

EM BUSCA DO OUTRO – UM NOVO CAMINHO



Wagner Inácio Freitas Dias¹

RESUMO

O presente trabalho empreende análise da interação do princípio constitucional da solidariedade e o sistema civil, através da boa-fé; mais, contempla os espectros gerais deste instituto nos contratos. Em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial vê-se que o sistema civil brasileiro foi alterado em 2002, um afluyente da Constituição de 1988, e trouxe consigo preceitos que possibilitaram mudança das concepções individualistas para estruturas estabelecidas sobre a imagem da pessoa. A figura do contratante foi revista, com base na eticidade, socialidade e operabilidade. Recebeu-se a cláusula geral da boa-fé, em perspectiva objetiva, que passa a imputar aos agentes sociais claros deveres de respeito.

Palavras-chave: Direito. Contratos. Constituição. Solidariedade. Boa-fé.

IN SEARCH OF THE OTHER – A NEW WAY

ABSTRACT

This paper intends on analyzing the constitutional principle of solidarity and the civil legal system, through good faith; furthermore, it contemplates the main spectras of this institute in contractual relations. Bibliographic research and common law make it quite visible that the Brazilian civil system was modified in 2002, affluently following the constitution of 1988, and brought with it concepts that allowed changing individualistic concepts of established structures concerning the image of the person. The figure of the contractor was revised, based on ethicality, sociabilty, and operability. He received a general clause of good faith, through an objective perspective, that now imposes on social agents the clear obligations of respect.

Keywords: Law. Contracts. Constitution. Solidarity. Good faith.

¹ Mestre em Direito pela UNESA/RJ, Doutorando em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires – ARG, Professor de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos-MG, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-MG. E-mail: wagnerinacio@gmail.com.

1 O PRIMEIRO PASSO

O Direito tem como função primordial regulamentar as relações humanas. Sem a pluralidade do humano não haveria o porquê de um sistema complexo de normas e regulamentações.

Respeito, cuidado, atenção, sigilo se tornam elementos determinados (1) pelo Direito para concretizar sua missão de pacificação social.

Todos esses elementos dão ao Direito uma figuração de altruísmo, de alteridade, de outro, de pensar no outro. A Carta Maior brasileira recebeu estas idéias em seu corpo ao determinar como um dos objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL. Constituição, 1988, art. 3º, I). O Princípio da Solidariedade (2), ali insculpido, especifica no mundo jurídico o pensar no outro, o se preocupar em não apenas se favorecer, mas favorecer aos demais. Favorecer entenda-se, não em um sentido demagógico-paternalista, mas em buscar em suas atividades, alcançar a máxima relevância social possível.

Este princípio, de *per se stante*, nada poderia estabelecer no mundo dos fatos, haja vista seu conteúdo amplo e dinâmico. Para determinar alterações no mundo do ser, necessita ele de uma série de subprincípios e métodos de especialização, pois, como afirma Canaris (1996, p. 88),

os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.

Expressão maior deste afã é o instituto da boa-fé que desde remotos tempos é fator de grande discussão entre os estudiosos. Discussão que não lhe subtrai importância visto significar tanto a mais forte virtude, quanto o mais horrendo vício. O vínculo mantido pela boa-fé liberta, mas pode também acorrentar vontades, adstritas que restam ao que se estabeleceu. Dele, contudo, não se pode olvidar como bem lembra Karl Larenz, comentando o Código Civil Alemão, pois

el personalismo ético, que parte de la base de la capacidad del hombre para la autodecisión e la responsabilidad por sí mismo y que eleva el respeto a la dignidad personal de cada ser humano a la categoría de imperativo moral supremo, no sería, con todo, suficiente para fundamentar un orden jurídico, y ni siquiera un orden jurídico-privado, si no interviniera también un elemento ético-social. Este elemento es, en el Código civil, el principio de buena fe. Se basa en la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas en una comunidad aún tan falta de cohesión no es posible sin que la confianza dispensada, al menos en general, no sea defraudada sino confirmada, y que, por ello la buena fe permanezca como posible en cuanto fundamento de las relaciones humanas. [...] El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código civil en la exigencia de observar la 'buena fe' (art. 242) (LARENZ, 1958, p. 58-59).

O Múltiplo e o único, como se verá, misturam-se neste instituto que surge confuso e obtuso para muitos, levando a digressões e antagonismos que relegam a prática a segundo plano, sem que se lhe atribuem os efeitos todos e certos.

É esta complexidade objeto do presente escorço, em que se passará pelas bases do princípio da solidariedade, vislumbrará as compleições do público e do privado no atual estado da arte e perceberá como a boa-fé haure suas funções diretamente da Carta Maior.

2 MIRADAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A noção de solidariedade, em sua inicial concepção dentro do sistema jurídico, retrata uma variação da tipologia das obrigações (BODIN DE MORAES, 2003). Por seu tempo, migrou esta concepção aos foros constitucionais, passando a determinar, quando de seu retorno sobre o plexo cível, uma ordem de respeito e cooperação.

Não apenas se percebe a existência do outro, ele não apenas está lá. Tem-se, através do reconhecimento que o outro está no "eu" e que o

“eu” está no outro (está, não é) como fator *sine qua non* para o (con)viver.

Não se apresse em pensar que toda esta concepção se dê de forma linear, singela, pois o que ocorre é fervoroso embate que reflete o paradoxo da alma humana, vez que se a

solidariedade é uma idéia-força de nossa contemporaneidade, forçoso é constatar um grande paradoxo do homem contemporâneo, pois este despreza, em larga escala, as tentativas de imaginar uma democracia social e pluralista, cuja força motora baseia-se na liberdade, na solidariedade e num pluralismo da vida social. A solidariedade tornou-se um paradigma perdido. Diante deste fato, não podemos deixar de lamentar o esquecimento no qual caiu o discurso solidarista (FARIAS, 1998, p. 194).

O homem do séc. XIX, no auge do iluminismo e antropocentrismo, legou ao mundo a compreensão de que o indivíduo, respeitado por seu supremo direito de liberdade, deveria poder exercer suas faculdades, tanto jurídicas quanto morais, no limiar do absoluto, pois só assim a sociedade receberia o real progresso, no entendimento de que o sistema é completo.

Este mesmo indivíduo observou, quando das grandes guerras modernas (inclusive as mundiais), que o ermitão do mundo não era auto-suficiente ou se bastava a si mesmo. A família ganhou foro social, o jardim invadiu (e foi invadido pela) a praça (3).

O que antes era privado foi recebido no alpendre social, o indivíduo se descobriu pessoa e, como pessoa, se redescobriu no outro (4).

O indivíduo que se perfez sujeito (5) nos séculos anteriores, tirano absorvido pelos pálios protetivos do contratante, do pai de família, do testador e do proprietário, perde espaço, cai em risco de morte, mesmo que ovacionado pelas codificações atuais (6).

A ideia de pessoa (7) não aceita este elemento estático, em que o que importa é a adequação do fato à previsão da lei. Pelo contrário, Maria, José, João, cada um dos viventes humanos traz em si a chama da diferença, e justamente esta chama se apresenta como o elemento que nos torna iguais.

A concepção de pessoa é concreta, dinâmica, fluida. A cada momento os parâmetros que se tem para defini-la podem se apresentar de

maneira diferente. É esta fluidez (permeada de fraquezas e falhas) que lhe dá ares de humanidade. Quando não se é perfeito, se aprende que a maior virtude humana é perdoar, pois, de outro lado, o caminho mais fácil a ser seguido é o do erro.

Quando o erro é uma constante, o outro se torna importante, pois a culpa só pode com ele ser purgada; a dor só pode ser por ele acalentada; a responsabilidade só com o outro pode ser compartilhada.

A figura do outro (terceiro) relegada desde a compreensão helênica e romana a um *status* de menor importância, somente cogitada como exceção, largou os bastonetes e veio se fixar à fôvea, como elemento fulcral. O interparte se estendeu, a relação protegida passou a ser influenciada e influenciar o alheio. A ética moral e individual subverteu-se, rebelou-se em ética solidária (8), não do "um", mas do "todo" (9). Uma ética da complexidade (10) e da responsabilidade (11).

A ética da complexidade é o grande norte determinante da solidariedade, pois "o discurso solidarista tenta forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social" (FARIAS, 1998, p. 195). O solitário vergou o fonema, tornando-se solidário. Esta pequena alteração (na conformação) do signo traz, na realidade, forte viés modificativo, denotado no significante.

A solidariedade não se assenta de soslaio ao batente da porta. Ela se convola em ditame fundamental do Estado, verdadeira missão do ente coletivo (12).

É agora uma obrigação jurídica do Estado orientar a sociedade no sentido de que o melhor caminho a ser seguido é o do reconhecimento, o "ser com o outro" (13). Neste sentido, além da promoção de políticas públicas que apontem neste sentido, faz-se mister que os órgãos do judiciário se apresentem como guardiões da ética, da moralidade; intérpretes que trazem para a norma todo o necessário sentido social que lhe deve estruturar, pois "se a linguagem fosse uma entidade destacável da realidade global da sociedade, então a interpretação poderia voltar a ser uma atividade que exonera o jurista de assumir responsabilidades sociais" (PERLINGIERI, 2002, p. 59).

Seguindo este caminho e influência (14), o direito privado viu-se modificado pelos preceitos solidaristas, pois

si la valoración de la naturaleza y de las tareas del actual derecho constitucional y del actual derecho privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan (HESSE, 1991, p. 81).

Firma-se a solidariedade como o princípio maior que rege todo o sistema. Para muitos que defendem ser a dignidade da pessoa o valor fundamental da ordem estabelecida atualmente pode parecer estranha tal afirmação. Fato é que a solidariedade é requisito essencial para a dignidade.

Não pode o homem flutuar ou vagar entre a liberdade e o solidarismo. Pelo contrário, o solidário se torna mínimo determinante para a aquisição e o exercício dos demais princípios fundamentais. Qualquer direito, sem solidariedade, pode ser deturpado em abuso (15).

Não há ponderação quanto à existência (16) da solidariedade, apenas quanto ao seu alcance ou extensão se pode cogitar de embate com outros princípios. O fator proporcionalidade se fixa sobre a solidariedade, e por ela se traduz o errado no certo, o injusto ganha status de justiça. O mínimo solidário é irrenunciável, é anexo à noção de pessoa.

Este mínimo percorre todos os pilares (FACHIN, 2003) do direito privado, das titularidades ao projeto parental, passando pelo trânsito jurídico.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

Para que se compreenda a maneira como Direito Constitucional e Direito Civil hoje interagem, é necessário que se faça, primeiramente, um breve esboço acerca da divisão (ou pseudo-divisão) do Direito em ramos ou fragmentos.

Os doutos (17), em manuais de iniciação aos saberes jurídicos, discorrem comumente sobre esta divisão, denotando existir uma face do Direito que se ocupa de avaliar as pretensões, dissensões e comunhões dos particulares entre si atuando em paridade (ao menos formal) – Direito Privado – e outro, que resguarda para si as atividades em que se tenha um ente que ocupa posição de *ius imperii* – Direito Público (18).

Como lembra Facchini Neto (2003, p. 13-14) (19),

uma tal distinção fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente através de duas passagens do Corpus Iuris Civilis [*Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, 1, 1, 2], onde se refere ao público como *quod ad statum rei romanae spectat*, e ao privado como *quod ad singulorum utilitatem*.

Assim também é a lição de Saldanha (1986, p. 13),

o desdobramento destes dois “momentos”, ou duas dimensões do viver – a pública e a privada – poderia ser rastreado no processo de estruturação social em cada uma das chamadas grandes culturas. Poderia inclusive ser vislumbrada (embora certamente sem maior nitidez) no próprio surgimento das estruturas e na institucionalização das práticas. Então teríamos uma série de subtemas, não sei se já aproveitados, para o antropólogo e para o filósofo da história. Teríamos uma variada série de conjeturas a explorar, algumas delas compatíveis com estudos históricos já feitos: por exemplo, a dualidade de cultos, um público e outro privado, tanto na antiga Grécia como em Roma, foi persuasivamente fixada na sempre notável *Cité Antique* de Fustel de Coulanges. Cultos distintos, embora solidários.

Esta diferenciação, às vezes acrescida de outros elementos, como o Direito Social (SILVA, 1998), sabe-se, contudo, fictícia (20), não demonstrando a realidade una e sistêmica do Direito. Note-se que a mesma não retrata a realidade, muito menos é de fácil percepção.

Mas esta diferenciação se mostra didaticamente necessária para a apreensão do fenômeno jurídico, pois, de sua ausência, resultaria complexa a avaliação das possibilidades surgidas a partir das intrincadas redes relacionais estabelecidas pelo Direito.

Seguindo esta linha, deve-se precisar o que, neste trabalho, se entende por público e privado. Assim, o critério que se utilizará para apartar estes campos será o da posição dos sujeitos. Com isto, vê-se que o Direito

Privado tem por fim proteger todas as relações em que os agentes atuam em caráter de igualdade (ao menos formal), e o Direito Público, por sua vez, fixa seu campo de atuação nas relações em que se encontra um dos sujeitos em posição de império, de prevalência.

Vale destacar que toda esta fragmentação não é de pleno aceite em doutrina, visto que o Direito Civil pode ser enquadrado como um ramo misto, reunindo características do Direito Público e do Direito Privado. É lição de Perlingieri (2002, p. 34, 55) que

o Direito Civil reapropria-se, por alguns aspectos e em renovadas formas, da sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos 'civis'. [...] O Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.

Dissenso à parte, verifica-se claramente, na mentalidade jurídica, um espaço reservado para cada um destes pólos; como se Privado e Público pudessem remanescer em câmaras estanques (21), como se a *summa divisio* fosse realmente possível. Um ledor engano, contudo escusado pela remissão histórica que se deve fazer para avaliar o comportamento destes dois ramos, que participaram, constantemente, de uma relação de mútua absorção.

A globalização econômica, único dos processos de interação mundial que se pode afirmar solidificado, representa o retorno às bases do Direito Privado como preeminência, como destaque sobre o qual as relações do Direito Público se agregam.

O Direito Privado recebe clara influência dos regramentos supremos da Constituição, de modo a se reverem as determinações infraconstitucionais sob o crivo da Carta Maior. Não há norma de escala inferior que se possa opor às determinações constitucionais. Ainda, mesmo que se

tenha uma total ausência de normas inferiores, nada obsta que venha a Constituição inflectir diretamente sobre a vida particular.

Necessária se apresenta pequena digressão sobre o assunto em tela, para que se avaliem as teorias que discutem o papel da carta maior em sua inter-relação com o Direito Civil. Pode-se, aproveitando lição de Perlingieri (2002, p. 10ss), apresentar quatro teorias, a saber:

a) Teoria da Constituição como limite – segundo esta visão, a Carta Maior seria apenas um limitador da ação legislativa, nada criando, nem mesmo servindo a uma função interpretativa. A Constituição seria meio instrumental subsidiário que se utilizaria apenas quando da limitação de uso de uma determinada norma legal. Se os ditames legais não ofendem a norma constitucional, esta não precisa ser invocada;

b) Teoria da relevância somente interpretativa – neste ponto, abandona-se a visão meramente limitativa, dando-se à formatação das regras constitucionais força de conteúdo interpretativo. Mas se não existe norma a ser aplicada, não existe função para a Carta Fundamental. Permanece, ainda, a concepção residual do Direito Constitucional, do que resulta um sub-aproveitamento do potencial existente na mesma;

c) Teoria da aplicabilidade indireta – ainda se encontra a teorização em um momento negativo face à Constituição, pois o que defende esta visão é a possibilidade de uma maior ênfase na função do Direito Constitucional, em que a interpretação se apresenta como aplicação, mas ainda necessitando de um regramento inferior, como se os princípios constitucionais necessitassem de normas para serem aplicados. O que se olvida é o fato de que “também os princípios são normas”;

d) Teoria da aplicabilidade direta – diante desta compreensão não há condicionante à aplicação das normas constitucionais sobre as relações privadas, visto que como as normas, mesmo as constitucionais, se apresentam com real e necessária concretude, não há (nem deve haver) qualquer impedimento à sua aplicação direta, sem intermediários de cunho infraconstitucional, sobre a relação estabelecida entre particulares.

Distante daqueles que ojerizam a possibilidade de que a atividade jurisdicional tenha um caráter criativo, não se pode mais tratar com descaso, sob pena de relegar ao inútil a tábua de valores insculpida na Constituição, toda a perspectiva social-democrática, solidarista e emancipacionista, por ela concebida.

Não se pode olvidar que um dos principais caminhos é o do solidarismo, ficando-se o princípio da solidariedade como base, ativa, modificativa e criadora do sistema jurídico pátrio. Solidário não é um adjetivo que se possa dar ao ser individual, ao ermitão. Solidário não se pode ser sem o convívio social.

A coesão, por sua vez, somente pode ser alcançada quando se promove o próximo pela ciência de que dele se necessita. Necessidade que não gera uma idéia egoística de utilitariedade, mas de colaboração, abdição do “um” pelo progresso e desenvolvimento do “todo”.

É esta coesão que possibilita o emaranhado de papéis sociais se revelarem um plexo lógico e estruturado. O rearranjo se faz necessário, os homens, por si só, não estabelecem vida social sem um nexos fundante, um ato essencial e premente que faz a magia do reconhecimento. Deixa-se de compreender o sistema como dotado de alteridade para se compor com o “eu” no “outro” o “todo”.

Resta patente que as normas constitucionais têm direta aplicação sobre o sistema jurídico subordinado. Mesmo mote, vê-se que tal aplicação pode ser melhorada e aperfeiçoada quando se faz uso de uma série de sub-princípios que concretizam os ditames gerais, dando ao caso concreto uma expectativa de solução justa e coerente.

Exemplo desta possibilidade está na boa-fé, que traz para o sistema obrigacional civil uma linha de fatores que possibilita uma melhor adequação do direito fundamental relacional da solidariedade, sem que o aplicador se perca em meandros ou discussões infundadas e infrutíferas.

Esta atividade parte da bifurcação da boa-fé em dois aspectos básicos, um lastreado pelas relações de apropriação, de conteúdo negativo, que visa a retirar a culpa do agente que procede em erro.

Outro, de conteúdo mais abrangente, quer vislumbrar no ser humano um ente complexo e que deve, em suas atividades de cooperação, respeitar o próximo, prestando-lhe auxílio, informação; tendo para com ele cuidado, respeito; estendendo-lhe a mão. A boa-fé, agora em seu espectro objetivo, fragmenta-se em três linhas estruturais, já amplamente discutidas em doutrina (mas aqui de grande valia), para facilitar o trabalho do intérprete e aplicador do Direito.

A primeira linha, de caráter básico, traça-se no plano da herme-

nêutica, determinando que qualquer intelecção da norma privada deve ser formatada e avaliada a partir do respeito.

Próximo momento, se espalha pela seara do exercício dos direitos, determinando que cada um deve, ao desejar fazer valer toda a gama preceptiva que o Direito lhe atribui, respeitar a proporcionalidade, evitando que seu ato, em diagramação desarrazoada, venha a prejudicar outras pessoas.

A última especialização se dá em vôo total, aplicando a todas as relações obrigacionais um conjunto de normas e deveres anexos ou secundários que, mesmo não constando diretamente da lei privada, regem as relações estabelecidas.

Tudo isso se tem para que as pessoas possam deixar de lado sua conduta egoística e passe a reconhecer no próximo um caminho de realizações e interações. Quando isto se der de maneira plena, fixada será a estrada do desenvolvimento pleno, dando ao ser humano a dignidade que os tratados e convenções internacionais tanto buscam proteger.

4 INTERAÇÕES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A construção inicia sua formatação, os verbos soltos se reúnem em oração. Desta feita, a solidariedade, o princípio que transforma o “eu” em “nós”, se apresenta em três grandes esferas: a da auto-aplicabilidade, a da co-participação em outros princípios e a manifestação indireta via cláusulas gerais.

O primeiro nível, em que a solidariedade se apresenta diretamente no sistema jurídico pode ser detectado através de leis ou microssistemas como o Estatuto do Idoso (BRASIL. Lei 10.741, 2003), os programas de renda mínima (que manifesta estrutura de solidarismo a partir do momento que visam, precipuamente, re-dividir e re-equilibrar renda). Nestes casos detecta-se uma aplicação direta do princípio da solidariedade sobre o conviver humano, determinando que se reconheça a existência do outro e se efetivem meios de garantia da existência com valores que os suportem.

Pode também a solidariedade servir de lastro teórico para outros princípios como se observa na dignidade da pessoa humana. É a solidariedade uma das bases que dão suporte à dignidade, determinando que, para se conceber tal princípio é mister haja um sistema de reconhecimento em

mão dupla (aquele que tem dignidade deve reconhecer a dignidade alheia).

Por fim, e no espectro que interessa a este trabalho, a solidariedade se manifesta sobre as relações sociais, através de outros sub-princípios ou cláusulas gerais, destacando-se um espectro endógeno e um exógeno, respectivamente, a boa-fé e a função social.

Partindo-se da última, vê-se que todos os sistemas jurídicos existentes sempre foram funcionalizados (22). Todo o Direito tem uma função, um fim. Não se concebe a estruturação de um sistema jurídico sem que isto se dê para a satisfação de um interesse, para a proteção de um ponto nevrálgico. O que se aprecia é o fato de que, sempre e a todo o momento, teve o Direito um fim, que o caracteriza. Seja proteger o Rei, a estrutura hierárquica de castas, o indivíduo, a coletividade etc. Como bem explica Perlingieri (2002, p. 106-107),

as situações subjetivas podem ser consideradas ainda sob dois aspectos: aquele funcional e aquele normativo ou regulamentar. O primeiro é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. O ordenamento italiano atribui a cada situação subjetiva uma função social. O fenômeno pode ser mais ou menos relevante; às vezes é tal que chega a transfigurar a situação subjetiva. Existem situações que “são” funções sociais, outras que “têm” função social. No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas - pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto - exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.

Nos dias atuais, com a problemática ambiental, a escassez de recursos naturais, a decadência do homem, o sistema jurídico voltou-se para a pessoa, enquanto ser inserto na sociedade, dando aos direitos subjetivos (e ao objetivo, por derivação) caracteres sociais.

Antes, a que se repugne a idéia de direitos absolutos, como pregam alguns em relação ao direito de propriedade romano, pouco se discutiu sobre o conteúdo plural dos direitos. No mais, se focava, quando dos direitos das obrigações, a perspectiva do credor ou do devedor, um pólo de valores positivos, dono do poder e da inflexão; outro, servil e submisso, nau a mercê dos poderes do titular do ativo creditício.

Esta visão, que se deve relegar à memória jurídica por referência, já se viu superada pela compreensão da obrigação enquanto processo, concepção esta defendida Clóvis do Couto e Silva. Serve a comparação de elemento definidor de uma mudança clara de vetor, uma alternância no paradigma central, do senhor-indivíduo ao cooperante-pessoa.

O credor, o contratante, deixa de ser ente abstrato para se tornarem seres concretos, viventes, o ser ético, engajado no social. Um ser que chora, que ri, se emociona. Vivencia cada instante como se o raiar do sol fosse o último; ser que reconhece e sabe que não existe apenas um caminho a ser trilhado, mas uma infinidade de saídas e percalços que lhe acentuam o maior valor, a possibilidade de erro. E isto aproxima o eu do nós.

Tem-se então um novo direito, reconcebido, relido, em que o todo importa e qualifica a parte; em que cada parcela significa muito para a construção da totalidade. Não um direito reducionista, em que cada um se perde no todo ou em que o todo deve se curvar à parte. Um direito ágil, ativo, que possibilita a manifestação da pessoa em sua completude, em seu máximo. A pessoa reproduz o quadro total, sem deixar perder sua especificidade, sem se reduzir ou se desqualificar.

É esta figura do próximo que se torna o centro em relação ao qual orbita o Direito. Não um próximo neutral, distante, abstrato, mas aquele que se reflete no "eu", aquele que também é o "eu". O próximo, o outro é figura múltipla, vários outros que importam a uma única relação obrigacional, gerando uma rede de obrigações, que validam o "eu", o "outro", o "nós".

Veja-se que destaque deve ser dado às redes contratuais, um fato comum nos dias de hoje em que se interligam contratos e contratantes entre si, de modo que cada um passe a influir diretamente sobre os

demais, mas em uma simbiose estruturada juridicamente, em que cada um precisa necessariamente do outro para alcançar seu objetivo, mesmo que do outro nem mesmo se tenha conhecimento. Exatamente, as redes contratuais são um bom exemplo da despersonalização-repersonalizante por que vem passando o Direito Civil obrigacional. Quando se contratava tinha-se certeza de quem seria o pólo contrário, complementar. Na atual conjuntura, não mais se tem plena certeza do que se contrata (haja vista os arts. 413 e 478 CC/02), nem muito menos com quem se contrata (como se nota no contrato com pessoa a declarar, arts. 467ss do CC/02).

Permite-se aqui um parêntese para que reste explicado o porquê de se falar em despersonalização-repersonalizante. Quando se alinham estruturalmente direitos e deveres, sem que se questionem “de quem” ou “para quem” pode-se promover uma maior interação daqueles que de outro modo não contratariam. Com a despersonalização o que se leva em consideração são as características da parte, não do sujeito por trás dela. A parte contratual pode absorver todas as necessidades do sujeito que lhe completa, e ainda, de modo flexível, adequar as possibilidades contratuais para a otimização da relação.

Este fantástico fenômeno que da atual perspectiva obrigacional possibilita problemas novos, que ainda são de pueril construção jurídica em suas respostas. Todos estes fatores criam um problema (que não é novo) que ganhou uma roupagem interessante no alvorecer do século 21: Como cuidar para que uma disposição atual possa estender sua aplicabilidade? Para que o afã se concretize, deve-se recorrer aos preceitos que não se manifestam no viver humano, mas nas interações, nas colisões sociais.

Sim, há preceitos do viver e preceitos do conviver. Vontade (desejo), vida, medo, e mais alguns poucos, são sentimentos e princípios em que basta, em suas formas básicas, o viver para que se manifestem.

Amar, respeitar, cuidar, proteger são, dentre muitos, valores que se conjugam no plural, no outro. Não se ama, sem que se necessite de outrem, não se respeita, se não o for a foco do terceiro (23). Viver não é o suficiente para ensinar ao indivíduo todos os valores possíveis, faz-se mister conviver, compreender, confiar, partir de alguém para se chegar a si mesmo.

Esta tábua de valores permite que se adeque a letra da lei ao mundo, às relações plúrimas que a cada momento se dão no universo social. A

relação estabelecida pelo Direito e pelos valores do conviver não é de fácil percepção, por sua gama complexa e o risco de se estabelecerem limites fluidos em excesso. Este risco pode refletir em simples falha técnica ou mesmo desembocar em um perigoso e instável plexo de soluções injustas.

Falha técnica se diz pelo problema de se confundirem as formas básicas da boa-fé, que secularmente vem sendo fragmentada em subjetiva e objetiva. Além disso, a concepção de que a boa-fé pode se apresentar como panacéia a todas as mazelas humanas também é preocupante. Veja-se por primeiro este ponto.

Antes de receber o qualificativo *bona*, a *fides* teve reflexo na sistemática romana de cunho transversal, até mesmo cruel. Assim, nas relações internas ao povo romano, a *fides-poder* compreendia o plexo de supremacia assegurada ao patrão em uma relação de clientela, ou mesmo a *fides-promessa*, em que uma pessoa era remetida à situação de *cliens* pela, v.g., *capitis deminutio* e em relações externas, com a submissão de um povo aos romanos, através da *deditio in fidem*. (por tudo, MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 59ss).

Note-se que a mera menção à idéia da *fides* não poderia presumir uma gama de atitudes como hoje se lhe imputa a doutrina. Pelo contrário, sabe-se bem que um termo pode variar sua inteligência de acordo com o qualificativo que lhe for atribuído.

Assim é que à *fides* romana se uniu, para determinar a exata noção de bem agir, de proceder em favor e não contra, de manejar condutas em prol de outrem, o qualificativo *bona*. Segundo Menezes Cordeiro (1997, p. 101),

A transição da *fides* descaracterizada, para uma expressão técnica verdadeira, com todas as suas implicações e, de certo, artificial, no sentido de uma obra humana voluntária. E foi uma criação hábil: escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a poder, confiança, garantia, respeito e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir. O Direito romano é pragmático, na

forma, tradicionalista: não se vislumbra a ocorrência de reformas terminológicas ou similares. O recurso a expedientes lingüísticos inventivos só pode ter advindo duma necessidade: a de nominar realidades novas, criadas de modo especial.

De outro lado, a fragmentação da boa-fé nos espectros objetivo e subjetivo é de suma importância para o desenrolar de toda a estrutura deste trabalho. Assim, como afirma Carnelutti (1955, p. 342-343),

la fórmula de la buena fe se usa en el lenguaje de la ciencia y de la legislación en dos sentido: objetivo y subjetivo, para indicar una regla de conducta, o bien una guía para la intención. En sentido objetivo está entendida, por ejemplo, en el art. 1.375 de Cód. civ., en el que al prescribir que 'el contrato debe ser cumplido según la buena fe' se quiere decir que en caso de duda el precepto contractual debe ser entendido en el sentido conforme al orden moral (por lo que el artículo citado es una repetición inútil del art. 1.366, que establece que 'el contrato debe ser interpretado según la buena fe'), y por ello cumplido en ese mismo sentido. [...]
A la buena fe en sentido subjetivo, en cambio, se refiere el Cód. civ. en buena cantidad de otros casos: así, por ejemplo, cuando se habla de enajenación (art. 535), de adquisición (art. 1.159), de plantaciones o de construcciones (art.936 e siguientes) de buena fe, es un modo de ser la intención del agente lo que se tiene en consideración).

A boa-fé subjetiva satisfaz um conceito individual, negativo, em que a mensuração se dá no plano psicológico, sem que se tenha qualquer imposição de maneira de agir. Resume-se ela a um plano de exclusão, em que se retira do indivíduo qualquer punição por fato de haver obrado em total ignorância da irregularidade do mesmo.

Desta feita, obedece ela a preceitos de tipicidade, só retirando a ilicitude de condutas que aceitem tal mecanismo, não tendo, na seara negocial, salvo raras aplicações da Teoria da Aparência, maior chance de interpretação e de aplicação.

Já a forma objetiva da boa-fé não se resume a meras apreciações negativas, mas sim a um conjunto de deveres que se especificam no trânsito social, mormente nas relações obrigacionais. A boa-fé objetiva é positiva e impositiva, determinando como se deve proceder em certos casos, tendo aplicação ampla e aberta, o que lhe dá uma formatação especial no sistema jurídico, possibilitando que várias situações existenciais possam ter as implicações deste instituto. É norma de conduta, é fator de necessária observação nas relações humanas.

Eis que tem a boa-fé objetiva base na idéia de respeito e cuidado, sigilo e atenção, informação e desvelo, conformando instrumento necessário para o controle da lógica feroz instaurada no mundo dos negócios, evitando o distanciamento do intérprete em relação ao que lhe circunda. Como se nota,

é justamente neste contexto que a compreensão da operatividade do princípio da boa-fé terá importância capital, por afastar esse danoso alheamento e introduzir um elemento de ponderação axiológica nas regras obrigacionais que instrumentalizam as relações de mercado, *locus* no qual se desenvolvem, privilegiadamente, as relações obrigacionais (MARTINS COSTA, 2003, p. 31).

Não apenas em suas bases são diversas a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Em conteúdo muito distante se encontram. A boa-fé subjetiva firma-se sobre a idéia de que o que foi feito assim seria também pelo homem padrão, por esta nefasta figura do *pater familias* que a tudo e todos reduz sob a forma do justo. Cria-se a forma, adequa-se o padrão e se espera que o ser em discussão aja conforme o pré-estabelecido. Condições pessoais são, na maioria das vezes, relegadas a plano inferior, fazendo com que o “caldeirão” do Direito receba medidas que são tão semelhantes quanto diversas.

A boa-fé objetiva, por sua vez, não trata de subjetivismo ou adequações internas, mas sim de linhas ou condutas que devem ser respeitadas, mas, se não o forem, deverá o intérprete mensurar o porquê de uma conduta assim.

5 O SEGUNDO PASSO – QUE SUCEDE O PRIMEIRO, MAS VAI ALÉM EM BUSCA DE CONCLUSÕES

Do que até aqui se viu, uma construção que acompanha a civilização moderna desde seu nascedouro no Lácio é a boa-fé. Conceber o que é bom e que trate as pessoas com equidade não é tarefa simples, muito menos tentar perceber algumas das implicações que daí surgem (24).

A ética do respeito pelo próximo é de alta complexidade, estabelecendo que o feixe de relações não se quebre, não se lacre, é perene e circular; o que se faz hoje, se recebe amanhã. Não basta querer, é preciso agir no melhor sentido possível para que se reconstrua a imagem do “eu” no “outro”. É esta a mola estrutural da boa-fé, que se apresenta como elemento fundante de uma sociedade realmente solidária.

Isto se demonstra na influência da boa-fé sobre o conceito de obrigação, visto que a busca pela compreensão do significado jurídico para o vínculo obrigacional passou por três momentos distintos, que podem ser resumidos através das concepções estática, dualista e totalista ou complexa (por tudo, MARTINS COSTA, 2000, p. 384ss).

A visão estática, que se firmava no vínculo jurídico, externo, alheio à própria obrigação compreendia que o instituto se resumia em uma ligação existente, no plano abstrato-jurídico, entre credor e devedor (*obligatio*). Mesmo a revisão estabelecida pelos germanos não se afastou deste conceito, daí não ser apresentada como uma nova concepção.

Um segundo momento deste caminhar se apresenta na famosa e, ainda hoje, retratada por alguns manuais de Direito Civil, compreensão dualística da obrigação, que migrou da periferia para o centro, fragmentando o conceito em dois grandes vetores, o débito (*Schuld*) e a responsabilidade ou dever de responder (*Haftung*). Esta concepção retrata grande avanço, principalmente ao possibilitar a perfeita compreensão de figuras essenciais do sistema de crédito como o fiador, mas ainda se resumia a uma análise bipolar da relação obrigacional.

Surge um terceiro apoio, no qual a obrigação deixa os pólos e se agrega em organismo, criando um veio de direitos e deveres, escoimando em preconceitos e reconhecendo que credor e devedor são condições virtuais, que cada um dos integrantes de uma relação jurídica tem direitos e deveres múltiplos, anexos (ou melhor, inexas) ou mesmo unidos

de modo definitivo ao sistema obrigacional, dos quais não lhes é dada oportunidade de furtarem-se à obediência.

Eis que se apresenta a boa-fé como a base concreta destes deveres e responsabilidades. É necessário, portanto, reler o lido, dando ao fundamento legal base que destacou a boa-fé no sistema jurídico pátrio, a interpretação que se tem por correta. Assim, sem que se parta de premissas sofismáticas, afirma-se que a cláusula geral (25) da boa-fé, apesar de aparentemente se apresentar ao mundo jurídico pelo art. 422 CC/02, na realidade ganhou vida a partir do art. 3º, I da CRFB/88 como demonstra Negreiros (2002, Capítulo IV).

Não se deve, ainda, tratar a boa-fé sob uma perspectiva geral e abstrata, que possibilite, em uma suposta medida exata, todas as soluções. Estas medidas são a ela complementares, especiais, externas. A boa-fé é um conceito restritivo, que deve ser usado na porção certa, para que, por overdose, não se suprima todo o sistema, deixando o mesmo em colapso.

Já conhecida é a parêmia legada ao universo jurídico por Cícero em que o máximo direito pode se apresentar como a máxima injustiça (*summum ius, summa iniuria*). Eis um dos pontos de destaque deste trabalho, qualquer noção ou conceito de boa-fé deve ser medido e comedido, de modo a abster-se de excesso. Do que se remete a pensadores que compreendem existir uma super-utilização (26) da mesma.

Advirta-se, contudo, que o excesso, desde que não se traduza em lugar comum, é importante para compreender o que realmente é e o que nada tem a ver com a concepção de boa-fé. A sua compreensão é empírica e, portanto, a tentativa e erro podem auxiliar no momento de se precisar o seu conteúdo. Define-se o *locus*, amplia-se a visão, aparam-se as arestas.

Chega-se a um ponto, um conteúdo material da boa-fé: respeito, integridade, confiança, cuidado. Eles, entretanto, não se fundamentam nos lindes de um Código (27) que pode, no máximo, experimentar momentos em que estes valores são ovacionados e elevados ao caráter de pré-definidores de condutas e móveis de hermenêutica.

Este movimento espiralado em busca de um novo centro axiológico que se apresenta como sendo a Carta Maior não é simples. Turbulento, agressivo, onde preceitos tomaram lugar de antigas convicções, e que deitaram de lado o indivíduo, trazendo à colação a pessoa (28).

A mudança maior de vetor é esta: latente, gramaticamente quase

imperceptível, mas que determina sobre toda a perspectiva civil um amálgama de lastro constitucional. Se de um lado o indivíduo é de per si passível de definição, a pessoa não pode flutuar no vazio jurídico sem reconhecer o outro, e nele se estabelecer.

O reconhecimento do outro, base da experiência solidarista deve ser apartado de concepções outras que não lhe reflitam o real alcance. Reconhecer não é aceitar, não se basta na idéia de compreender. É mais, é maior.

Reconhecer “é ser com o outro”, é saber que cada passo dado importa à esfera jurídica alheia, que cada momento do existir pessoal é validado junto do outro. O “outro” não é o complemento necessário para que se exista. Não existe eu sem o nós. Não se é sem o reconhecimento do todo. Complemento é algo externo, o outro faz parte do eu.

A esfera de influência da boa-fé sobre a relação jurídica é vasta devendo-se destacar cinco momentos: a prévia conformação de vontades, na fase das tratativas; o acordo genético que convola vontade em vínculo jurídico; a funcionalização da relação jurídica estabelecida; o momento do adimplemento; e, por fim, o transcorrer pós obrigacional.

Destaque-se que a formação e extinção da relação obrigacional foram estabelecidas como fases próprias visto que há vícios (29) ou fatores de ineficácia que hão de se manifestar exatamente nestes momentos.

A fusão de vontades, por densa que é, pode caracterizar de *per se stante* uma quebra original no vínculo, um defeito primário que cria imbricações ao longo de toda obrigação. Assim também o pagamento que, sem se cogitar sua natureza jurídica, traz relevante carga de problemas que devem ser apreciados independentemente do restante do universo obrigacional.

Explicado o motivo, veja-se o conteúdo:

a) antes de formar o vínculo jurídico obrigacional típico, nos momentos chamados tratativas prévias ou preliminares, a boa-fé pode manifestar sua influência por duas perspectivas: em uma ela interfere diretamente nos acordos preliminares, determinando o respeito à expectativa criada; em outra, ela se impregna e pode vir a surtir efeitos no futuro vínculo a se criar. A quebra de acordos prévios pode determinar-se a partir do desrespeito ao cuidado devido à outra parte. Mesmo mote, as informações mal prestadas neste momento vão influenciar diretamente sobre o futuro acordo, congenitamente ligado ao futuro da obrigação;

b) a formação da relação obrigacional, quer seja ela nascida *pro forma legem* (como nas obrigações formais e solenes ou nas reais) quer nascida no meandro de liberdade dada pelo legislador ao sujeito que se quer obrigar junto a outrem (nas obrigações consensuais), é momento essencial para se compreender toda a carga valorativa determinada pela boa-fé sobre o espectro obrigacional. A gênese obrigacional pode se alcançar de maneira perfeita, com os reais interesses das partes sendo respeitados ou, pelo contrário, mediante fraudes que permearão todo o concebido. O que é ainda pior, de tão arraigados os descumprimentos podem (lembre-se dos contratos leoninos) eivar de nulidade (ou anulabilidade) toda a relação;

c) formado o vínculo, estabelecida a relação, chega-se ao momento em que o fato nasceu e passou a se validar no mundo jurídico, retorna, produz (reproduz) efeitos novamente no mundo dos fatos. A funcionalização da relação obrigacional se especifica e passa a determinar mudanças concretas, além de aproximar, definitivamente, as partes da relação obrigacional. Disto resulta que o liame se fixa de maneira definitiva, do que se espera, ainda com maior ardor, respeito pela palavra dada. Não só, como também, um real cuidado com os interesses da outra parte, pois o que dantes era um estranho torna-se, agora, um parceiro;

d) chega-se a um momento crucial da relação, o momento para o qual existiu a relação mesma, o fim almejado pela relação obrigacional: o adimplemento. O que nasceu e se funcionalizou agora atinge seu clímax, com a satisfação final dos desejos de cada uma das partes. Neste ponto, em que se dará a realização da prestação obrigacional, pode ocorrer uma série de efeitos e contra-efeitos, dado que a entrega da coisa, a realização da obra, o dinheiro que pague podem ser maculados de grande vício, como exemplifica bem o caso lembrado pela doutrina e também pelo legislador do pagamento com bem alheio (art. 307 CC/02);

e) finda a relação, não se deve inferir automaticamente o fim dos direitos e deveres das partes, visto que, mesmo após tal instante situações podem ensejar a discussão e aplicação dos chamados deveres anexos e secundários à relação, quanto à sua eficácia pós obrigacional.

Do momento pré-acordo aos efeitos ultra dimensionais sobre a relação jurídica negocial, resta patente a influência da boa-fé, transladando o respeito (enquanto elemento metajurídico) para dentro das lindes do Direito.

6 PENSAMENTOS QUE CONCLUEM E LEVAM A REFLETIR NOVAS POSSIBILIDADES

À guisa de conclusão apresentam-se, sob a forma de tópicos, as principais discussões enfrentadas neste trabalho, assim como soluções que se apresentem plausíveis.

1) Direito Público e Direito Privado sempre caminharam lado a lado na evolução histórica do pensamento jurídico. Nesta caminhada, por vezes, o contato se demonstrou tão grande que nada mais se tinha que uma provisória absorção de um deles pelo outro. Desta absorção não havia nenhum a se desvencilhar ileso, pois algo de público restava no privado e algo de privado no público;

2) Em um momento posterior, em que se aproxima a humanidade da pós-modernidade, é patente que a absorção se apresenta como uma inter-relação, uma auto-compensação mútua, em que cada um dos ramos aproveita melhorias advindas do outro ou se aprimora. A necessidade de melhoria da estrutura legal se apresenta clara, solicitando uma maior abertura do sistema, donde se extrai a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais sobre as relações privadas;

3) Eis a missão que toca aos juristas e demais aplicadores do Direito: tornar e reconstruir o Direito Civil a partir dos ditames constitucionais sem que o mesmo se descaracterize ou, o que é pior, sem que a pessoa, norte maior para o sistema jurídico, seja reduzida a patamar menor, em que o capital lhe supere e lhe reserve o papel de mero objeto, serviente aos interesses econômicos;

4) O reconhecimento promana, na supremacia constitucional, do princípio da solidariedade, antes relegado ao plano das obrigações enquanto definidor de uma de suas espécies, revitalizou todo o plexo das relações humanas, determinando sobre o sistema deveres de cuidado e respeito;

5) O princípio da solidariedade fixa verdadeiro direito fundamental relacional, determinando a cada um o respeito e o reconhecimento do outro, convolvando o eu e o ele em uma comunidade, o nós;

6) A obrigação passa a transcender as partes que a formam, além de suplantando os direitos e deveres que a compõem. O princípio da solidariedade reflete seus efeitos diretamente sobre o sistema privado, o que não descaracteriza a importância dos arts. 421 e 422 CC/02;

7) Surge a boa-fé, com uma gama de interações e derivações que especificam a relação obrigacional, dando-lhe necessários ares de respeito, atenção, cuidado, sigilo, informação etc;

8) Com isto, vê-se que o Direito, nos tempos posteriores a 1988, em suas interações privadas ganhou um novo aspecto, um aspecto que suplanta o eu, que transcende o outro e passa a exigir sérias e complexas reflexões sobre o nós. É isto que se espera do novo sistema solidarista implantado: justiça, verdade, honra e lealdade;

9) A boa-fé objetiva se apresenta como um dever de conduta, uma determinação antes social (acolhida pela lei) de agir com zelo, atenção, respeito e dignidade do que um mero conceber subjetivo. Ela, contudo, só se pode realizar no pessoal, na esfera do subjetivo, enquanto absorvida e compreendida. Não pode funcionar como uma simples imposição, pois faz-se necessário que o ator social compreenda a importância de reconhecer o outro, incluindo-se e incluindo-o no nós;

Eis ideias, entregues à reflexão.

(1) Em relação ao comportamento correto, seguindo modelo proposto por Hart, veja-se Pattaro (1991, p. 152 *et seq.*).

(2) Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais de percepção da solidariedade social (FACHIN, 2003, p. 17).

(3) Em alusão à metáfora usada por Saldanha (1986, *passim*).

(4) Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a “coexistencialidade” (FACHIN, 2003, p. 221).

(5) Para um repensar da “biografia” do sujeito, veja-se Fachin (2003, p.108 *et seq.*) e Carvalho (1981, *passim*).

(6) A categoria do direito subjetivo traz em si esta noção de relativismo, como lembra Fachin (2003, p. 312), *em uma ótica renovada, a concepção de direito subjetivo supera a característica do absolutismo. A exceção se dá quanto ao direito potestativo, uma vez que, diante deste, a outra parte nada pode fazer, a não ser submeter-se. Os direitos subjetivos propriamente ditos, todavia, implicam um dever correspectivo.*

- (7) Veja-se Carvalho (1981, p. 10 et seq.), ao afirmar que a *“repersonalização” do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum parti-pris filosófico jusnaturalista ou “personalista” [...] do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso “com qualquer forma de liberalismo económico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico”, repor “o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação jure civile”, não apenas “como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação”.*
- (8) *Toda a ruptura directa da jurisprudência em direção à função social é necessariamente paga com a destruição dos sistema, com a reformulação dos conceitos* (WIEACKER, 2004, p. 627.)
- (9) Veja-se Wieacker (2004, p. 705 et seq.). Em complemento, Kant (2003, p.76-77) esclarece que *qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.*
- (10) Para tanto, tenha-se Morin (1998, p. 65 et seq.).
- (11) Como fundamento, busque-se em Jonas (1994, *passim*). Em destaque a afirmação do autor, à página 39, de que *a ignorância já não constitui álibi.*
- (12) Ver Farias (1998, p. 193) e Bodin de Moraes (in PEIXINHO, s.d., p.189).
- (13) *O Para-si, sozinho, é transcendente ao mundo, é o nada pelo qual há coisas. O outro, ao surgir, confere ao Para-si um ser-Em-si-no-meio-do-mundo, como coisa entre coisas* (SARTRE, 1997, p. 531).
- (14) Conforme Sarmiento (2004, p. 298), *o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídico-privadas não é incompatível com o chamado efeito de irradiação dos mesmos direitos, que os torna vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, [...], ao aplicar qualquer norma infraconstitucional a casos concretos, inclusive no campo das relações entre particulares, o Judiciário deve mirar os valores constitucionais, que têm no sistema de direitos fundamentais o seu eixo central, e no princípio da dignidade da pessoa humana o seu vértice. Caso não seja possível*

aplicar a norma ordinária existente em conformidade com os direitos fundamentais, deve o órgão jurisdicional exercer o controle incidental de constitucionalidade, para afastar o preceito viciado da resolução da questão, e, diante de eventual ausência de norma, solucionar o litígio através da invocação direta da Constituição. Assim também Canaris (2003, p. 223 *et seq.*), Fachin e Ruzyk (2003, p. 87 *et seq.*).

(15) Veja-se Perlingieri (2002, p. 122 *et seq.*) e Schreiber (2005, p. 104 *et seq.*).

(16) Analogamente, em relação à dignidade da pessoa humana, veja-se Sarlet (2004, p. 124 *et seq.*). A analogia se justifica por ser a solidariedade a base sobre a qual se constrói a dignidade, pois não há se pensar em dignidade sem solidariedade.

(17) Podem retratar a existência de normas jurídicas públicas e privadas (AMARAL, 2003, p. 7) ou a unidade do Direito, apesar de sua fragmentação didática (PEREIRA, 2004, p.14 *et seq.*).

(18) Oliveira Ascensão destaca a existência de três critérios diversos para se identificar o Direito Público ou vincular uma determinação relação jurídica a este ramo: o critério do interesse, o critério da qualidade dos sujeitos e o critério da posição dos sujeitos. Afirma o autor que a qualificação da relação não depende apenas do interesse ou da qualidade dos sujeitos, ato com que adota o critério da posição dos sujeitos, variando entre o *ius imperii* e a paridade. Deste critério também se aproveita o presente trabalho (por tudo, veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, 2005, p. 312 *et seq.*).

(19) Complementando a informação, extrai-se das Institutas de Justiniano o seguinte fragmento: §4º - Duas são as posições deste estudo: o público e o privado. Direito Público é o que se refere á República Romana; privado é o direito que versa interesses particulares. Deve-se dizer que o direito privado é tripartido, porque consta de preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito civil (JUSTINIANUS, 2000, p. 22).

(20) Sobre esta ficção, que não se encontra em todos os sistemas jurídicos, veja-se Carvalho (1981, p. 25 *et seq.*).

(21) *O direito público e o direito privado [...] constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios*

constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito (TEPEDINO, 2001, p. 3). Claro combate à dicotomização se vê em Ludwig (2002, p. 93), ao afirmar que *importa, isto sim, deixarmos claro que a categorização do direito público e do direito privado como duas esferas estanques, auto-excludentes, é justamente gerada pela perspectiva dicotômica que combatemos. Se quisermos estabelecer uma nova noção desses dois conceitos distintos, como queremos, será necessário superar essa visão radical*. Para uma visão global das grandes dicotomias correspondentes que surgem da separação entre público e privado, veja-se Silveira (2002, p. 22-53).

(22) *Duguit considera o 'direito objetivo' uma 'lei de fim', no sentido da realização da 'solidariedade social' (...) A idéia de fim não é uma finalidade externa a homem, Ela é imanente ao homem vivendo em sociedade, implicando um processo de exteriorização e de interiorização, pois 'o ato de vontade humana aparece como um movimento corporal que é produto de uma energia interna do sujeito, manifestando-se conscientemente no exterior em vista de um fim a ser atingido, e condicionando uma série de fatos inconscientes que se sucedem conforme uma certa lei* (FARIAS, 1998, p. 225-227).

(23) *Observe-se que nós julgamos as orientações de valor, bem como a autocompreensão das pessoas ou grupos baseada em valores, a partir de pontos de vista éticos, e julgamos os deveres, as normas e os mandamentos a partir de pontos de vista morais. Vejamos primeiro as questões éticas, que se colocam a partir da perspectiva da primeira pessoa. Do ponto de vista da primeira pessoa do plural elas visam ao ethos comum: trata-se de ver como nós, como membros de uma comunidade moral, nos entendemos a nós mesmos, quais serão os critérios segundo os quais deveremos orientar nossas vidas, o que é o melhor para nós, a longo prazo na visão do todo* (HABERMAS, 2004, p. 40).

(24) *Veja-se Couto e Silva (1997, p. 33 et seq.). Ferreira da Silva (2002, p. 36 et seq.); Negreiros (2002, p. 115); Importante destaque se dá ao excerto de Sacco (s.d., p. 3), ao afirmar, em vista do conceito de boa-fé, que *poichè il soggetto della trattazione viene scelto arbitrariamente, qualsiasi**

definição da buona e della mala fede può essere lecita, purchè non sai incongrua, e purchè non venga contraddetta in seguito col dare nome uguale a fatti, cose o norme diverse da quelli definiti. Perciò per buona fede si potrebbe intendere, per es.: la coscienza di agire da onest'uomo, o la volontà di non ledere altri, purchè poi la trattazione si occupi di tutti e soli i casi, in cui ha rilievo la coscienza di agire da onest'uomo, o la volontà di non ledere altri, comunque tale coscienza e volontà venga chiamata nei testi di legge, e sebbene negli stessi testi si parli di buona fede in sensi diversi. Em tradução livre: Como o assunto do tratado arbitrariamente escolhido, qualquer definição da boa-fé ou da má-fé pode ser permitida, contanto que você não seja incongruente, e que não seja contraditada em seguida por se dar nomes iguais a fatos, coisas ou normas diferentes dos definidos. Então por boa-fé se pode entender, por exemplo: a consciência de agir do homem honesto ou o desejo de não prejudicar outros, contanto que o tratamento se ocupe de todos e só os casos que tem relevo a consciência de agir do homem honesto, ou a vontade de não prejudicar a outrem, porém tal consciência e desejo é chamado nos tetos de lei, e embora nos mesmos textos se fale de boa-fé em sentidos diversos. Assim também em Westermann (1983, p. 44 *et seq.*).

(25) Para uma melhor compreensão do definição de cláusula geral, mormente a diferenciação deste em relação às definições de princípio e conceito indeterminado, veja-se Martins Costa (2000, p. 315 *et seq.*).

(26) Expressão esta de Schreiber (2005, p. 116 *et seq.*), *in verbis*: *Com esta expressão, superutilização da boa-fé objetiva, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções.*

(27) Em vista da experiência dos Códigos conceituais que o Brasil vem apresentando.

(28) Eis que em utopia se pode aguarda a migração definitiva da Constituição para o código (com letra minúscula no sentido de signo) funcional da pessoa, a subsunção de todo o sistema jurídico a um significante maior da repersonalização. Utopia, sonho, distante, mas perceptível.

(29) Como os vícios do consentimento e sociais, os problemas relativos ao pagamento e ao inadimplemento, a presença de modalidades no negócio jurídico.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659p.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 358 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. de Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa, PT: Fundação Calouste Gulbenkian., 1996. 302 p.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p. p. 223-243.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria General del Derecho**. Tradução Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 543 p.

CARVALHO, Orlando. **Para uma teoria da relação jurídica civil**: a teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites. Coimbra (PT): Centelha. 1981. v. 1.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252p. p. 33-58.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378p.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p. p. 87-104.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p. p. 11-60.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 307 p.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 287p.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 404p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

JONAS, Hans. **Ética, Medicina e técnica**. Trad. Antônio Fernando Cascais. Lisboa (PT): Passagens (Vega), 1994.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabattus. **Institutas do Imperador Justiniano**. Tradução José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 348 p.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. 335 p.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. 1.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Públicos e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861p.

MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 543 p.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra, (PT): Almedina, 1997. 1406 p.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 529 p.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 683p.

PATTARO, Enrico. **Elementos para una teoría del derecho**. Trad. Ignácio Ara Pinilla. Madrid: Debate, 1991. 311p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Trad.. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução do Direito Civil Constitucional. 2. ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369 p.

SACCO, Rodolfo, **La buona fede**: nelle teoria dei fatti giuridici di diritto privato. Turim (IT): G. Giappichelli, [s. d.]. 293p.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado publico da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986. 48 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 410p.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de Ontologia Fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. 782p.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 293p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861p. p. 22-53.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 577p.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão – Direito das obrigações – parte geral**. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1983. 211p.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa (PT): Calouste Gulbenkian, 2004. 768 p.