

## *Sobre o princípio da insolidariedade: Os cumes das montanhas e os universos submersos*

Judith Martins-Costa

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre - Brasil

### Resumo

O fenômeno jurídico não se resume aos dados lingüísticos da lei escrita: Grossi fala de um *universo submerso* de valores históricos que compõem o substrato do Direito, ao qual ele contrapõe os *cumes*, suas manifestações mais imediatamente visíveis. Müller descreve um processo de construção, em que a norma resulta da *combinação não-linear de elementos lingüísticos e não-lingüísticos*. O artigo 421 do Código Civil, ao determinar que a “liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social dos contratos”, introduz o *princípio da socialidade*, formal e igualitária. Ora, o Brasil guarda resquícios de uma sociedade *arcaica, patriarcal e escravocrata*, para a qual a solidariedade era desnecessária – na qual, em lugar da *civilidade*, abstrata e cooperativa, havia a *cordialidade*, individualista e desigual. Dois exemplos da *persistência* desse modelo são: *a fraude do segurado* e as ações visando impedir o *corte de energia elétrica* por falta de pagamento. Na verdade, a função social de que trata o artigo do Código não pretende limitar a *liberdade situada* do indivíduo que vive em sociedade (*bupsipolis*, na análise de *Antígona* feita por Castoriadis), e sim a *liberdade estritamente individualista* daquele

que se põe à margem – ou em oposição – à vida social (*apolis*). Oliveira Vianna aponta o individualismo engendrado pelo modelo patriarcal e escravocrata como uma ausência de solidariedade numa cultura que prescindia da vida em sociedade, pois o fazendeiro não precisava de um direito civil (como um direito da *civitas*, da vida civil, organizada em comunidade), a vida na fazenda tradicional não exigindo a associação entre vizinhos para fins de utilidade comum. Nesse modelo social, ainda presente na mentalidade do brasileiro, a *vontade particularista* tem primazia sobre o racionalmente apreensível e controlável republicaneamente: são estes elementos não-jurídicos (o *universo submerso* da insolidariedade) que devemos levar em conta no momento de pensarmos e interpretarmos os textos jurídicos (os *cumes*).

**Palavras-chave:** insolidariedade - processo de construção da norma - função social do contrato - socialidade - cordialidade - fraude do segurado - corte de energia elétrica - *hupsipolis* - *apolis* - liberdade situada - vontade particularista - sociedade patriarcal.

## Abstract

The juridical phenomenon amounts to far more than the merely linguistic data of written law: Grossi discusses the concept of a *submerged universe* of historical values which make up the substrata of Law, to which he ascribes the counterpart of *peaks*, that is, the Law's more immediately visible manifestations. Müller describes a process of construction, within which the norm is a result of a *non-linear combination of linguistic and non-linguistic elements*. Article 421 of the Brazilian Civil Code, stating that the “freedom of contract shall be enjoyed within the limits and as a consequence of the social function of contracts”, introduces the *principle of sociality*, which is formal and egalitarian. On the other hand, Brazil still presents traces of an earlier, *archaic, patriarchal society, based on slavery*, which deemed solidarity unnecessary and valued (individualistic, unequal) *cordiality*, not (abstract, cooperation-based) *civility*. Two examples of the resilience of this model can be found in insurance fraud and in lawsuits to prevent electricity contractors from refusing to provide electricity to clients who have failed to pay for these services. Actually, the social function mentioned in the Civil Code is not intended to limit the *localized freedom* of individuals who have

accepted to live within the rules of society (*hupsipolis*, according to an analysis of *Antigone* by Castoriadis), but rather *the strictly individualistic freedom* of those who have chosen to live apart from (or opposed to) the rules of social life (*apolis*). Oliveira Vianna points out that the individualism created by the patriarchal model based on slavery is tantamount to a complete absence of solidarity, in a culture that makes do without actually *needing to create life in society*, since a plantation owner did not need any kind of civil law (“civil”, here meaning “of the *civitas*”, community-oriented, pertaining to civil life), nor did life in a traditional plantation force neighbors to associate around common needs. In this social model, still present in the mentality of the Brazilian people, the *particularistic will* may be considered more important than the possibility of rational understanding and republican control. We should bear in mind these non-juridical elements (the *submerged universe* of insolidarity) when we think about juridical texts (the *peaks*) and their interpretation.

**Key words:** insolidarity - submerged universe - norm-building process - social function of contracts - sociality - cordiality - civility - insurance fraud - electricity cuts - *hupsipolis* - *apolis* - localized freedom - particularistic will - patriarchal society.

## Introdução

Ao indicar a sua maneira de compreender o fenômeno jurídico, Paolo Grossi, historiador do Direito, utilizou a metáfora dos cumes que afloram de um “*enorme universo sommerso di valori storici*”. O direito, disse ele, se manifesta através de um universo de signos que são os mil institutos da organização e da circulação jurídica, enorme universo de valores históricos que são, justamente, o substrato da mentalidade<sup>1</sup>.

A metáfora do historiador italiano soa-me adequada, por sua riqueza, para introduzir a ligação entre as reflexões que tenho feito a propósito da *diretriz da solidariedade* no Direito contratual brasileiro<sup>2</sup> com a teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller. Conquanto as diferenças de ideologia e de perspectiva que separam os dois estudiosos, também o teórico germânico rejeita a atitude parafrástica ao texto normativo, ambos voltando a atenção para o material de que é tecido o fenômeno jurídico. O olhar de Müller é, contudo, dirigido para a *engenharía* do fenômeno. Por isso, ao repensar as relações entre norma jurídica e realidade,

Müller induz a uma outra metáfora, qual seja a do “canteiro”, assim evocando o *canteiro de obras* onde cuidadosos artífices e anônimos operários remexem, combinam e estruturam os materiais de que é construída a normatividade<sup>3</sup>.

Segundo a conhecida proposição de Müller<sup>4</sup>, o texto normativo não contém imediatamente a norma, sendo essa *construída* pelo intérprete, por meio de um processo de concretização, que é produção de uma norma jurídica geral no quadro de solução de um determinado caso, entretecendo-se os elementos abstratos (de regra indicados no texto, legal, contratual ou costumeiro) com os dados da realidade. A norma jurídica é produzida não exclusivamente a partir dos elementos textuais, mas em sua complexa e absolutamente não-linear *combustão* (para usar metáfora química) com a realidade social subjacente, cabendo ao jurista trabalhar os dados textuais (dados lingüísticos, *Sprachdaten*) em sua articulação com os dados factuais, contextuais ou reais (*Realdaten*)<sup>5</sup>. Esses últimos constituem justamente os elementos empíricos que, como fatos naturais ou sociais, são primariamente não-lingüísticos<sup>6</sup>, mas que, entretanto, ali estão – por vezes evidentes, por outras, sorrateiros - no canteiro de obras do jurista.

É que o canteiro de obras do jurista é *complexo* e *situado*, operando no polimorfo *tempo* e nos concretos *espaços* geográficos, muito distantes do inefável *céu dos conceitos* que – conquanto ironizado, já lá se vai um século, por um outro conterrâneo de Müller – hoje, por vezes, se quer ver transplantado por osmose comparativista. Por isso mesmo, é preciso ter em conta, entre os “dados da realidade” (*Realdaten*), também aquilo que, vindo do enorme *universo submerso*, instala-se, imperceptivelmente, nas ferramentas do *operário-jurista*, dirigindo suas mãos e, perturbando ou direcionando – pelas evocações que suscita – a construção da normatividade.

A existência de uma “diretriz da socialidade nos contratos”, expressa no artigo 421 do Código Civil de 2002, apresenta-se como um privilegiado filtro para a análise desse direcionamento, que não é determinismo, mas percepção de signos, indicação de *possibilidades de sentido*. A significação não é inerente aos conceitos jurídicos dos textos de normas<sup>7</sup>, nem o “sentido” é um dado prévio e definitivo das frases; muito menos o texto da norma “contém” em si mesmo a normatividade, pois os textos “apenas dirigem e limitam as possibilidades legais e legítimas da concretização correta do direito no interior do quadro que traçam”<sup>8</sup>. Não havendo inerência às significações, as possibilidades de sentido devem ser

buscadas, também, nos universos submersos, o lócus onde se aloja a mentalidade, aquilo que, invisível a olho nu, se explicita, todavia, em práticas sociais reiteradas, consensos, formações mentais, permitindo compreender, tanto quanto o estudo de eventos coletivos e de ações individuais, o processo de formação e modificação do Direito<sup>9</sup>.

Creio que, na concreção do artigo 421 do Código Civil, teremos que olhar para o cume – isto é, o que aparece, o texto da norma. Mas devemos também voltar nossa atenção para aquele universo escondido, a base da montanha, onde está o “*princípio da insolidariedade*” detectado, nos inícios do século XX, por um pensador reacionário, racista, arianista, cheio de preconceitos de classe, mas, ainda assim, um fino “intérprete do Brasil”, Francisco José de Oliveira Vianna<sup>10</sup>. No caminho da base ao cume, transparece a construção feita nos desvãos da nossa mentalidade patriarcal e escravista, ajudando a compreender as possibilidades *reais* (e não meramente ideais) de sentido ao texto legal, aquelas que encontramos por aí, em nosso cotidiano entorno<sup>11</sup>.

## I) Os cumes

O individualismo não é a doutrina do indivíduo<sup>12</sup>, mas do indivíduo desconectado da comunidade. Não se passa do individualismo ao solidarismo social em um instante de tempo, em um tempo marcado pela promulgação da lei. Ao texto do artigo 421 do Código Civil, antecederam sutis percepções doutrinárias, uma legislação esparsa e alguns acórdãos isolados, indícios de uma alteração cultural que se vem muito lentamente processando em nossa paisagem civilista. Renitentes, penetrantes, as persistências são, todavia, mais expressivas.

### A) As persistências

**Caso 1: Corte de Energia elétrica.** Associações de consumidores e o Ministério Público têm ingressado com ações no Poder Judiciário para que se impeça o corte de energia elétrica por falta de pagamento. Alegam que a prestação de energia elétrica é “direito fundamental” dos consumidores, sendo “abusivo” o corte por falta de pagamento. Assim, no confronto entre o interesse patrimonial das concessionárias de energia elétrica, e o “interesse existencial” dos consumidores,

este último deve prevalecer.

**Caso 2:** Uma dissertação de mestrado que orientei, defendida no ano de 2003, autora, Tatiana Druck, título: “**O Contrato de Seguro e a Fraude do Segurado**”, constatou: dentre as causas do alto custo do seguro no Brasil, está a fraude do segurado. Segundo a pesquisadora, o fraudador de seguros é, majoritariamente, pessoa sem perfil criminoso típico<sup>13</sup>: são consumidores regulares que fraudam aqui e ali, de maneira mais oportunista do que rigorosamente premeditada, agindo num ambiente de *complacência social*, em especial no seguro-saúde, que representa 80% da fraude securitária. Entre as causas de fraude estão:

(i) A praxe estabelecida: omissão de informações sobre doenças pre-existentes, ou pedidos ao médico para que dê recibos falsos, ou ainda “atestados médicos” falsos.

(ii) Razões humanitárias: emprestar a carteira do seguro a um amigo doente, ou pedir ao médico que mude o nome da doença diagnosticada, para enquadrá-la num procedimento coberto pelo seguro.

(iii) A “jurisprudência sentimental”<sup>14</sup>, isto é, a prática crescente de juízes que ignoram os termos de um acordo para beneficiarem a parte mais fraca, muito embora o consumidor tenha aderido ao contrato devidamente informado sobre o seu conteúdo. Um levantamento do Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (Ipea), que ouviu 741 magistrados em 12 Estados, informa que 79% deles decidiriam pela quebra de um contrato para favorecer pessoas de baixa renda<sup>15 16</sup>.

(iv) A idéia do “Estado-pai” brasileiro, isto é: o Estado como chefe que provê, tutela os interesses dos particulares, concede benefícios, distribui mercês, sem atenção à impessoalidade das normas que só existem para “inglês ver”<sup>16</sup>.

Enquanto, na vida real, vivenciamos esse cenário, os juristas discutem o texto do artigo 421 do Código Civil.

## B) O texto

O texto do artigo 421 – que inaugura a regulação dos contratos – enuncia: “A liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social dos contratos”. Consideram os autores que o texto introduz, no Direito Contratual, o *princípio da socialidade*<sup>17</sup>, expressão da diretriz da solidariedade social que está no artigo 3º, III, da Constituição Federal.

A discussão entre os juristas tem dois focos. Primeiramente, como se trata de um texto inovador (não existia no Código Civil revogado em 2003 e não tem

semelhanças com nenhum outro texto legal estrangeiro), nem a tradição nem o Direito comparado podem ser de valia. Em segundo lugar – e esse é o viés que interessa para os fins aqui discutidos – um grupo de professores quer expurgar do texto a expressão “em razão de”. Alegam que, por essa expressão, “a liberdade humana fica comprometida”<sup>18</sup>.

Tenho me oposto a essa concepção. Em comentário sobre o assunto<sup>19</sup> tentei conectar as duas idéias-força do artigo 421 – liberdade de contratar e função social do contrato – valendo-me de Sófocles, na leitura de *Castoriadis* – pela idéia de *liberdade situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar *onde imperam as leis civis*, aí – e só aí – se tecendo as tramas da cooperação intersubjetiva, da solidariedade social como “instituição” jurídica da socialidade.

Na interpretação de *Castoriadis*<sup>20</sup>, *Antígona* – a peça – nos ensina que o homem caminha para o bem quando consegue entretecer as leis de sua cidade com a justiça dos deuses. Só então o homem se torna *hupsípolis*, isto é, “grande na cidade”, “sublime como membro de uma comunidade politicamente organizada”, em oposição ao *apolis*, o que sai da sua comunidade.

No país do latifúndio e da escravidão – nossas mais fundas e persistentes raízes –, somos todos *apolis*. O que tece uma comunidade é a solidariedade voluntária, a mutuação em prol de interesses supra-pessoais, a existência de laços de cooperação e de mútua confiança que subjazem à busca de uma *utilidade comum*. A solidariedade voluntária está na raiz das leis, no fulcro da palavra grega *nomos*, vinda de *nemein*, que significa distribuir, possuir (o que foi distribuído), habitar<sup>21</sup>. Tanto quanto as leis, os laços de cooperação e a *fides* (confiança no outro, no co-partícipe da vivência comunitária) formam a ambiência na qual são pensáveis os contratos, discernindo a *relação contratual* da *relação de bando*<sup>22</sup>. Quando, porém, às raízes anti-solidárias se junta (por força da ideologia pós-modernista, veiculada pela globalização cultural) uma concepção tocquevilleana da liberdade, atomizada do coletivo<sup>23</sup>, a insolidariedade pode ser completa.

## II) Os universos submersos

Na terra dos paradoxos<sup>24</sup>, a distância não é garantia de impessoalidade, a modernidade atua integrada ao esquema da autoridade tradicional<sup>25</sup>, o particularismo é um elemento muito forte do sistema, meios e fins, leis e pessoas

estando cindidas por uma “profunda divisão de raiz” que impede o pacto para honrar as regras e os espaços cívicos<sup>26</sup>. A ausência de espaços cívicos como *realidade mental*, e não meramente física, pode ser o resultado do espaço colonial ainda pesado, o latifúndio do café e do açúcar que não permite, ainda hoje, em pleno século XXI, entender o Brasil como um país moderno, orientado para o contrato<sup>27</sup>. Cientes de que, em nossa História, as continuidades são mais fundas que as rupturas<sup>28</sup>, sigamos a pista de Oliveira Vianna em busca das raízes sobre as quais construímos nossas auto-imagens coletivas, tentando entender por que a concreção pode funcionar, aqui, como “termo abstrato”, como uma “generalidade para-sociológica”<sup>29</sup>, cuja valência é de alegoria.

### A) A “insolidariedade completa”

Estudando nossa formação – e colocando, em seu núcleo, o domínio rural do café e do açúcar – diz-nos Oliveira Vianna: “a insolidariedade é completa”<sup>30</sup>. O latifúndio é um átomo, uma mônada. Isolado em sua propriedade rural, unidade autárquica e autônoma, o fazendeiro não precisa de leis e não tem, sequer, a necessidade de estabelecer contratos<sup>31</sup>. “Cada núcleo fazendeiro é um microcosmo social, um pequeno organismo coletivo, com aptidões cabais para uma vida isolada e autônoma”<sup>32</sup>. Apenas nas regiões dos pampas do sul e das caatingas do norte, onde domina o pastoreio, “assinalam-se alguns rudimentos de solidariedade e cooperação”, nos trabalhos de rodeios e das vaquejadas, atividades que ampliam “o campo da solidariedade social para um pouco além do núcleo familiar”, percebendo-se, então aí, “formas de cooperação vicinal efetiva”<sup>33</sup>.

No resto – nas zonas agrícolas do Sudeste, do Centro e do Nordeste – “não se descobre nenhum traço de associação entre vizinhos para fins de utilidade comum”<sup>34</sup>. A cooperação voluntária, base que possibilita o respeito aos contratos, que torna pensável uma circulação da riqueza fundada na utilidade e na justiça<sup>35</sup>, “não é absolutamente necessária à alta classe rural”, pois o latifúndio, a fazenda, “dispensa a cooperação”, sendo capaz de “por si só, procurar os seus interesses, como o é de organizar a sua defesa”<sup>36</sup> e prover a sua viabilidade econômica<sup>37</sup>.

Em quatro séculos de história – diz ainda Oliveira Vianna –, “nem um só sequer” dos fatores que, nas sociedades européias, exerceram função integralizadora do tecido social se fez aqui presente. Mais recentemente, outro



historiador, Stuart B. Schwartz confirma, em riquíssima pesquisa acerca da magistratura colonial, o entroncamento da teia de relações interpessoais primárias, baseadas em interesse ou em parentesco, no sistema formal da administração, levando a Câmara de Salvador a registrar, já em 1676, os “laços de parentesco e amizade [que] pervertem o necessário desinteresse”<sup>38</sup>. Esses mesmos laços tecem as tramas dos clãs, de modo que em nossa História, afirma Viana, os clãs rurais se conservam, “desde o primeiro século, no seu insulamento inicial, oriundo do regime dos grandes domínios independentes”<sup>39</sup>. Nada ocorre em nossa história, “geral ou local, que force os senhores de engenhos e cafezais, isto é, os grandes chefes de clãs rurais, à prática prolongada da cooperação e da solidariedade”<sup>40</sup>.

Nosso “individualismo troglodítico” (a expressão é de Oliveira Vianna<sup>41</sup>) faz com que até mesmo o sentimento de simpatia para com os nossos semelhantes – condição elementar da sociabilidade – seja, ainda hoje, “um produto precário” fora do clã, do grupo ou da família. Conhecemos a “solidariedade no câncer”<sup>42</sup>, mas é escassa a nossa “solidariedade das admirações”, aquela que aparece “na vitória e na felicidade, no bem estar e na riqueza”, então sendo importante para a vida social<sup>43</sup>. A solidariedade subjetiva está circunscrita ao “pequeno âmbito dos sentimentos intra-familiares”, está reduzida “a quase pura solidariedade familiar”<sup>44</sup>, afasta da própria condição humana, identidade primeira da solidariedade – e, assim, se condena a si mesma –, um inteiro segmento de humanos, pela cor<sup>45</sup>.

Desabituaado a *compartilhar* – sequer para o seu consumo, sequer para levar aos centros consumidores a produção do domínio<sup>46</sup> – o fazendeiro, nosso *Erzatz* de antanho, por vezes concede mercês. Pode ser (e freqüentemente o é) um *homem cordial*, mas desconhece os fios de que são entretecidas as redes conformadoras da *civitas* – as leis e os contratos.

Vigorando a insocialidade, o que seria a socialidade se transverte em *cordialidade*, expressão que vem usada por Sérgio Buarque de Holanda<sup>47</sup> para marcar uma fundamental ambivalência: de um lado, *relações de simpatia*, que nascem do coração, formas aparentemente afetivas, afinidades que nascem de grupos primários, como a família; de outro – mas conectado ao primeiro sentido, como seu reverso necessário – a superficialidade, a impossibilidade de se manter, na *polis*, *relações de polidez*, pois essas relações não nascem do coração, mas do *pensamento*. A ausência da formalidade impessoal impossibilita a relação igualitária, pois a informalidade cordial é discriminatória como desiguais são (e devem ser) os afetos<sup>48</sup>.

## B) A lógica das “vontades particularizadas”

Se somos – e se continuamos – sob o signo do *princípio da insocialidade*, é porque, como observa Buarque de Holanda, “o Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas *vontades particularistas*, de que a família é o melhor exemplo”<sup>49</sup>.

Noto, nessa passagem de Buarque de Holanda, uma expressão tão iluminante para a compreensão do debate acerca do artigo 421 do Código Civil, como é a palavra “insocialidade”, utilizada por Oliveira Vianna. Nos círculos primários, pré-comunitários, como a família, a *vontade é particularista*, está dissociada do “lugar comum a todos”, da comunidade, do espaço das relações de cooperação que fazem possíveis os contratos. A vontade é desejo, ou arbítrio, e não imposição da razão, kantianamente compreendida. O caminho que se abre é o lócus privilegiado para o nascimento de “uma figura monadária do ser humano, para o qual a ação recíproca com o próximo, o que define o pertencer a uma comunidade, tende a se tornar rigorosamente estranha à sua auto-afirmação”<sup>50</sup>.

Aqui percebo mais uma faceta do nosso paradoxo: como mostrou Braudel, há, no tempo histórico, *diversas temporalidades*, momentos de duração absolutamente não-lineares, mas sobrepostos, interpolados<sup>51</sup>: o tempo dos *événements*, o das conjunturas e o das persistentes estruturas mentais, isto é, das *mentalités*<sup>52</sup>, do que permanece como não-dito, como o imperceptível que conforma nossa *forma mentis*, nosso modo autômato<sup>53</sup> de estar no mundo. E é justamente o Direito Civil (que rege os contratos, as obrigações para com os outros, as relações familiares e as relações proprietárias) o espaço privilegiado das mentalidades<sup>54</sup>, que explica a *permanência, ainda hoje*, – ainda que esmaecido, no Brasil, o mundo rural, pela emergência da urbe caótica e globalizada – da *mentalidade do latifúndio*. Cordial e insocial, coloquial e informal, essa mentalidade *pré-moderna* vem, agora, revestida pelo culto pós-moderno à individualidade atomizada<sup>55</sup>, com o que, *ainda como ideal*, o sujeito *civil* (ao qual correspondia uma esfera de deveres, no sentido kantiano) é substituído pelo sujeito *narcisista*<sup>56</sup>, emancipado de todo o enquadramento normativo pré-jurídico, seja ele de natureza cultural, política ou ideológica<sup>57</sup>.

Nossa *forma mentis*, estruturada, concomitantemente, sobre a forte insocialidade das relações proprietárias de latifúndio, e a débil socialidade primária da ambiência intra-familiar, não traz, para o Direito dos contratos,

a lógica moderna, a das trocas igualitárias – racional, e, portanto, *racionalmente apreensível e controlável republicanamente*. Pelo contrário, encontra-se aí entranhada a *lógica das vontades particularizadas*, próprias do espaço intra-familiar, espaço da diferença, do que não é racionalmente apreensível e controlável. Por isso, disse Pontes de Miranda, em 1928, serem características do direito brasileiro “a tolerância, a afetividade, cercadas, porém, de sugestões patriarcais e capitalistas”<sup>58</sup>, a “benevolência jurídica, o exagerado afetivismo”<sup>59</sup>, o “sentimentalismo”<sup>60</sup> que o fazem “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, das classes”<sup>61</sup>, e assim tornado “pela formação americana do sentimento” e por “restos do indiferentismo jurídico da economia escrava”<sup>62</sup>.

Pelos restos do nosso “indiferentismo jurídico” insocial e insolidário, que permanecem nas estruturas mentais, disfarçadas e sorradeiras, hoje continuamos discutir sobre o artigo 421, como num diálogo de surdos, ora imputando ao “social” o corte de uma liberdade atomizada, ora recaindo no *impressionismo equitativo*<sup>63</sup> que, divorciado da possibilidade de uma elaboração dogmática, é a nova face da ameaça voluntarista ao controle democrático das decisões jurídicas.

Pela *lógica das vontades particularizadas*, esfacela-se a dialética público/privado, pois essa é a lógica dos bandos, sendo o bando, “essencialmente, o poder de remeter algo a si mesmo”<sup>64</sup>. Na relação privado/privados, a comunidade identifica-se com a massa de singularidades atomísticas, e o que é direito/dever transmuta-se em *mercê*. Opõe-se a liberdade de contratar à função social dos contratos, quando não se consegue ver que aí está uma liberdade só pensável na ambiência comunitária, *espaço do pensamento*, da alteridade reconhecida e respeitada como tal – não afastada, ignorada ou assimilada –, da razão que organiza segundo escalas de valoração genéricas e impessoais e, portanto, campo de atuação de uma *autonomia solidária*<sup>65</sup>.

## Conclusão

Nossa história, a tecelã da mentalidade, desenvolveu-se sob o signo da insocialidade, do atomismo, da desagregação, da visão do direito de cada um como um “direito contra todos”, da percepção da coisa pública não como “*res omnium*”, mas como “*res nullius*”, da vontade como particularidade do arbítrio. *Faltou-nos a comunidade*, expurgada que foi pela “ação simplificadora do grande domínio rural”<sup>66</sup>, sobrando-nos a persistência da lógica latifundiária e doméstica, lógica

das *vontades particularistas*, que torna ambíguos os próprios signos lingüísticos do artigo 421, “liberdade de contratar” e “função social do contrato”. Daí que, em nossa antropologia, o próprio Direito – signo aparente de valores históricos – foi vontade particularista (do rei, do dono de terras), e não dimensão da socialidade, fruto da comunidade que se reconhece e auto-ordena<sup>67</sup>.

A vontade particularista impede de compreender que há, nos contratos, uma função social que integra, *constitutivamente*<sup>68</sup>, o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual), sendo mesmo o seu fundamento, pois toda e qualquer relação contratual – se desenvolvendo na *civitas* – possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, relacionando as partes entre si; outra, *trans-subjetiva*, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados<sup>69</sup>.

Dominados pela *vontade particularista*, não conseguimos enxergar que, no contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, não há um feixe de direitos atomísticos a serem exercitados *contra* alguém, mas, verdadeiramente, um conjunto de interesses a serem exercitados *com* os outros. Não conseguimos alcançar que, por detrás de cada pequena fraude cotidiana em nosso plano de saúde, não estamos ferindo meramente o interesse da seguradora, pois o que se trata é de interesses supra-individuais, isto é, comunitários<sup>70</sup>, e não de uma soma aritmética de “individualidades”. Portanto, a cada consumidor que não paga, descumprindo o pactuado, a cada mercê concedida para além do pactuado, a cada fraude, o prejuízo é de todos<sup>71</sup>.

Conhecemos, nós juristas, os textos, isto é, os cumes. Porém se a normatividade não resulta de *per se* dos textos, sendo (também) produzida por “dados extralingüísticos de tipo estatal-social”<sup>72</sup> é rigorosamente imprescindível, para *concretizar*, ter em mente a existência da imensidão do universo submerso, mantendo em nosso horizonte o quadro modelar da realidade social “que geralmente não aparece no texto da norma”. Os elementos não-jurídicos estão, pois, presentes como verdadeiros *presupostos* pré-normativos, cabendo à ciência jurídica não afastá-los nem simplificá-los, mas, dialogando com a História, compreendê-los, distingui-los e “expô-los sem falseamento e embelezamento em termos de método”<sup>74</sup>.

Só assim – ao conhecermos a enormidade submersa da nossa insocialidade – possamos, talvez, trabalhá-la metodologicamente, com vistas à nossa práxis

jurídica, ao controle de sua racionalidade e da correção das decisões a serem tomadas. Só assim, talvez, possamos deixar de ser *apolís* e, clareando a ambigüidade que se esconde por detrás das formas jurídicas, dar nitidez moderna, enfim, ao princípio da socialidade.

## Notas

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 1995. p. 6.

<sup>2</sup> Especificamente nas palestras “A dupla perspectiva da função social do contrato”. I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado: **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, setembro de 2004; e “Sobre o princípio da insocialidade”. Colóquio nacional: **A Cordialidade – A Crítica da Ambigüidade na Cultura, na Política e no Cotidiano**. Porto Alegre: UERGS, Departamento de Filosofia da UFRGS e Memorial do Rio Grande do Sul, Julho de 2005. Igualmente, como orientadora do projeto de pesquisa **A doutrina italiana e a socialização do direito civil: a formação de uma nova mentalidade – análise voltada ao Direito das Obrigações**. Bolsista: Lourenço Floriani Orlandini. Projeto integrante do Grupo de Pesquisa **Direito privado: um espaço de mentalidades**. Porto Alegre: Salão de Iniciação Científica da UFRGS, 2004. E nos textos: “Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis – a boa-fé nas relações de consumo”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 611-661; “Notas sobre o Princípio da Função Social dos Contratos”. Revista Literária de Direito. São Paulo: Ano X, n. 53, Agosto-Setembro de 2004. pp.17-21; e “Reflexões sobre a função social dos contratos”. Revista DireitoGV. São Paulo: n. 1, vol. 1, Maio de 2005. pp.41-66.

<sup>3</sup> Trata-se, diz Müller, de um *trabalho*, na acepção da economia política, isto é, de um *trabalho* no sentido econômico ou produtivo do termo. Não se trata, porém, de um trabalho de *extração* ou *escavação* de um sentido inato ou pré-existente, como se a norma estivesse de *per se* contida no texto, bastando ao intérprete, “à força de atenção” (como queria Leibniz) descobrir o seu “sentido e alcance”. Trata-se, diversamente, de construir a norma (resultado, e não “ponto de partida” da interpretação) a partir

de um trabalho sobre os textos e seus dados lingüísticos, entretecendo-os com o trabalho sobre os dados factuais. (v. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Tradução francesa de Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993. p. 43. A referência que faço a Leibniz refere-se a uma passagem de **Nouveaux essais sur l'entendement humain par l'Auteur du Système de l'Harmonie Préétablie**, que li na tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1992. p. 5).

<sup>4</sup> Veja-se a primeira apresentação que Müller faz da sua idéia de “concretização” (op. cit., p. 45).

<sup>5</sup> MÜLLER, Friedrich. op. cit., p. 44.

<sup>6</sup> No sentido de não serem primariamente expressos lingüisticamente, cf. MÜLLER, Friedrich. op. cit., pp. 44-45.

<sup>7</sup> MÜLLER, Friedrich. op. cit., p.177.

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> O progresso da metodologia jurídica, disse Müller, perpassa pela compreensão das *especificidades* dos “grandes domínios jurídicos” (op. cit., p. 30). A especificidade do Direito Civil é o seu radical aferrolhamento aos dados culturais de base. Menos sujeito ao “acontecimento” e mais à “mentalidade”, observa-se, nesse campo, a mais ou menos lenta construção de positividades jurídicas, podendo, assim, o estudo das mentalidades auxiliar para que melhor se perceba o papel das ações sociais, consensos e repetições na formação e modificação da experiência jurídica civil.

<sup>10</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. pp. 229 e ss. O primeiro volume foi publicado em 1920, por Monteiro Lobato. A expressão “intérpretes do Brasil” vem da excelente coleção organizada por Silviano Santiago (**Intérpretes do Brasil**. 3 volumes. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002), que, aliás, contém o citado estudo de Oliveira Vianna, com texto introdutório de José Murilo de Carvalho (Volume 1. pp. 899-917).

<sup>11</sup> Lembro a observação de Schwarz, ao perceber que a nossa realidade sociológica não pára de colocar lado a lado “os traços burguês e pré-burguês, em configurações incontáveis”, de modo que, “até hoje, não há como sair de casa sem dar com elas”. (SCHWARZ, Roberto. “A carroça, o bonde e o poeta modernista”. In: **Que horas são?** – ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 13.)

<sup>12</sup> Sobre as conotações que cercam no Brasil a palavra “indivíduo”, vide a interpretação de DAMATTA, Roberto. “Indivíduos e Pessoas”. Ora em **Torre de Babel – ensaios**,

crônicas, críticas, interpretações e fantasias. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p.51.

<sup>13</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. **O Contrato de Seguro e a Fraude do Segurado**. Porto Alegre: PPGD/UFRGS, 2003. p. 126.

<sup>14</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. op. cit., pp. 133-6.

<sup>15</sup> Fonte: **Revista Amanhã**. Edição 203, Setembro de 2004. Disponível em: <[http://amanha.terra.com.br/edicoes/203/capa\\_01.asp](http://amanha.terra.com.br/edicoes/203/capa_01.asp)>.

<sup>16</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. op. cit., p. 136.

<sup>17</sup> Segundo Miguel REALE, o presidente da Comissão Elaboradora do Código, a socialidade é uma das “diretrizes teóricas” do novo Código Civil. REALE, Miguel. “Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil”. In: **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.9.

<sup>18</sup> O chamado “Projeto Fiúza”, que apresentou alterações à redação do Código Civil, propõe: “Artigo 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. E explicita, *in verbis*, a justificativa ao Projeto de Lei 6960/2002: “a alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, objetiva inicialmente substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também se procedeu à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”.

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões Sobre O Princípio da Função Social dos Contratos”. In: Revista DireitoGV. São Paulo: n. 1, vol. 1, Maio de 2005. pp.41-66.

<sup>20</sup> CASTORIADIS, C. “Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles”. In: **Figuras do Pensável – As encruzilhadas do labirinto**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. Por isso, diz Castoriadis, o tema real da tragédia não é nem a luta entre Antígona e Creonte, nem a contradição entre moral e razão do Estado, muito menos a oposição do indivíduo ao Estado (interpretações modernas, plenas de anacronismos), mas a razão pela qual tanto Antígona quanto Creonte se tornaram *apolis*. Não pode haver cidade (*polis*, comunidade) sem leis próprias, nem a comunidade pode ser reduzida ao *nomos phronein*. No confronto entre um e outro está, pois, “o problema último do homem autônomo: a autolimitação do indivíduo e da comunidade política” (pp. 35-8).

<sup>21</sup> Observa Hannah ARENDT: A combinação de lei e de uma espécie de “muro” na palavra *nomos* é bem evidente num fragmento de Heráclito: “*machestai chre ton demon hyper tou nomou bokosper teichos*”, ou “o povo deve lutar pela lei como por um muro” (**A condição humana**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 73, nota 61).

<sup>22</sup> Acerca da díade hobbesiana contrato/bando, vide a observação percuciente de AGAMBEN, G. **Homo sacer – o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002. p. 116.

<sup>23</sup> Para essa problemática, vide RENAULT, Alain. **O Indivíduo – reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1995. pp. 25 e ss.

<sup>24</sup> A idéia de “paradoxo” é reiteradamente trabalhada na interpretação dos Brasil pelos historiadores e cientistas sociais, refletindo em expressões tais como os “dois Brasis”, ou “Belíndia”.

<sup>25</sup> SCHWARZ, Roberto. “A carroça, o bonde e o poeta modernista”. In: **Que horas são? – ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 17.

<sup>26</sup> As últimas expressões entre aspas são de DA MATTA, Roberto. “Um denominador comum”. In: **Torre de Babel – ensaios, crônicas, críticas, interpretações e fantasias**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p.45.

<sup>27</sup> Acerca dos nossos “desencontros de formações de temporalidades tão distintos”, a ponto de se terem tornado “dramáticos, provocando a sensação de desmobilização, de derrapagem permanente, de eterno recomeço” e de “inatualidade”, vide MOTA, Carlos Guilherme. **Viagem Incompleta. Formação: histórias. A Experiência Brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 1999. As expressões entre aspas estão na “Introdução”, pp. 16-7.

<sup>28</sup> Assim referi, especificamente em relação à história da codificação do Direito Civil brasileiro em MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 265. Quanto à história geral, observa Mota ser “nossa formação” um processo “mais marcado por continuidades do que por rupturas significativas” (MOTA, Carlos Guilherme. **Viagem Incompleta. Formação: histórias. A Experiência Brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 1999. p. 23).

<sup>29</sup> SCHWARZ, Roberto. “A carroça, o bonde e o poeta modernista”. In: **Que horas são? – ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 19.



<sup>30</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 231.

<sup>31</sup> Observa Mota, ao referir o “peso do passado colonial” nos “impedimentos e resistências aos esforços para se constituir a *nova sociedade civil* democrática”: “Nesta terra, as estruturas político-administrativas, os quadros mentais e culturais aprimorados nos períodos imperial e republicano parecem reforçar o peso conservador e específico dessa história, mais que oferecer elementos para o arranque em direção à contemporaneidade” (MOTA, Carlos Guilherme. **Viagem Incompleta. Formação: histórias. A Experiência Brasileira (1500-2000)**. São Paulo: Senac, 1999. As expressões entre aspas estão na “Introdução”, p.18.).

<sup>32</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 239.

<sup>33</sup> Id. Ibid. Escreveram William Ogburn e Meyer Nimkof: “quando os homens trabalham juntos, tendo em vista um objetivo comum, seu comportamento é chamado cooperação. Quando lutam um contra o outro, a conduta é chamada oposição” (OGBURN, W. F., e NIMKOFF, M.F. “Cooperação, competição e conflito”. In: CARDOSO, F.H., e IANNI, O. **Homem e Sociedade – leituras básicas de sociologia geral**. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 236.).

<sup>34</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 231. E, como que antevendo (ou rememorando) episódios orgiásticos e catárticos, como o movimento pelas “diretas já” (1984) e “fora Collor” (1992), escreveu: “Essa formas de solidariedade voluntária, de cooperação espontânea e livre, só aparecem entre nós sob a ação empolgante dos grandes entusiasmos coletivos; a frio, com a automaticidade instintiva dos anglo-saxões, não as criamos, nem a sustentamos nunca” (p. 243).

<sup>35</sup> Acerca do justo e do útil como fundamentos ao contrato, vide GHESTIN, Jacques. “Le juste et l’utile dans les contrats”. APD, 26, 1981. p.36 e ss. Também em “La notion de contrat”. Dalloz, Cr., 1990, 23e. cahier. p. 147. Nestes textos, que tiveram larga fortuna, propôs o autor a conciliação dos critérios da utilidade e da justiça, pois se só o critério da utilidade (econômica) fosse utilizado, haveria a oposição concreta entre o justo e o útil. (vide ainda COIPEL, Michel. “La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l’utile”. Rev. Jur. THÉMIS, 1990, 24, n° 3. p.486.).

<sup>36</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª.

edição, 1952. p. 239. Nem mesmo o voto, exercício de cidadania, tinha, então, esse significado, como demonstra CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 35. Em trecho cuja transposição verbal para o presente é perfeitamente plausível: “Não se tratava do exercício do autogoverno, do direito de participar na vida política do país. Tratava-se de uma ação estritamente relacionada com as lutas locais. O votante não agia como parte de uma sociedade política, de um partido político, mas como dependente de um chefe local, ao qual obedecia com maior ou menor fidelidade. O voto era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão. À medida que o votante se dava conta da importância do voto para os chefes políticos, ele começava a barganhar mais, a vendê-lo mais caro”.

<sup>37</sup> “O grande domínio, tal como se vê da sua constituição no passado, é um organismo completo, perfeitamente aparelhado para uma vida autônoma e própria” (OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 177.). Sobre a organização social e econômica da propriedade rural, vide pp.170- 99.

<sup>38</sup> SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 250.

<sup>39</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 232-3.

<sup>40</sup> Id. Ibid. p.242.

<sup>41</sup> Id. Ibid. p. 237.

<sup>42</sup> O antropólogo Roberto da Matta tem interpretações antológicas sobre esse tema, bastando lembrar “Quem são os nossos heróis?”; “Quem é solidário no câncer?”; e, especialmente, “A lógica do trânsito”, todos ora em **Torre de Babel: ensaios, crônicas, críticas, interpretações e fantasias**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. pp.125 -30.

<sup>43</sup> DA MATTA, Roberto. “Quem é solidário no câncer?”. In: **Torre de Babel: ensaios, crônicas, críticas, interpretações e fantasias**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. p. 127.

<sup>44</sup> OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 238.

<sup>45</sup> Observam Jancsó e Pimenta: “Ocorre, e isto é de absoluta relevância, que a generalização do escravismo resultava na erosão do sistema estamental, posto que

o escravismo inviabilizava a participação do portador desta condição, da complexa tessitura de liberdades desiguais, cuja trama tinha por pressuposto o exercício de algum direito. As sociedades escravistas repousavam sobre a exclusão de um segmento fundamental – os escravos – das relações que em seu interior eram pactadas, e que definiam a sua feição (...). Não é difícil perceber que os homens de então se viam diante de uma fratura entre a realidade objetiva da vida social e a sua representação. Essa fratura de grande poder dissolvente do paradigma original (peninsular) das sociabilidades (...)”. JANCSÒ, István, e PIMENTA, João Paulo G. “Peças de um mosaico (ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira)”. In: MOTTA, C. G., org. **Viagem Incompleta – formação histórica - a experiência brasileira**. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. p. 141.

<sup>46</sup> “Nem neste particular o grande domínio se subordina à cooperação alheia: são as tropas, criadas no próprio pasto fazendeiro, que levam aos centros consumidores a produção do domínio – o café, o açúcar, os cereais”. (OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. p. 177).

<sup>47</sup> BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 2. ed., 1955. In: SANTIAGO, Silviano, org. **Intérpretes do Brasil**. vol. III. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. pp. 931-1055.

<sup>48</sup> Como percebeu Kathrin Rosenfield, na cordialidade está o coração, o órgão passional que o século XVII opôs à razão, isto é, ao pensamento (ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. “A cordialidade – questão de estilo”. In: Caderno Cultura, Zero Hora, edição de 9 de Julho).

<sup>49</sup> BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 2. ed., 1955. In: SANTIAGO, Silviano, org. **Intérpretes do Brasil**. vol. III. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. p. 1044, grifei.

<sup>50</sup> RENAULT, Alain. **O Indivíduo: reflexão acerca da filosofia do sujeito**. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: DIFEL, 1995. p. 35.

<sup>51</sup> Registra Carlos Guilherme Motta a “coexistência de costumes, valores, economias, instituições e normas (...) a convivência ainda hoje (...) de estamentos pretéritos com classes futuras”, em nosso país “os desencontros de formações detemporalidades tão distintas” se tornando “dramáticos, provocando a sensação de desmobilização, de derrapagem permanente, de recomeço. De inatualidade”. (MOTTA, C. G., org. **Viagem Incompleta: formação histórica - a experiência**

brasileira. 2. ed. São Paulo: Senac, 2000. p. 16).

<sup>52</sup> BRAUDEL, Fernand. **História e Ciências Sociais: A Longa Duração**. Escritos sobre a História. São Paulo: Perspectiva, 1978.

<sup>53</sup> Lembremos Pascal: “*Car il ne faut pas se méconnaître: nous sommes automate autant qu’esprit. (...) la coutume fait nos preuves les plus fortes et les plus crues: elle incline l’automate, qui entraîne l’esprit sans qu’il pense*”. (PASCAL, Blaise. **Pensées**. 661. Paris: Ed. De Ph. Sellier, Classiques Garnier, 1991. p. 451).

<sup>54</sup> Assim tenho tentado demonstrar no projeto de pesquisa CNPq-PIBIC *Direito Privado – um espaço de mentalidades*, que desenvolvo na UFRGS.

<sup>55</sup> Basta pensar no “culto do efêmero” e no elogio do luxo como expressão da “singularidade pessoal”, tal qual defendido por filósofos como LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sebastien. **Os Tempos HiperModernos**. Tradução de Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

<sup>56</sup> A expressão é de EDELMAN, Bernard. “Critique de l’humanisme juridique”. In: **La Personne en Danger**. Paris: PUF, 1999. p. 14. O autor a utiliza, no entanto, em diverso contexto.

<sup>57</sup> DUPAS, Gilberto. **Tensões Contemporâneas entre o Público e o Privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p.49.

<sup>58</sup> PONTES DE MIRANDA. **Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 441.

<sup>59</sup> Id. Ibid. p.445.

<sup>60</sup> Id. Ibid. p. 444.

<sup>61</sup> Id. Ibid. p.443.

<sup>62</sup> Id. Ibid. pp. 441-2.

<sup>63</sup> A expressão entre aspas é de ASCARELLI, Túlio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 219.

<sup>64</sup> AGAMBEN, G. **Homo sacer – o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora da UFMG: 2002. p. 116.

<sup>65</sup> Compreendida como expressão de “vontades particularizadas”, a liberdade de contratar será vista, necessariamente, em oposição à função social do contrato, não se podendo, então, pensar numa “autonomia solidária”, mas, tão somente, numa “autonomia da vontade individual”, vontade que se imporia em virtude da potência de um “sujeito de direito narcisista” (Da “*toute-puissance narcissique du sujet*” fala EDELMAN, Bernard. “Critique de l’humanisme

juridique”. In: **La Personne en Danger**. Paris: PUF, 1999. p. 14 ). Ao invés de ser pensada como elemento constitutivo do Direito dos contratos – formas jurídicas da circulação da riqueza, instrumentos que viabilizam essa circulação na *civitas* – a função social será considerada como um elemento exógeno ao contrato, como “limite externo”, muro que circundaria, uma liberdade tão abstrata quanto atomista, que amarraria, indevidamente, a potência de um *sujeito narcisista* que se expandiria *ad infinitum*, pois só haveria fricção mas não a *colaboração com os outros*, com aqueles que compõem nosso *lugar comum* no mundo.

<sup>66</sup> Esta categoria é de OLIVEIRA VIANNA, F. J. **Populações Meridionais do Brasil**. Volume 1, 5ª. edição, 1952. Cap. VII, p.169 e ss.

<sup>67</sup> De uma dimensão jurídica como “*dimensione insopprimibile della socialità e frutto spontaneo della comunità che si auto ordina*” fala GROSSI, Paolo. **L’Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 1995. p. 21.

<sup>68</sup> Observa Teresa Negreiros: “Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente” (NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. **Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.209).

<sup>69</sup> Assim escrevi em MARTINS-COSTA, Judith. “Reflexões Sobre O Princípio da Função Social dos Contratos”. In: Revista DireitoGV. n. 1, Maio de 2005. pp. 41-66.

<sup>70</sup> Assim como seria inadequado pensar-se numa conformação de conteúdos diferentes para cada contrato, igualmente não se poderia cogitar da diversidade da proporção de contribuições (preços, tarifas, prêmios, contraprestações) a cargo de cada um dos contratantes, utentes do benefício ou serviço instrumentalizado pelo contrato.

<sup>71</sup> O seguro é “um fato social total”, como bem percebe Verena Alberti, utilizando a conhecida categoria de Marcel Mauss, porque exprime, numa complexidade, várias instituições que marcam a vida social. Sua estrutura repousa, fundamentalmente,

na polaridade entre dois princípios – a solidariedade e o risco – fazendo convergir os interesses individuais e os coletivos. (ALBERTI, Verena. “Introdução”. In: **Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV-FUNENSEG, 2001. p.11-2).

<sup>72</sup> MÜLLER, Friedrich. “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”. Tradução de Peter Naumann. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – edição comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999. p. 45.

<sup>73</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

<sup>74</sup> As expressões entre aspas são de Müller, ao referir-se aos pressupostos não-jurídicos da pré-compreensão “ideológica”. Conquanto postulando a existência de meios hábeis a fundamentar “os momentos especificamente jurídicos desse caráter de pré-julgamento”, reconhece que o postulado da objetividade jurídica “não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal absoluto”, mas podendo “ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito” (MÜLLER, Friedrich. “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”. Tradução de Peter Naumann. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – edição comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999. pp. 55- 6).