

SOBRE MEIOS E FINS: A ÉTICA COMO PRESSUPOSTO NORMATIVO ÀS RELAÇÕES CONTRATUAIS

DOUGLAS STORCHI CARLO¹

Resumo

O presente artigo objetiva analisar as mudanças ocorridas no âmbito jurídico que tornaram necessária a releitura da clássica teoria contratual, hoje compreendida não somente pelo viés da realização individual, mas também pela ótica de interesses maiores envolvidos. A partir da superação dos princípios da autonomia da vontade e da igualdade entre os contratantes, o contrato assume uma função social bastante específica que privilegia a proteção dos valores existenciais em relação aos meramente ligados ao patrimônio.

Abstract

The present article aims to analyze the changes occurred in the civil right, made necessary the review of the contractual right, in which the central principle was the autonomy of will. With the political transformations the contract assumes a new appearance, giving more importance to the social interests, no longer being a mere instrument of individual realization to the contractants. The contract acquires a social role, which benefits the protection of the existential value in relation to the merely patrimonial interests.

Introdução:

A sistematização de valores coletivos é um tema afeto à civilização humana. Desde Aristóteles, os ideais de justiça e equidade, aceitos hoje como uma preocupação ética, são objeto de acaloradas discussões no âmbito das ciências humanas, dada a importância que ocupam no processo de apaziguamento social.

A partir do XVIII, com a negação dos elementos conotativos, os iluministas procuram restabelecer os fundamentos do pensamento humano com base na razão prática, acabando por dissociá-lo de sua noção finalística. Influenciado por essa mesma lógica, a ciência jurídica incorporaria a instrumentalidade à teoria dos contratos, assim compreendidos como meros facilitadores do trânsito econômico e jurídico.

Com as reiteradas crises no sistema capitalista, o questionamento dos preceitos liberais (também) começa a ganhar força na seara jurídica - no que sofrem os princípios contratuais profundas modificações no decorrer do vigésimo século. E é pela imposição de normas de ordem pública que o Direito passa a restringir a liberdade de contratar, exigindo que sua disciplina seja consoante com certos valores éticos, em se mostrando disposto a reconciliar seus desígnios à idéia de Justiça.

¹ Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas, especialista em Pensamento Político Brasileiro e especializando em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

A ética no paradigma iluminista: a busca de meios

Um olhar crítico sobre o assunto põe em evidência a concepção cartesiana como um determinante aspecto na construção do pensamento moderno, vez que decorre de sua cisão epistemológica uma estrutura racional que não abriga a conciliação de certos preceitos teóricos qualitativos. Trata-se da instrumentalização técnica dos saberes que, a partir do século XVIII, com a filosofia iluminista, passa a menosprezar as questões éticas¹ no âmbito da ciência oficial, em detrimento de uma perspectiva mais universal do conhecimento.

Fundada numa racionalidade formal, a razão passa a ocupar um lugar privilegiado no ocidente, porque decisiva ao seu desenvolvimento material e tecnológico. Em atenção a essas finalidades, a precisão lógica e empírica é adotada como critério de cientificidade, fazendo com que os valores subjetivos (fins) passem a ocupar posição subsidiária, senão incompatível com o paradigma científico².

No campo do Direito, caracteriza-se esse raciocínio pela construção de saberes delimitados pela ordem vigente, não admitindo uma abordagem mais abrangente sobre o fenômeno jurídico. Sem maiores compromissos éticos, essa dogmática (jurídica) repudia a discussão dos fundamentos/fins a que se assenta/destina o Direito, limitando-se a descrever as condições sob as quais

deveriam intervir as consequências fixadas pela lei.³

Etimologicamente, o dogma assinala, primeiro, uma tese ou doutrina e, depois, uma regra ou norma, como a própria lei, a cuja imperatividade atribui um caráter intocável (...) Diria um positivista que a ciência do direito é precisamente isto: um saber dos dogmas estatais ou, mais amplamente, dos padrões impostos pelas classes sociais que tomem as decisões cogentes. O raciocínio transferiria, então, qualquer impulso de abertura ao social para a simples atividade hermenêutica, dando ensejo às operações duma nova retórica ou qualquer outro destes artificios à *la page* (LYRA FILHO, 1980, p. 14).

Relativamente ao direito dos contratos, a matéria desenvolve-se, essencialmente, pelo prisma patrimonial, eis que tomados como simples instrumentos de trânsito jurídico de bens e interesses. Marcados por uma concepção nitidamente individualista, vinculada à circulação de riquezas, projetam-se na órbita jurídica para viabilizar as trocas e a alienação de produtos, visando a atender aos interesses de cunho exclusivamente privado.

Reduzido o mundo relevante para o Direito à esfera econômica, a teoria dos contratos é assentada sob uma rigorosa cisão entre o direito público e o privado, em que a gerência do Estado não é, absolutamente, admitida. Forte no princípio da igualdade (formal) entre os indivíduos, a disciplina jurídica erige a autonomia da vontade como um princípio cerne da teoria contratual clássica, segundo a qual a liberdade individual resume-se, pura e simplesmente, ao exercício da propriedade⁴.

¹ Para fins desse estudo, não se consideram as distinções teórica e metodológica existentes entre as expressões ética e moral, considerando-as apenas no âmbito subjetivo de sua vigência social.

² Sob o manto de sua suposta neutralidade, essa postura filosófica sustenta os valores éticos com base numa razão prática que repudia seus elementos subjetivos – idéia essa a que se opõe Max Weber (*apud*, 1993, p. 11), vez que compreende a racionalidade com uma equação dinâmica de meios e fins, em que toda ação humana é realizada visando a determinadas metas ou valores (concepções afetivas do desejável). Para Aristóteles (2001, pp. 18-19), quando falamos de coisas que são verdadeiras apenas em linhas gerais, com base em premissas da mesma espécie, deveríamos nos contentar em indicar a verdade de forma aproximada e sumária, sem esperar conclusões mais precisas. Nesta perspectiva, afirma que cada proposição deveria ser recebida dentro dos mesmos pressupostos, eis que seria característico do homem instruído *buscar a precisão, em cada gênero de coisas, até o ponto que a natureza do assunto permite, do mesmo modo que é insensato aceitar um raciocínio apenas provável de um matemático, e exigir demonstrações científicas de um retórico.*

³ Como exemplo de uma perspectiva científica do direito pautada pela objetividade e neutralidade científica, a obra **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, do positivista austríaco Hans Kelsen.

⁴ A respeito do assunto, vide: **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001 – da autoria de John Locke, para quem a liberdade e a propriedade constituem o cerne do estado civil, sendo por isso considerado o pai do individualismo liberal.

Sacramentadas a autonomia e a liberdade individual pelo princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), a avença não pode sofrer quaisquer intervenções, por conta do abismo que separa as esferas pública e privada. Irrelevante, nesse sentido, o enriquecimento ilícito de uma das partes ou mesmo o prejuízo causado a terceiros: o objeto pactuado deve ser esgotado pelo cumprimento da obrigação assumida, forte na estabilidade e segurança das relações jurídicas.

A crise ética no mundo moderno: a ausência de fins

Para MacIntyre (*apud* Rossato, 2003, p. 171-186), o fracasso da ética no modelo iluminista deve-se não somente pelo seu afastamento do esquema clássico de moralidade, mas também pelo seu assentamento em diferentes caracterizações da natureza humana. Para o autor, os modernos enredaram-se na inútil tentativa de fundamentar as normas morais, com base em uma ou outra característica de nossa natureza (razão, paixões, intenções, etc.), relacionando essas premissas sem quaisquer instruções sobre a necessidade dos fundamentos éticos.

Como reflexo de sua dificuldade no articular normas a preceitos valorativos, a razão prática impõe ao pensamento moderno maiores sacrifícios: induz à incompreensão da essência humana, ao mesmo tempo em que renega a sua noção finalística (*telos*)⁵, condenando o homem ao determinismo de seu progresso tecnológico e científico. Encarcerado aos limites de sua racionalidade, torna-se inconcebível o questionamento sobre os fins a que se destina o Direito, o que o leva a substituir a idéia de Justiça pela manutenção das ordens política, econômica e jurídica.

Essa visão traz consigo a premissa de que o *bem* individual é oposto ao do coleti-

vo, portando consigo um generalizado subdesenvolvimento social e ético, a contrastar com um relativo grau de progresso econômico e tecnológico. A modernidade combateria à liberdade individual a uma profunda crise existencial: se o sujeito iluminista é baseado num indivíduo centrado, dotado de razão, o pós-moderno é composto de várias identidades, muitas vezes contraditórias e mal resolvidas⁶.

A coexistência entre mundos diferentes e que nem sempre conseguem se comunicar é a realidade sócio-cultural do capitalismo hoje, a qual apresenta várias dimensões conflitantes. O fracasso do projeto de igualdade e o aumento da desigualdade social revelou-se (sic) sobretudo nas duas últimas décadas, quando os efeitos excludentes do processo de modernização se constituíram em entraves para que os princípios universalistas da modernidade se realizassem. Essa situação histórica, além das transformações na organização técnica, social e política do capitalismo, significou também mudança cultural na política, relativa à emergência de novo modo de expressão da subjetividade, fundado na idéia da *diferença* (VAITSMAN, 1995, p. 5).

Por sua vez, a fragilidade dos sistemas morais trouxe consigo, no âmbito dos contratos, uma ampla insegurança social e instabilidade econômica, mostrando-se a regra do livre mercado contrária às finalidades últimas do Direito, porquanto se apoie num agressivo processo de conflito e competitividade⁷ frustrante ao processo estabilidade social.

⁵ Segundo Max Weber (1993, p. 49), a teleologia é uma racionalização intelectual de inspiração religiosa. Nesse mesmo sentido, refere-se Jung (1999, p. 220) ao mito religioso de forma muito semelhante à constituição do Estado moderno (que pressupõe ser o seu substituto), enquanto instituição absorvente e organizadora dos instintos de natureza animal inadequados para os fins sociais.

⁶ O colapso desses valores mostra-se ainda mais evidente quando somado à ausência de perspectivas comuns, à volatilidade das relações interpessoais, à falta de comprometimento ético, à especulação dos investimentos financeiros e a busca pelo lucro fácil, à onerosidade excessiva dos contratos, à corrupção e ao despudor moral. Para maiores aprofundamentos vide, entre outros: HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 1999. FROMM, Erich. *Ter ou ser?* 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara/Koogan, 1987.

⁷ Segundo Pérsio Santos de Oliveira (2001, pp. 07-13), a competição e o conflito são identificados como processos sociais dissociativos, em que o primeiro, diferentemente do segundo, é contínuo, impessoal e inconsciente.

Os sistemas capitalista democrático e socialista ditatorial, só apresentariam, cada um, uma fonte básica de dessemelhanças, respectivamente nos planos econômico ou político, minimizadas, respectivamente, as dessemelhanças políticas ou econômicas. *Mesmo dessa maneira, uma só fonte, desde que básica, já causa grande instabilidade no equilíbrio sistêmico e grande desfavorabilidade ao ético e ao jurídico.* (...) Nem por isso os sistemas de democracia capitalista deixam de ser sistemas de acentuadas dessemelhanças objetivas e subjetivas, com as conseqüências teóricas e práticas apontadas. Basta ver que se baseiam fundamentalmente no processo social da competição que (se pode, em determinadas circunstâncias, prevenir um afastamento ainda maior) é, em si mesmo, processo de afastamento no espaço social (ao contrário do processo de cooperação, sempre aproximativo), pois competição é luta entre pessoas e grupos, embora seja *luta pacífica* (SOUTO, 1992, p. 25).

Essa concepção será, porém, ameaçada pelas mudanças econômicas e sociais ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX, a despeito da falência do Estado de Bem Estar social (*Welfare State*), bem como, a partir da década de 1970, da intensificação do processo de globalização. Reflexo desses contrários, característicos da *esquizofrenia pós-moderna*, os princípios clássicos que norteiam as relações contratuais vão sendo superados, um a um, pela postura intervencionista de determinadas normas de ordem pública.

Quando a objetividade, o determinismo e as leis universais começam a ser questionadas, a idéia de unidade da ciência perde a legitimidade, a força política que tivera até então. Aos poucos, a idéia de determinação, não apenas no mundo social, mas também no mundo da natureza, começou a ser vista como insuficiente para explicar fenômenos que agora se colocam como complexos, trazendo a indeterminação e o acaso dentro de si. Na Biologia, a idéia de subjetividade também incorporou-se (sic) ao modo como se pas-

sou a conceber a organização dos sistemas vivos. Pela noção de autopoiese, considera-se que tudo o que é vivo é autocriativo e os organismos, como sistemas vivos, são autopoieticos, criadores de si próprios. A partir do último quartel de nosso século, essa imagem do objeto da ciência começa a se configurar como “novo paradigma”. A concepção de que os fenômenos, naturais ou sociais são complexos, ao fazer ruir a idéia de objetividade, fez ao mesmo tempo emergir as idéias de aleatoriedade e acaso e, com isso, as noções de subjetividade e singularidade, ou seja, autonomia. (VAITSMAN, 1995, pp. 02-04).

Dão-se tais mudanças com a tentativa de introduzir uma perspectiva sistêmica, fundada na convergência de princípios que informam os fundamentos e as finalidades a serem perseguidos pelo Direito, fazendo com que se desfaçam as tradicionais fronteiras entre o âmbito público e o privado. A emergência desses novos valores repercute, de forma ainda mais significativa, no plano das relações contratuais, pela incorporação de elementos conotativos antes renegados pela dogmática jurídica.

Influenciada por uma crise ética e material, os contratos passam a assumir novos elementos constitutivos que impõem a idéia de Justiça paralelamente aos objetivos do Estado, rumo à construção de uma sociedade mais justa e solidária. Mitigada a igualdade (formal) entre os indivíduos no expressar contratualmente suas vontades, pelo reconhecimento de suas evidentes disparidades, torna-se, então, relativa à imutabilidade das disposições contratuais, porque não mais satisfatória às demandas ético-jurídicas.

Não se trata mais de ver no contrato um fenômeno primeiro, que seria obrigatório por sua existência, e ao qual a lei traria somente o prestígio do poder, prestando às partes o serviço de esclarecer suas vontades não explícitas, de forma que a pudesse mesmo conceber um contrato que não obedecesse a nenhuma lei, como se afirmou com relação ao direito internaci-

onal privado. Hoje o contrato se apresenta simplesmente como possível no domínio cada vez mais limitado que lhe concede a lei, a qual é o fenômeno jurídico primeiro (BATIFFOL, 1968, p. 100).

Dessa forma, a racionalidade contratual (antes) centrada na razão meramente econômica passa a agregar um novo conteúdo, subjacente à idéia *reprodutiva do sujeito*⁸ (Ruzyk, 2003, p. 23): vez que o contrato vincula os contratantes aos preceitos de ordem jurídica, então o Direito deve conceber o desenvolvimento como eixo à humanização de um mundo em crise. Essa noção de desenvolvimento deve referir-se a pessoas e não a coisas, em vista das necessidades humanas e da melhoria de vida, como componentes irredutíveis de um mesmo processo (Vaitsman, 1995, p. 9).

É antes de tudo o respeito à pessoa, na vida social, que exprime a aspiração de justiça como fim último do direito. Superando a noção de uma proteção individual que ignorasse ou subestimasse as exigências da vida em comum, a aspiração à justiça tem em vista – diretamente – a relação, e aspira – antes de tudo e principalmente – a equidade, ou seja, à igualdade no caso concreto. (...) A equivalência afirma, pelo prestígio de seu caráter aritmético, o sentimento de que a solução oposta iria ao encontro de uma obrigação evidente, pois ela significaria um desprezo da pessoa, tanto mais odioso por ele beneficiar, sem razão adequada, uma outra pessoa. Um tal desequilíbrio seria desastroso para a vida social, pois destruiria toda confiança e toda previsibilidade (BATIFFOL, 1968, pp. 111-112).

Expoente maior dessas idéias no plano teórico, John Rawls destaca-se pela introdução na seara jurídica de um espírito compromissado com a solidariedade, equidade, tolerância e justiça social. Com isso, não mais poderia ser sustentado o conflito entre a orientação pelo dever e a orientação pelos valores, em assumindo Direito e *bem* funções complementares.

(...) Pode parecer que a prioridade do direito implique que a justiça como equidade pode utilizar somente idéias do bem muito fracas, senão meramente instrumentais. Mas, ao contrário, o direito e o bem são complementares; qualquer concepção de justiça, incluindo uma concepção política, precisa de ambos, e a prioridade do direito não nega isso. Que o direito e o bem são complementares é ilustrado pela seguinte reflexão: instituições justas e virtudes políticas não serviriam a propósito algum – não teriam qualquer papel – a menos que tais instituições e virtudes não apenas permitissem, mas também sustentassem concepções de bem (associadas com doutrinas compreensivas) que os cidadãos possam afirmar como dignas de sua adesão (John Rawls *apud* DIAS, 2003, p. 90).

Com base nos conceitos básicos introduzidos por esse mesmo autor⁹, é possível compreender a teoria do contrato social numa perspectiva contemporânea, em que a posição original dá condições de igualdade aos sujeitos representativos, na elaboração dos princípios (de justiça) que deverão ordenar as instituições básicas da sociedade. A partir desses preceitos, a liberdade é concebida de forma igualitária, sendo maximizada a expectativa dos menos favorecidos pela introdução do princípio que considera a diferença entre os indivíduos.

O consenso sobreposto é ordenado em torno dos princípios da justiça e tem como meta atenuar os conflitos suscitados no interior da sociedade marcada pelo pluralismo, garantindo a unidade e a estabilidade social e política; é acompanhado pelos princípios da tolerância e do equilíbrio reflexivo, que dão condições para uma convivência pacífica, considerando as aspirações comuns mais importantes que as individuais e permitindo raciocinar razoavelmente sobre determinados temas. A dimensão social perpassa a argumentação e a estruturação da teoria da justiça, especificadamente contemplando os direitos sociais e o acesso aos bens primários. A introdução do princípio da diferença, ordenando as desigual-

dades sociais de forma a serem justificadas quando os menos favorecidos passam a ser prioritariamente beneficiados na distribuição dos bens, com o objetivo de diminuir as desigualdades e a injustiça, leva em conta o alcance social da teoria da justiça sem desconsiderar seu caráter individual (ZAMBAM, 2004, pp.118).

Com a introdução desses valores, a idéia de Justiça (contratual) passa a incorporar um conteúdo ético que se assenta no equilíbrio das relações negociais, a ser observada na sua formação e no curso de sua execução. Expressa, a exemplo disso, um dever de comportamento leal a ser aferido no exame das relações em concreto, visando a uma interpretação objetiva do contrato ao atingimento de outras finalidades que não os da mera circulação de riquezas (SOTO, 2002, pp.251). Passa a ser necessário, então, elaborar um Juízo de utilidade social que busca um rígido controle da validade dos negócios jurídicos, sob o prisma de sua eticidade contratual.

A ética como fundamento ôntico dos Direito: entre meios e fins

Necessário à ordem, à segurança e ao equilíbrio social, caracteriza-se o Direito por sua objetivação em regular as atividades do indivíduo, em meio à composição dos mais diferentes interesses que compõe a coletividade. Não há, pois, que se pensar a vida em sociedade sem a disciplina de suas normas, importando à própria existência da mesma que todos os seus membros adotem atitudes adequadas ao convívio em comum.

Quem diz vida humana diz, implicitamente, co-existência social. Entre os diversos fatores que concorreram para esse resultado, ocupa lugar saliente o contrato, ou, se preferirem, o comércio, tomada esta palavra em uma acepção mais lata do que a que lhe é comumente assinada em direito. Pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses colidentes, como pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E,

para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contrato corresponde ao direito, substitui a lei no campo restrito do negócio por ele regulado (Beviláqua, 1954, p. 131).

A obrigação de cumprir (ou abster-se de) certo comportamento torna-se, com isso, uma exigência natural da sociabilidade, em vista de certa ordem social a ser estabelecida. Objetivando sua mais ampla aplicação, incorpora (o Direito) mecanismos de força física e psíquica para impor determinadas posturas (in)devidas, em se fazendo valer de sanções e recompensas jurídicas.

Além disso, para atuar eficaz e preventivamente, conta com garantias de diferentes naturezas que impelem a sociedade à aceitação de suas normas, por meio da adaptação de seus mandamentos aos valores das sociedades a que se destina. Fundamenta-se, assim, a imperatividade de suas normas, não somente em critérios de autoridade e cogência, mas também de legitimidade, a fim de que lhes possam conferir um maior grau de eficácia e satisfação coletiva.

Em vista desses preceitos, ao zelar pela capacidade de adimplemento das relações contratuais, a obrigatoriedade do direito deve-se pautar pelo fato de ser reconhecido como justo e adequado. A avença que se apóia no ganho excessivo de somente uma das partes, *ad exemplum*, não possui qualquer aptidão a se tornar obrigatória, indo de encontro às normas éticas diretivas do agir humano.

Objetiva, assim, ao intervir nos contratos pactuados *inter partes*, a consolidação de suas finalidades, quais sejam as de realizar a Justiça, as de estabelecer a ordem e a segurança e as de garantir o convívio harmônico e solidário entre os indivíduos (Mombach, 1977). E é, pois, no âmbito das relações entre os indivíduos que o Direito busca cercar-se de um maior número de garantias possíveis para o cumprimento das obrigações pactuadas, com fundamento na Justiça e igualdades contratuais.

Por todos os ângulos é mister encarar uma colaboração, uma conciliação que vá além da vontade das partes ou mesmo contra elas. E o domínio das obrigações, em que os indivíduos vão trocar bens e serviços, não se reduz à vontade individual pura e simples, senão pelo não reconhecimento do fato, relativamente importante, de que sempre existiram, em maior ou menor número, leis imperativas nesse campo. De onde se conclui que o fim do direito não é somente o de assegurar a liberdade de contratar, mas que a lei busca algo mais (BATIFFOL, 1968, p. 103).

Torna-se, deste modo, importante a aproximação dos interesses das partes contratantes, a fim de que sejam convergentes e atendam à finalidade social da avença. Daí a idéia de que o grau de obrigatoriedade de cumprimento dos contratos deve ser informado pela sua consentaneidade com o justo.

A concepção individualista exige que os contratos obriguem até onde chegue a vontade real (teoria da vontade real) e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar (liberdade contratual). A concepção social do direito opõe, contudo, a esta doutrina, os seguintes princípios: primeiro, os contratos devem obrigar, não apenas até a vontade chegar a vontade, mas até onde chegar a confiança, que a outra parte depositou na declaração (teoria da declaração); segundo, os contratos não são pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de o ser por muita espécie de motivos e considerações (teoria das limitações à liberdade contratual) (Gustav Radbruch *apud* SOTO, 2002, p. 253).

A disciplina contratual obedece, assim, a uma nova concepção do Direito¹⁰, em que o contrato desempenha uma função social bastante específica¹¹. Conhecidas as limitações da norma positiva, prefere-se então estabelecer normas genéricas que alcancem à concreção jurídica, pela conferência de maior poder ao intérprete para en-

contrar a solução mais justa e equitativa ao caso concreto.

Consequentemente, tende a abandonar o formalismo técnico-jurídico para assumir um encargo mais aberto e compreensivo, em que se reconheça uma função mais atuante por parte do Poder Judiciário, através de pontos de mobilidade e abertura do sistema jurídico à realidade social. Superado o rigorismo normativo, consubstancia-se a utilização constante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais fazem referência a expressões cujos significados exigem, necessariamente, uma atividade valorativa do julgador.¹²

Para Aristóteles (2001, p. 17), toda a ação e escolha visam a um determinado *bem*¹³, a ser efetivado em sua íntegra. Porém, como não há um conceito universal e absoluto sobre o mesmo, então as coisas justas são constituídas segundo critérios de semelhança dos comportamentos elegidos por convenção¹⁴.

Um sentimento que informa a idéia de acordo com as circunstâncias particulares de um caso concreto pode ser, assim, considerado um fenômeno ético resultante de equidade. Isto se dá porque os grupos e indivíduos sempre se aproximam, mental e socialmente, daquilo que consideram semelhante ao que aceitam, comportando-se de modo contrário ao que rejeitam.

O próprio direito, em si mesmo, como algo acorde com a ciência empírica atual, implica o grupal, pois a ciência é aferível por um grupo social, o dos homens de ciência. Se a acentuada dessemelhança objetiva e subjetiva entre os indivíduos e grupos de qualquer tamanho, no mundo hodierno, provoca acentuado afastamento mental e social entre eles, a coesão, integração ou equilíbrio dos seus respectivos sistemas interativos não pode ser senão instável. Tal situação de equilíbrio social apenas instável não pode ser favorável ao direito, tal como é este aqui entendido (o qual tanto mais se afirma socialmente quanto maior instabilidade haja no equilíbrio social) e que, por isso mesmo, não é o fator mais importante (mais

influyente) para a explicação da vida social de hoje. Se as sociedades modernas são sempre sociedades legais, sua explicação fundamental não está sobretudo no direito (idéia de acordo com a ciência empírica atual a informar o sentimento de preponderante agradabilidade), mas sobretudo no econômico e no político a se expressarem basicamente em forma de lei estatal e a consagrarem não só semelhanças, mas também dessemelhanças profundas (SOUTO, 1980, pp. 25-26).

Se, no entanto, os fins distinguem-se das ações, tais fins são, por evidente, mais excelentes do que as últimas, meras subordinadas. A despeito das acepções dos termos política e cidade-Estado no pensamento grego, utiliza-se a referência aristotélica, *mutatis mutandis*, por melhor sintetizar o que por outras palavras se deseja expressar, sem porém recair na facilidade dos argumentos totalitaristas:

Visto que a ciência política utiliza as demais ciências e, ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre o que devemos nos abster, a finalidade dessa ciência deve necessariamente abranger a finalidade das outras, de maneira que essa finalidade deverá ser o bem humano. Ainda que esse fim seja o mesmo para o indivíduo e para a cidade-Estado, o fim desta última parece ser algo a maior e mais completo, seja a atingir, seja a preservar; e embora seja desejável atingir esse fim para uma nação ou para as cidades-Estado (ARISTÓTELES, 2001, p. 18).

Fonte imediata de todos os deveres (especialmente os contratuais), a equidade e justiça social, de forte repercussão na seara jurídica, inserem-se ao longo da história como elementos decisivos no processo de desenvolvimento da personalidade humana. Cabe, assim, ao direito, resguardar a segurança, a Justiça social e a garantia dos interesses da coletividade, porquanto sinônimos de ajustamento.

Forte nos avanços da sociologia e filosofia jurídica, o Direito deixa de ser compreendido, enfim, apenas no âmbito dos fa-

tos e da técnica normativa, passando a ser encarado em seu aspecto axiológico, visando à realização do justo. Pelo mesmo motivo, a noção de contrato passa a transcender os aspectos tradicionais de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos para alcançar, num outro panorama, o seu fundamento ético.

Considerações finais:

Com a falência do modelo iluminista, a igualdade entre as partes contratantes parece ser compreendida não como um resultado de determinações formais, mas como critérios subjetivos que devem ser considerados dentro de um determinado contexto. Desvelados os mitos da igualdade e da autonomia da vontade, o Estado passa a restringir, então, a liberdade de contratar, de modo a considerar as desigualdades sociais, econômicas e intelectuais que se manifestam nas mais diversas relações contratuais.

Se a disciplina contratual fora determinada, durante os séculos XVIII e XIX, por uma orientação individualista, assentada na igualdade formal e no exercício da propriedade privada, nos séculos XX e XXI, ela será marcada por uma concepção atenta à sua finalidade social, com base no respeito à dignidade do indivíduo. Com isso, frise-se, não há que se negar a sua precípua função no trânsito de bens e interesses, mas aliar a essa perspectiva escopos de interesse maior.

Observados os fins a que se destinam, os novos paradigmas do Direito devem estabelecer o princípio do equilíbrio econômico como fundamento ético de toda teoria contratual contemporânea. É no enfrentamento das demandas jurídico-sociais que a ciência jurídica procurará considerar, pela apreensão dos conteúdos de cunho subjetivo, a realidade empírica do sentimento de Justiça operante na sociedade. Apoiado, assim, na descrença de uma plenitude hermética do racionalismo, o Direito passa a reconhecer, na ética, uma alternativa para superação da crise (pós) moderna.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BATIFFOL, Henri. **A filosofia do direito**. trad. Neide de Faria. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1954.

CAMPOS, M. de Oliveira. A moral e o direito. Rio de Janeiro, **Direito**, ano XI, vol. LVX, Livraria Freitas Bastos, pp. 41-53. set. - out. 1949

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Maria Clara. Justiça procedimental ou substantiva? In: NAPOLI, Ricardo Bins di. et. al. **Ética e Justiça**. Santa Maria: Palloti, 2003. pp. 85-94.

FROMM, Erich. **Ter ou ser?** 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara/Koogan, 1987.

GASPARIN, Antônio Augusto Tams. Pensar o passado e pensar o futuro: direito e economia, entre o positivismo e a ética. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 9, n. 729, 4 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6954>>. Acesso em: 20 fev. 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. O idealismo transcendental e o direito. Rio de Janeiro, **Direito**, ano XI, Vol. LVX, Livraria Freitas Bastos, pp. 27-40. set.-out. 1949

JUNG, Carl Gustav. **Simbologia das transformações: prelúdios de uma esquizofrenia**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2000;

MOMBACH, Oscar. Fundamentos da obrigatoriedade da norma jurídica: validade do direito. Porto Alegre, **Veritas**, ano XXII, n. 86, jan. - jun. 1977. Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS).

OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Ática, 2001.

REIS, Cláudio. Liberalismo político e desacordo moral. In: NAPOLI, Ricardo Bins di. et. al. **Ética e Justiça**. Santa Maria: Palloti, 2003. pp. 117-126

ROSSATO, Noeli Dutra. A concepção de Justiça segundo Alasdair MacIntyre. In: NAPOLI, Ricardo Bins di. et. al. **Ética e Justiça**. Santa Maria: Palloti, 2003. pp. 171-186.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (coord.). **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. São Paulo: Juruá, 2002. pp. 13-39.

SOTO, Cláudio Neves. Novos perfis do direito contratual. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et. al. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. São Paulo: Renovar: 2002. pp. 247-265

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito: uma alternativa para a modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992

VAITSMAN, Jeni. Subjetividade e paradigma de conhecimento. **Boletim Técnico do Senac**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, pp. 1-9, maio-agosto, 1995.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da Justiça em John Rawls: uma leitura**. Passo Fundo: UPF, 2004.