empreender uma reconstrução estrutural. Guardadas as devidas proporções e diferenças de contexto, aqui se compartilha dessa opinião:

A verdade é que nenhum elemento do Estado atual é suficientemente adequado, em virtude de capacidade prática ou de intervenção política, para empreender o trabalho de reconstrução estrutural e episódica. Falta a essa tarefa - como falta a toda missão nova e séria no mundo - seu agente adequado. A melhor solução é, então, forjar o novo agente: um outro órgão do governo, um outro poder do Estado, concebido, eleito e dotado de recursos com o encargo expresso de conduzir essa tarefa inconfundível de

garantia de direitos. Essa mudança, contudo, demandaria a própria abertura ao experimentalismo democrático em que o direito contemporâneo e as democracias contemporâneas se provaram tão notavelmente deficientes. Ela exigiria de nós, como advogados e cidadãos, que completássemos a passagem do já realizado primeiro passo, de insistência na efetividade do gozo de direitos, ao segundo e ainda ausente passo de reimaginação e reconstrução institucional. (UNGER, 2004, p.49).

Note-se que Unger menciona, como um primeiro passo para construção ou reconstrução do direito contemporâneo o que chama de “insistência na efetividade do gozo de direitos”, e, como segundo, a própria recriação, reimaginação ou reconstrução das instituições.

Entende-se, entretanto, que não há uma relação necessariamente sequencial entre tratar da efetividade de direitos fundamentais, e da própria recriação do que significa essa efetividade, que deve ir além dos efeitos declaratórios, e tratar da reconstrução das instituições políticas, sociais ou jurídicas.

Em verdade, são fenômenos bastante simultâneos e correspondentes, pois ambos implicam tanto na crítica dos modelos anteriores como no esforço de se criar os modelos novos ou, pelo menos, de se sugerir vetores para as formulações e proposições que podem vir. Trata-se mais de uma modificação da forma de ver o exercício de direitos, para passar a exercê-los de outro modo, que seja mais adequado às demandas crescentes.

Por isso, necessário desvincular o conceito de autonomia privada da liberdade contratual, que foi cunhado à luz do raciocínio dicotômico do direito, que tanto se pretende superar.⁸⁵ O mundo privado foi publicizado, como já foi fito anteriormente, e o mundo público, privatizado⁸⁶, os contratos não têm como fontes de conteúdo apenas a vontade das partes, havendo mesmo nessas vontades limitações internas e externas, e não poderia a liberdade e a autonomia ficar restrita a ideia de relativização, supressão ou negação, justificada na efetivação da

⁸⁵ Em Habermas, há inclusive a defesa de uma relação mutualística entre autonomia pública e autonomia privada. A democracia procedimentalista constitucional defendida pelo autor pretende justamente superar a democracia liberal e a comunitária, substituindo a isso um modelo discursivo e deliberativo das formações de vontades públicas, sendo condição para tanto a garantia dos direitos fundamentais.

⁸⁶ Processo de realocação da matéria pública como privada, que passa pela colocação do Estado numa postura mais restrita e chega aos problemas que hoje se apresentam, de manutenção do Estado Social e das normas jurídicas de ordem pública.

igualdade material, que lhe é tão correlata e dependente, no sentido de que uma está para a outra, como já foi antes esboçado.⁸⁷

Em verdade, conforme Silva (2005, p. 176) destaca, “a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades”, vindo com reservas a proteção da autonomia privada condicionada à análise das diferenças ou assimetrias entre as pessoas.

Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, aí envolvendo a autonomia privada, Silva defende que não se pode sempre ter uma nulidade contratual imposta pela retirada da autonomia das pessoas, ainda que justificada nas assimetrias ou no princípio da proporcionalidade, pois essas condições não levam em consideração o que ele chama de “sinceridade” no exercício da autonomia privada (SILVA, 2005 *passim*).⁸⁸

É preciso, então, retomar que é através da autonomia, ou seja, da liberdade, que o indivíduo vai construir sua identidade e, assim, harmonizar a ideia de autonomia com a de proteção de direitos fundamentais.⁸⁹

O exercício da autonomia, tanto a nível contratual quanto pessoal, ou mesmo social, não deve, por isso, ser reduzido, mas ampliado, de modo a possibilitar a realização tanto da liberdade como da igualdade em suas respectivas materialidades. Não há conflito entre a ideia de autonomia privada e direito fundamental, uma vez que a autonomia é forma de liberdade, um direito fundamental.

O que pode haver, evidente, é conflito com outro direito fundamental, num caso concreto, hipótese em que a ponderação se deve dar da mesma forma que se daria caso se tratasse de uma liberdade pública, como a liberdade de expressão ou

⁸⁷ Para Dworkin (2000, p. 158), “se aceitarmos igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se torna um aspecto de igualdade”.

⁸⁸ A posição de Silva é de crítica à tese de Sarmento de 2004, que propunha uma ponderação baseada no que chamou de dicotomia das partes ou desigualdade fática entre os envolvidos: “(1) Sarmento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material; (2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca; (3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado” (SILVA, 2005, p. 176).

⁸⁹ “Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Essa dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos. Uma das conseqüências mais destacadas desta concepção é o reconhecimento de que as normas jurídicas em geral, especialmente as que consagram cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, devem ser interpretados da forma que mais favoreça aos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2006, p. 325).

mesmo a liberdade política dos cidadãos. A recorrente contraposição, presumida e em tese, de que a liberdade esbarra na igualdade é, portanto, ideologizada.⁹⁰

Sarmiento (2006, p. 325) considera, apesar do parâmetro sugerido, que numa ordem constitucional democrática, a liberdade deve ser protegida, e reconhece como dimensões a autonomia pública do cidadão e a autonomia privada da pessoa, admitindo que “se pressupõem reciprocamente e se complementam”. O autor também reconhece que a autonomia privada tanto se liga a questões patrimoniais quanto existenciais, e acredita que no que respeita às questões existenciais devesse ter mais intensa proteção.

No campo das relações patrimoniais, a proteção à autonomia privada é menor quando estiverem em jogo bens essenciais para a vida humana com dignidade, e maior quando a questão envolver bens de natureza supérflua. (...) A multiplicação de deveres constitucionais, correlatos aos direitos, asfixiaria a espontaneidade das relações humanas, confiscando da pessoa o espaço mínimo de autodeterminação de que é titular, o qual não deve ser ameaçado numa ordem constitucional democrática, preocupada primordialmente com a garantia e a promoção da dignidade humana. (SARMENTO, 2006, p. 326).

Assim, a autonomia privada teria um lugar mais próximo da realização da dignidade humana, pois estaria voltada, em todos os seus aspectos, para a organização dos recursos sociais, econômicos e jurídicos que pudessem se colocar diante das pessoas e lhes possibilitar uma renovação estrutural efetiva da concepção de direito, como um todo.

O ideário democrático vincula o legislador privado, que tem de considerá-lo na disciplina das relações entre particulares. Ademais, ele deve também nortear não apenas a interpretação das normas do Direito Privado, como também a exegese dos atos negociais e dos estatutos que regem a organização e o funcionamento de entidades privadas, como as empresas e associações. (SARMENTO, 2006, p. 331).

A democracia e a pluralidade, em verdade, impõem que o direito privado seja pensado como direito de liberdade e de respeito à autodeterminação pessoal e

⁹⁰ E também extremamente mal localizada. A promoção da igualdade material teria maiores efeitos se os esforços argumentativos se concentrassem em tratar da promoção de políticas públicas de acesso isonômico a recursos e bens essenciais à dignidade humana. Considere-se, ainda, que, apesar da multiplicidade de recursos sobre a proteção do mais fraco, é mais fácil presumir o consumidor que pode comprar passagens aéreas como hipossuficiente, anulando um contrato ou uma cláusula contratual que lhe for desvantajosa, apesar de se tratar de um contrato relativamente simples, que anular um contrato de empréstimo bancário complexo, celebrado por um idoso analfabeto e verdadeiramente vulnerável.

social dos indivíduos, sem que isso implique na perda ou redução da igualdade material. Não era essa a concepção liberal conhecida, como também não era a que resultou nos dois códigos civis brasileiros: houve um significativo avanço, mas ainda há muitas questões a serem reguladas por parâmetros mais plurais ou mesmo a serem deixadas de lado pelo direito, que deve reconhecer suas limitações.

Uma modificação na conceituação de autonomia privada, como a proposta, que lhe reconheça um sentido estrito, de poder de auto-regulamentação, e um mais amplo, de autodeterminação pessoal, configura uma mudança de posição no processo de reconstrução do direito privado – que, se não for ela mesma uma transição de um paradigma para outro, pelo menos representaria um passo à frente que não se consegue dar com a manutenção das dicotomias entre o público e o privado na argumentação.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa empreendida obteve resultados que, em muito, confirmaram as hipóteses inicialmente postas, partindo de que é possível dizer que houve uma superação da dicotomia entre direito público e direito privado, não só por conta da tendência publicizante, mas também em decorrência daquela privatizante, havendo, ambos os fenômenos, modificado profundamente os argumentos esboçados pela doutrina, que hoje não precisa ser adjetivada como publicista ou privatista.

Em verdade, ao início do estudo, havia a impressão de que essa primeira hipótese de superação da dicotomia não se confirmaria, uma vez que permanece a distinção simples e não dicotômica, por conta das diferenças na criação dos institutos e técnicas de direito, que foram compartimentados em público e privado.

Também importa ressaltar que nem todos os trabalhos acadêmicos conseguem precisar bem a temática, havendo uma confusão na utilização de expressões e termos principalmente pela produção mais recente.

O mesmo não se dá em relação ao trabalho doutrinário propriamente dito, que demonstra mais riqueza de originalidade, de precisão terminológica e de compreensão dos fenômenos suscitados, assim como melhor vislumbra os problemas e desafios a serem enfrentados.

Confirmou-se que superar a necessidade ou a utilidade da distinção, ainda que simples, entre espaços de direito públicos e privados exige proposições de convergência, o que o movimento de reconstrução do direito privado não conseguiu, todavia, apresentar satisfatoriamente, uma vez que as propostas, até agora, ainda se baseiam em relações de dominação de um espaço pelo outro.

Tanto a reconstrução do direito privado quanto a crítica ao movimento que a defende trabalham bastante com argumentos dicotômicos, entre interesse público e privado, que os pressupõe como absolutamente excludentes, sendo um melhor que o outro, a depender da posição do argumentador.

Isso causou certo desconforto inclusive na seleção das referências que embasariam a argumentação aqui exposta. A preocupação era a de não desviar dos objetos de estudo originalmente tomados e da problematização que delimitou tais objetos, o que se acredita ter sido possível. Por outro lado, impossível não reconhecer que toda argumentação se constrói por afinidade de ideias.

Conhecer a distinção entre direito público e privado apenas como critério de classificação, de fins meramente didáticos, não é suficiente. É necessário conhecê-la em função da sistematização que ela operou, ao estabelecer princípios próprios de cada grupo, que, agora, precisam estabelecer relações de interação.

A colocação de cláusulas gerais no Código Civil de 2002, muito defendida mesmo nos trabalhos acadêmicos e doutrinários mais recentes, deve ser vista com reservas, pois, sem a renovação das técnicas que possibilitem o seu preenchimento, acabaram propiciando um ambiente fértil para uma construção interpretativa criticável pela falta de fundamentação adequada, de objetividade e, mesmo, de segurança. Também não se compartilha da ideia de que a colocação de cláusulas gerais na lei ou a positivação de princípios sejam o máximo das possibilidades de se pensar a reconstrução do direito privado.

Na verdade, os problemas de reorganização da ordem jurídica e de reconstrução das ordens público e privada se mostram insolúveis pelos modelos e categorias de pensar da modernidade, sendo necessário proceder a uma autorreflexão da racionalidade moderna. A reconstrução pressupõe a transformação, por meio da interferência recíproca dos universos de direito público e privado, que deixam seu isolamento e se sobrepõem, formando um sistema aberto e dinâmico.

No processo de reconstrução do direito, como um todo, há um processo de reconstrução do que foi o direito público e também o direito privado, e isso faz com que os argumentos binários precisem ser afastados.

Nesse ponto, também se confirmou a hipótese inicial de que há grande insuficiência nesse sentido, mas, por outro lado, essa insuficiência se dá mais nas produções mais recentes que nas mais antigas, provavelmente porque, conforme já mencionado, alguns dos textos mais antigos analisados detêm um maior grau de originalidade e de análise crítica.

Foram esboçadas as hipóteses: (1) A liberdade é uma só e constitui elemento essencial do próprio direito, seja ele público ou privado. (2) A liberdade é direito fundamental e, para a sua efetivação, precisa de uma tese de convergência do direito, que supere a lógica binária de diferenciação entre o público e o privado.

Ao longo da pesquisa e após alguma reflexão, há de se considerar que ambas as hipóteses não podem ser confirmadas em relação à doutrina de reconstrução do direito privado, propriamente dita.

Isso porque os autores analisados não colocam enfoque nessas questões, mas isso não significa que, como ideias, as proposições 1 e 2, acima mencionadas, sejam incompatíveis com o que se convencionou chamar de movimento de reconstrução do direito privado.

Restou demonstrado que esse movimento concentrou forças num discurso de limitação da liberdade em função da igualdade, contrapondo-os diametralmente, por força de um discurso desse tipo, dicotômico, como se a liberdade fosse algo do indivíduo, do mundo privado, e a igualdade, da sociedade, do mundo público. Mas isso se deu mais quando a liberdade foi identificada como autonomia privada ou como fundamento formal do direito privado.

O que se propôs aqui, a partir dos resultados encontrados, foi uma modificação no discurso, que, apesar de sutil, se faz em termos qualitativos: a liberdade não se opõe à igualdade. Na verdade, a efetivação da liberdade dependerá da efetivação da igualdade, o que somente se conhece como possível por meio da democracia.

Cada vez mais as teorias de democracia se aproximam da participação dos cidadãos na construção da política e, também, do direito, o que passaria por várias condições para a efetivação da participação popular, como a desburocratização das instituições públicas, a transparência dos processos e a utilização de mecanismos de promoção dos debates públicos.

A convergência proposta, portanto, não é universal ou consensual. É plenamente possível que seja insatisfatória para um certo corpo de ideias diverso do que se apresentou nesse trabalho.

Ainda assim, cabe insistir que dizer que a liberdade é fundamento do direito não significa dizer que tudo deve ser conservado conforme estava. Também não pode implicar na aceitação do chamado ideário liberal promotor das codificações oitocentistas. Liberdade não é, e não deve ser encarada como, o oposto de igualdade material.

A defesa do Estado como mediador das relações privadas, para dar às pessoas condições de igualdade material, não pode passar silente quanto ao papel do Estado também como promotor de desigualdades não isonômicas. Tampouco pode criar uma abstração conceitual de Estado que o torne imune ao poder econômico, político e social que o contorna ou até mesmo domina.

Assim, o que se tem, não custa esclarecer, é uma proposta que se situa dentro, ainda, do paradigma da modernidade, ainda que tratada numa ambiência de reconhecimento de crises, rompimentos e tendências de modificações que pretendem uma revolução da forma de pensar das ciências sociais.

Não se propõe, portanto, outro paradigma, mas se propõe um avanço qualitativo na questão da superação do público pelo privado, com a modificação do discurso a respeito da própria autonomia privada enquanto elemento ou exercício de regulação própria, que se dirige e que se dá no plano obrigacional ou contratual, tratando preferencialmente de questões patrimoniais.

A Constituição tutela o livre desenvolvimento da personalidade, o que deve se estender à autonomia privada, que, como direito fundamental, é um direito pessoal. Logo, é um direito que carece não só de afirmação e reconhecimento em tese, mas de efetivação, pois, para ser possível que alguém exerça o poder de regulamentar seus próprios interesses, é necessário que lhe sejam dadas as possibilidades de assim o fazer.

Por essa razão, a proposição que se fez, pelos resultados tomados, é a de que se inicie uma nova compreensão da autonomia privada, através da qual o indivíduo vai construir sua identidade. O exercício da autonomia, tanto a nível contratual quanto pessoal, ou mesmo social, não deve, por isso, ser reduzido, mas ampliado, de modo a possibilitar a realização tanto da liberdade como da igualdade em suas respectivas materialidades.

Nessa ótica, uma melhor conceituação da autonomia privada seria para configura-la como autodeterminação pessoal, num sentido amplo, que compreendesse as mudanças já realizadas pelo movimento de reconstrução do direito privado, mas que também superasse suas limitações e vinculações ao contrato e ao patrimônio.

A autonomia privada como autodeterminação em sentido amplo somente pode ser efetivada por um processo, o que passa pela compreensão de que, na verdade, todo direito fundamental somente tem efeitos na realidade das pessoas se compreendermos sua efetivação como um processo global, não como um ato de declaração de direitos nem como um ato de concreção de direitos específico e casuístico, via Judiciário.

REFERENCIAS

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 72-86.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n.13-14, p.109-125, 1º e 2º sem., 1998. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista13e14/revista13e14%20%20FRANCISCO%20AMARAL%20%E2%80%93%20A%20Descodifica%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Civil%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 20/04/2016.

_____. Autonomia privada. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Série Cadernos do CEJ – Conselho de Estudos Judiciários do da Justiça Federal, Brasília, n. 20, p. 76-88, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>> Acesso em: 03/01/2017.

_____. O direito civil na pós-modernidade. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, nº 21, p. 45-57, 2002. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista21/%20FRANCISCO%20AMARAL%20%E2%80%93%20O%20Direito%20Civil%20na%20p%C3%B3s-modernidade.pdf>>. Acesso em: 20/04/2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Constituição e codificação: primórdios do binômio. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54-71.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**, tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 12/11/2015.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p.25-65, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 13/11/2015.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. Revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** – para uma teoria geral da política. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. 9ª. Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo, Pólis; Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1989.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora da Universidade, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução por Carlos Eduardo Machado. Revisão de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 135-156, jan./jun, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/2077/1552>>. Acesso em: 11/12/2016.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Série Cadernos do CEJ – Conselho de Estudos Judiciários do da Justiça Federal, Brasília, n. 20, 2002. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf> > Acesso em: 04/01/2017.

COSTA NETO, Moacyr da. A interpretação dos contratos e o abuso de direito. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 362-376.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Abelmar Ribeiro da. **Tendência Socializadora do Direito Civil**. Fortaleza: Editora Instituto do Ceará, 1950.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.231-264.

DAMATTA, Roberto. **A casa e a Rua: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____ **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 9ª ed. London: Duckworth, 2000.

_____ **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução por René Ernani Gertz. Revisão de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.27, p. 49-60, 1992/93. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978/6284>>. Acesso em: 10/01/2017.

_____. Direito de Família. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Série Cadernos do CEJ – Conselho de Estudos Judiciários do da Justiça Federal, Brasília, n. 20, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, André Dias. Terrorismo e direito à segurança na sociedade de risco. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 43-65, jul./dez, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1435/1949>>. Acesso em: 11/12/2016.

FERRARI, Vincenzo. **Acción Jurídica y Sistema Normativo**: Introducción a la Sociología del Derecho (Lineamenti di sociología del diritto). Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson, 2000, XXVII, 357 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. Revista Direito GV. **Revista de Direito GV**, v. 1. N.1 São Paulo: FGV, maio 2005, p. 121-134. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p121_134.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Liberdade e direito privado. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 9-33.

GURVITCH, Georges. **L'idée du droit social**: Notion et système du droit social . Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle. Réimpression de l'édition Paris 1932. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1972.

HABERMAS, Jürgen. **The Structural Transformation of the Public Sphere**: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, 1962.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 12ª ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 36, nº 141, p.99-109, jan./mar.,1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em: 02/04/2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **O Direito na Sociedade Moderna**, trad. de R. Raposo, Rio de Janeiro: Forense,1979.

_____ **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soarez Grandchamp. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

MARCELINO, Rosana Guida Krastins. Os princípios de direito privado e a liberdade. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53-69.

MARMELSTEIN LIMA, George. **Ordem Jurídica Constitucional**. Efetivação Judicial de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005. Disponível também em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 13/09/2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto e método. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 20/08/2016.

_____ **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-49_tira-gosto_A-Boa-fe-no-direito-privado_Judith-Martins-Costa.pdf>. Acesso em: 20/08/2016.

_____ Reflexões sobre o princípio da função social social dos contratos. **Revista de Direito GV**. V. 1. N.1, p. 41-66, maio de 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf>. Acesso em: 12/12/2016.

_____ Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, João Pessoa, 2002. Anais do IV Congresso Brasileiro de Filosofia, Tomo II, João Pessoa, 2002. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 78, pág. 126, Coimbra, 2002. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/49208/30839>>. Acesso em: 13/12/2016.

MATIAS, João Luis Nogueira. **Regime jurídico privado e publicização**: Novo paradigma para a velha dicotomia. Fortaleza: Din.Ce, 2007.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica**: técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil**, 1993, v. 65, p. 21-32.

A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Rio, n. 29, 2006. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295>>. Acesso em 19/01/2016.

Uma Década de Constituição 1988- 1998. org. Margarida Maria Lacombe de Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista de Direito GV**, v.12, n.3, São Paulo, set/dez, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300648&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 09/02/2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

(Coord.) **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O "que" de específico nas cláusulas gerais. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 149-152, maio, 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p149_152.pdf>. Acesso em: 10/10/2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil - Alguns Aspectos de sua evolução**. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

Instituições de direito civil. 24ª ed. rev. e atual. Por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <http://www.academia.edu/24306314/PEREIRA_Caio_Mario_da_Silva._Instituicoes_Vol._1_-_Introducao._Forense_24_ed_>. Acesso em: 03/09/2016.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-173.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo, Editora Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo**: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RICOEUR, Paul - **Interpretações e ideologias**. 4ª ed. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japissu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990. Disponível em: <<http://www.uneb.br/gestec/files/2011/09/171322867-Ricoeur-Interpretacao-e-Ideologias.pdf>>. Acesso em: 13/01/2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. Meritum. **Revista de Direito da FUMEC**. Belo Horizonte: Univesidade FUMEC, 2006, p.13-52.

RÜSEN, Jörn. **Cultura faz sentido**: orientações entre o ontem e o amanhã. Tradução de Nélio Schneider. Petrópolis: Vozes, 2014.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Edusp, 1993.

_____. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. **Ciência & Trópico**, Recife, v. 11, n. 1, Jan/jun. 1983. P. 105-121. Disponível em: <<https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/326>>. Acesso em 05/05/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Motta; revisão técnica por Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista de Direito GV**, v.1, n.1, p. 173-180, maio, 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p173_180.pdf>. Acesso em: 20/02/2017.

SILVEIRA, Michelle Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 21-53.

SOARES, Renzo Gama. Breves comentários sobre a função social dos contratos. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 441-460.

SORIANO, Ramón. **Sociología del Derecho**. Barcelona: Editora Ariel, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva,

2001.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GTepedino2001.pdf>. Acesso em: 23/06/2015.

_____ **Temas de direito civil.** 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Metodológicas interpretativas diante do novo código. *In*: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.) **Direito Civil: Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.

_____ Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Temas de Direito Civil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de normalização de trabalhos acadêmicos da Universidade Federal do Ceará.** Fortaleza, 2013.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). **Função do direito privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 411-440.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 174-210.