

# Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil<sup>1</sup>

Judith Martins-Costa\*

Toda a pretensão de apresentar a Ciência do Direito independentemente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subentende inadvertidamente, ou se resolve num equívoco agnosticismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posição especulativa.

Miguel Reale.

## Introdução

Nenhum código provém do nada, nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo – isto é, uma filosofia. O Código Civil brasileiro em larga medida concretiza, em bases normativas, a filosofia que Miguel Reale assentou com o seu culturalismo em várias obras e, notadamente, em *O Direito como experiência*, não sendo equívocado afirmar que as matrizes teóricas estão na concepção realeana acerca dos modelos jurídicos e da concreção<sup>2</sup>, no que chama de “normativismo concreto”<sup>3</sup>.

Para comprovar essa asserção, marquem, inicialmente, a importância teórica dessa compreensão em nosso tempo – que tem sido definido como *o tempo da pluralização da subjetividade jurídica*, constituindo, portanto, *o tempo da concreção* – a fim de registrar o problema do *método de legislar* tal qual enfrentado pelo Código Civil com base no culturalismo de Miguel Reale.

Seja na filosofia, seja na sociologia, seja na teoria jurídica, várias análises se têm dedicado, recentemente, aos temas dos problemas que cercam a intersubjetividade e a pluralização da subjetividade jurídica. Esses problemas decorrem, como necessária consequência, da “transversalidade” que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil<sup>4</sup>, da fissura

do mito da igualdade formal que alicerçou a codificação oitocentista, aliada ao reconhecimento da concreta *diferença* entre as pessoas e à atitude de *aceitação* da diferença. Decorre, fundamentalmente, de uma *aceitação* que não é a tolerância para com o mero fato da diferença (o que estaria subjugado apenas à dimensão da facticidade), constituindo, quanto ao muito, numa *indiferença para com a diferença*, para com a dimensão plural da subjetividade jurídica. Trata-se, diversamente, de acolher a diferença *qualificadamente*: é, pois, *aceitação normativa*, que opera segundo escolhas axiológicas. Nessa *aceitação qualificada*, é reconhecido que a diferença pode resultar da diversidade dos papéis sociais desempenhados por um mesmo indivíduo<sup>5</sup>; admite-se que o diferente pode, às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda a sua diferença concreta; e a ordem jurídica mostra-se atenta às singularidades de cada qual, polarizada pela idéia de “livre desenvolvimento da personalidade” num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o “espaço comum” no qual podemos nos reconhecer como pertencentes à humanidade.

Alia-se a essa *aceitação qualificada* das diferenças subjetivas a *concreção*, que é a apreensão compósita da realidade (sempre *processus* histórico-cultural): é apreensão compósita porque conjuga, normativamente, os elementos fáticos e as diretrizes ideais, tendo em vista, porém, não o plano da abstração teórica, mas o da realidade prática que o Direito visa ordenar. É, portanto, o olhar axiológico direcionado para o concreto, para o que singulariza certo comportamento ou certa personalidade em suas particulares circunstâncias existenciais.

\* Professora adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Livre-docente e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

O emprego dos termos “diferença”, “concreção”, “pluralização” poderia, equivocadamente, conduzir o nosso pensamento à Teoria Pós-Moderna, fundada nos termos epígonos de Derrida, Lyotard, Baudrillard e Foucault (“diferença”, “fragmentação”, “desconstrução”), ligando-o ao que seria o fenômeno da ultrapassagem da modernidade<sup>6</sup>. A pós-modernidade, afirma Arnaud, caracteriza-se por um “desejo de ultrapassagem do paradigma moderno”, por “uma vontade de pragmatismo e de relativismo”<sup>7</sup>, pelo afastamento, de modo especial, da categoria jurídica do *sujeito de direito*, numa radicalidade irracionalista que, para além de declarar a “decadência do Ocidente”, como fez Spengler, chega a decretar o fim da história e a “morte do homem”<sup>8</sup>. Não é, contudo, o que acontece com o novo Código Civil: não se pense que a aceitação da plural subjetividade jurídica, o “olhar para o concreto”, signifiquem estejam as categorias abstratas expurgadas do ordenamento, e que o projeto da modernidade tenha sido encerrado. A modernidade é um projeto inacabado, como percebeu Habermas com inteira lucidez<sup>9</sup>. É preciso, antes de mais, conciliar os “Deuses Lares” com o “espírito do mundo”<sup>10</sup>, respondendo ao dilema proposto, admiravelmente, por Juan Gris: “*Sans l’abstrait, comment dominer le concret? Et sans le concret, avec quoi dominer l’abstrait*”<sup>11</sup>.” É preciso, em suma, *numa atitude fundamentalmente moderna*<sup>12</sup>, aceitar o dilema e equacionar, *racionalmente*, o desafio: como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na *vida civil*? Como ordená-las segundo padrões de uma *substantiva racionalidade*, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?

No que concerne às relações civis, equacionar esse desafio é a tarefa cometida a um código dotado de uma *nova racionalidade*: não mais a “razão monológica” do Iluminismo, não mais a *ratio* totalitária e fechada que ignora as pulsões e os desejos do indivíduo dissolvido na massa e escamoteia as substanciais desigualdades postas na vida civil,

mas *uma racionalidade aberta e substantiva*, capaz de submeter “à sua jurisdição o reino dos valores” e de avaliar “a maior ou menor racionalidade das normas”<sup>13</sup>. Registre-se: ainda, e mais do que nunca, uma racionalidade, e não a irracionalidade, a “vertigem”<sup>14</sup> que são – conjuntamente com o relativismo – as águas nas quais navega o pós-modernismo<sup>15</sup>.

Operacionalizar as formas de manifestação dessa nova racionalidade é a missão que hoje incumbe a um Código Civil como modelo normativo apto a realizar o equilíbrio entre as formas de regulação abstrata e geral (tendo em conta o princípio da segurança jurídica) e as formas de regulação casuística e plural, para tanto possibilitando a consideração das circunstâncias do caso, das singularidades do livre desenvolvimento da personalidade, bem como a efetiva desigualdade substancial das partes contratantes, tendo em conta o princípio da *justiça substancial*. E é *justiça “substancial”* porque não tem como pressuposto uma noção abstrata de sujeito de direito, mas tem como base cultural a idéia do Direito como “experiência normada”<sup>16</sup> e, como base axiológica “o indivíduo situado”, a pessoa humana considerada como “o valor-fonte de todos os valores”<sup>17</sup>, tese que Reale desenvolvera desde 1940 e à qual reputava “um papel fundamental” em seu pensamento, como fulcro do que denominara de “historicismo axiológico”<sup>18</sup>.

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas com base na concreção perpassa todo o Código Civil, seja por meio de sua linguagem (que alia modelos cerrados e modelos abertos<sup>19</sup>), seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros corpos normativos. Essa intertextualidade opera por meio de ligações *inter, intra e extra sistemáticas* com os valores do ordenamento, notadamente aqueles expostos na tábua axiológica dos direitos fundamentais. Tal é a concepção subjacente ao que tenho chamado de “a Era da Recodificação”, em contraponto ao célebre título dado por Irti, nos anos 70, aos ensaios que detectavam a opção de po-

lítica-jurídica, então ocorrente, da descodificação<sup>20</sup>. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das ciências naturais.

Tentarei provar esse argumento com algumas considerações acerca da base culturalista das soluções do novo Código (I), oferecendo, após, alguns exemplos das formas de comunicação entre o Código e as demais instâncias culturais, o que, no meu modo de ver, é, caracteristicamente, uma opção culturalista (II).

## I. A vocação prospectiva do novo Código: bases culturalistas

Das contribuições brasileiras para a Filosofia, é o culturalismo a mais relevante. Seu campo de atuação é privilegiadamente o do Direito, seja em razão de suas filiações históricas (nas quais avultam Tobias Barreto e a Escola do Recife), seja pela força do pensamento de Reale, agora consagrado legislativamente.

O que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como “paradigma central” nos domínios das ciências humanas. Não se trata, porém, de uma visão estratificada e estática da cultura: Reale aplica ao mundo da cultura o esquema da teoria tridimensional, segundo a qual toda experiência histórico-social é “uma *forma* resultante da correlação tensional entre  *fatos e valores*”<sup>21</sup>, para, assim, alcançar os três direcionamentos fundamentais da sua pesquisa acerca da cultura, a saber: a) uma relativa aos  *elementos factuais* que condicionam a ação humana<sup>22</sup>; b) outra relativa aos  *valores e fins* já adquiridos, ou intencionados a adquirir, dando origem a  *valorizações que se objetivam em bens* historicamente constituídos; e, c) outra pertinente às  *formas* que os bens culturais assumem, no curso da história<sup>23</sup>. Esses três direcionamentos não são seccionáveis, pois Reale rejeita o “fragmentarismo reducionista que caracterizou toda a cultura individualista burguesa<sup>24</sup>”, compreendendo a cultura

como  *totalidade e como processo*, o que não leva, porém, a eliminar a responsabilidade do homem na ação, mas a compreendê-la pela concreção, que é sempre, e necessariamente, contextual. Daí a sua afirmação de que “nenhuma estrutura cultural é uma ilha”<sup>25</sup>, estando no cerne da cultura a interdisciplinariedade, a processualidade, a dialeticidade e a integralidade, pois “a vida cultural não se ordena segundo ‘infra-estruturas’ e ‘superestruturas’, mas sim segundo ‘momentos’ de um processo<sup>26</sup>”, polarizado pela dialética da complementaridade.

Em face dessa ordenação processual, integral, interdisciplinar e dinâmica da cultura, as objetivações culturais “não se verificam sempre da mesma forma”<sup>27</sup>. Intuição e razão, ordem e desordem, desejo e vontade, acaso e necessidade, continuidades e discontinuidades, estão compostos na cultura. É preciso distinguir entre a experiência cultural pré-categorial e a experiência cultural intencionalmente ordenada ou predicativa, categorias que, por sua vez, também não são estanques<sup>28</sup>, mas intercorrelacionadas. Daí que, embora na experiência cultural intencionalmente ordenada seja mais pronunciada e efetiva a contribuição racional<sup>29</sup>, a cultura se apresenta como um verdadeiro  *a priori* do conhecimento e da ação humanos. Dirá Reale:

Assim sendo, desde o mais elementar ato de percepção, o percebido já surge como algo objetivo e transpessoal, de tal modo que jamais lograríamos compreender o significado do homem desvinculado do complexo variegado daquilo que ele exterioriza, como projeção e dimensão imediata de sua consciência intencional. É a razão pela qual costume afirmar que a cultura é  *o sistema aberto das “intencionalidades objetivadas”*, de tal sorte que o homem só pode ser integralmente compreendido levando-se em conta o que ele é como  *indivíduo “a se”* e o que ele é como  *sócio*, isto é, enquanto participe consciente ou não do complexo de imagens, símbolos, fórmulas, leis, instituições etc., ou seja, de todas as  *formas* que, no decurso do tempo, vão assinalando a incessante incidência de valores sobre o já dado ou positivado na história<sup>30</sup>.

A cultura é, em suma, o *a priori* – absolutamente não-estático – que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, *mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa*<sup>31</sup>. Daí o *a priori* cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um *processo de realização de valores*<sup>32</sup> que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural<sup>33</sup>.

Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, “uma espécie de experiência cultural”, “uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem”, apresentando-se sempre como “síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história”<sup>34</sup>. Daí que, para o culturalismo, o Direito só é compreensível como bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.

É bem verdade que esse “momento normativo” pode ter início na experiência da vida social; porém, essa experiência vai continuamente merecendo a atenção do legislador e dos órgãos jurisdicionais, sendo integrada pelas escolhas axiológicas dos órgãos que têm o poder de decidir: assim são recolhidas, e estruturadas em *modelos jurídicos*, as normas derivadas do “poder social”, expresso nos usos e costumes e na autonomia privada, bem como o poder estatal (poder de legislar e o poder de exercer a jurisdição). Os usos, a autonomia negocial, a legislação e a jurisdição constituem as quatro fontes que expressam a objetivação dos modos de sentir, de pensar e querer, culturalmente conformados.

Porém, essa objetivação – que é o ato de tornar algo objetivo, distinto do sujeito criador<sup>35</sup> – não se esgota num só momento, ela é *processual e prospectiva*: por intermédio de variados modos de com-

portamento (o exercício da autonomia privada, no plano negocial; reiterados modos de ser e entender, consolidados nos usos e costumes; a repetição de julgados dos Tribunais e as decisões do legislador), desenvolve-se a experiência normativa do Direito, que é experiência ditada pela cultura, e “sob cuja luz devem ser aferidos os contratos, obedecidos os costumes, obedecidas as decisões judiciais e cumprida a lei”<sup>36</sup>.

Mas esta “experiência normativa do Direito” – sendo cultural e axiológica (pois a cultura é processo de objetivação de valores) – não pode ser vista de modo formal, como quis o positivismo formalista: tem que *estar atada à experiência humana concreta*, à experiência de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história. Como dirá Novaes – ainda que sob diversa perspectiva filosófica – há sempre a relação da razão com a “carne do mundo” (expressão de Merleau-Ponty), o que está a significar que, na ordem da razão, devemos perceber que “o mundo sensível e o mundo histórico (são) sempre *intermundo*”<sup>37</sup>. Em outras palavras, “o acesso ao mundo se dá não apenas através do ‘espírito interior’, por meio da reflexão, mas também através do espírito difundido nas relações históricas e no mundo humano”<sup>38</sup>: como também observou Merleau-Ponty, “não há o homem interior”, na medida em que a relação do *cogito* “exige de nós experiência”<sup>39</sup>. Uma experiência, porém, que não é apenas vivida, não é apenas fato – é uma *experiência significativa*.

O formalismo abstrato, no Direito, ignorando essa percepção, é uma “perversão”, diz Reale, decorrente da cisão entre as estruturas predicativas (experiência cultural intencionalmente ordenada) e a experiência cultural pré-categorial, que constitui o “húmus fecundante da vida comum espontânea”<sup>40</sup>. Por isto o autor realiza a distinção e a correlação entre as fontes e os modelos no Direito.

Essa distinção/correlação é a que existe entre retrospectividade e prospectividade, entre estabilidade e processualidade, entre o que é ou foi, e o que

vem a ser. As fontes são estáticas, derivando do poder de decidir atribuído à lei, à jurisdição, ao poder negocial e ao costume. A idéia de modelo, diversamente, está ligada à de “projeto”, de “planificação lógica” e de “representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições”<sup>41</sup>. Daí que os modelos jurídicos,

não são meras criações da mente, mas, sim, o resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de Direito, para atender aos característicos de *validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva* dessas mesmas normas”<sup>42</sup>.

Em suma: a modelagem da experiência jurídica é feita pelo jurista “em contato direto com as relações sociais”<sup>43</sup>. Contudo, diferentemente do sociólogo, que descreve e explica as relações sociais, o jurista opera mediante normas que não são causais ou motivacionais, mas “produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses ou valores”<sup>44</sup>. Assim sendo, a atitude do jurista é racional e axiológica: as fontes e os modelos estão articulados, mas essa articulação não é de modo nenhum estática ou seccionada: trata-se de um processo complexo e racional de articulação entre as normas derivadas das várias fontes e modelos, o que pode produzir variadas combinações, tudo polarizado, porém, pelos valores constitucionais<sup>45</sup>, ao qual acresce a contribuição – entre nós relevantíssima<sup>46</sup> – dos modelos hermenêuticos, ou doutrinários, seja na colmatação de lacunas, seja no efetivo desenho dado à modelagem prescritiva, ao “projeto normativo” a realizar. Assim sendo, um verdadeiro sistema aberto de retrospectividades e de prospectividades exprime, em diversas e convergentes dimensões, a coexistência, no Direito, da experiência cultural pré-categorial e da experiência cultural predicativa. Reale diz:

sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito (romanos) não foi um escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras

no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a fórmula *iuris* que o *praetor* convertia em *norma iuris* através de sua decisão<sup>47</sup>.

Portanto, Reale vê o Direito como *ordenação racional e processual da experiência humana*, segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores<sup>48</sup>, que se afirmam e confirmam no tempo cultural. Por isto, dirá:

aos olhos do jurista o Direito se põe prevalentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o “retrato sintético do fato”: elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor<sup>49</sup>.

Isto é, o “momento normativo” do Direito se vai permanentemente modificando, constituindo um processo que não se esgota num só momento, nem está com os olhos voltados ao passado, ao momento da posição da norma na fonte: ele é prospectivo, devendo estar aberto às transformações nos modos de sentir, de pensar, e querer pelos quais a pessoa humana, valor-fonte do ordenamento, afirma-se, concomitantemente, como indivíduo e como membro da comunidade.

A sua noção do Direito como *ordenação da experiência humana* segundo certos valores – ordenação que se faz de modo prospectivo, dinâmico, processual e integrativo – perpassa todo o novo Código Civil, e está traduzida na sua estrutura e na noção de sistema que contém.

Esse é, agora, o viés de meu exame, para tentar demonstrar como operam, em dimensão prospectiva, as ligações *intra*, *extra* e *intersistemáticas* que permitem a comunicação entre as normas do próprio código, os fatos da vida social, e os valores do ordenamento.

## II. O Código como “razão comunicativa”, ou o “modelo da complementaridade intertextual”

A razão está no centro da atitude *moderna*, palavra que, desde o século V (quando surge no léxico ocidental), possui a conotação de uma “descontinuidade proposital do novo diante do antigo”<sup>50</sup>, para expressar a consciência de uma nova época<sup>51</sup>. E está no centro dessa atitude porque há, entre razão e crise, estreito parentesco etimológico<sup>52</sup>, e porque em nossa época, como em qualquer outra, só a razão é crítica, porque “seu meio vital é a negação de toda a facticidade”<sup>53</sup>: o irracionalismo, seu oposto, é sempre conformista, “pois seu modo de funcionar exclui o trabalho do conceito, sem o qual não há como dissolver o existente”<sup>54</sup>.

A razão tem sido rejeitada quando tomada como uma sinédoque: à palavra “razão” parece ter sido colada a etiqueta da razão cartesiana, ou da razão formal, submetida exclusivamente à jurisdição da lógica formal, ou da razão instrumental, ocupada com os meios, e não com os fins. Espírito fundante da modernidade iluminista, Descartes acoplou a idéia de razão à de unidade, pretendendo revesti-la de um estatuto autônomo: “Da mesma forma que o Sol é o único sol que ilumina todas as coisas, a razão também é única”, dirá Husserl, citando Descartes em sua famosa “Conferência de Viena”<sup>55</sup>, do que decorrerá, como conseqüência, o totalitarismo da razão única, monológica, já que a ideologia totalitária se reduz à “lógica de uma idéia” que convence mediante o encadeamento de deduções a partir de uma premissa falsa ou mentirosa<sup>56</sup>. Porém, não devemos seguir a perigosa trilha da sinédoque, tomando a parte pelo todo: agora já não mais se trata de uma subserviência à razão iluminista, totalitária e excludente, nem da razão instrumental, “cuja competência se esgota no ajustamento de meios a fins”<sup>57</sup>, nem mesmo de uma razão limitada ao ajustamento às categorias da lógica formal, que se ocupa da forma, mas não da substância<sup>58</sup>. A nossa modernidade

requer uma *razão sensível, substantiva, processual e comunicativa*. Esclareçamos essas expressões:

A *razão sensível* é a que ultrapassa a tradicional cisão entre o sujeito e o objeto, percebendo o *intermundo* de Merleau-Ponty<sup>59</sup>. É o que, em outras palavras, apontara Reale, ao situar a relação entre objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente na “*circunstancialidade em que o conhecimento se processa*”<sup>60</sup>, isto é, na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos. A *razão substantiva* é aquela capaz de pensar fins e valores<sup>61</sup>, a que considera o homem como um projeto – sujeito a condicionalismos, por certo, mas voltado à concreção de virtudes. E, por fim, a *razão processual e comunicativa* é a que não se fecha sobre si, não é axiomática, mas está aberta ao devir e à interação das instâncias culturais.

Por isto é que, em contraposição ao irracionalismo que domina a Teoria Pós-Moderna, proponho – recepcionando a expressão de Habermas, que alude à *razão comunicativa*<sup>62</sup> – compreender-se, contemporaneamente, a categoria da razão como denotativa de uma racionalidade atenta aos condicionamentos materiais e psíquicos da ação humana, aos entrelaçamentos entre saber e poder, postos a nu por Max, Freud, Adorno e Foucault<sup>63</sup>, e, portanto, de uma racionalidade elástica, não-axiomática, e, bem assim, flexível, que conduza a um método jurídico dotado das mesmas virtudes<sup>64</sup>. Daí a idéia de uma “racionalidade comunicativa”. E daí porque os instrumentos que a expressam, juridicamente, devem estar abertos à intertextualidade, permitindo a construção de mecanismos de freios e contrapesos a esses condicionalismos.

Essas conotações dadas à razão, em nossa modernidade, parecem-me adequadas para visualizar, do ponto de vista metodológico, o novo Código Civil, evidenciando o que nele deriva do culturalismo de Reale. A idéia de a experiência jurídica se ir continuamente formando e completando, em acordo aos dados culturais prevaletentes – dados da comu-

nicabilidade humana – está expressa na estrutura, na metodologia e na linguagem do novo Código Civil. Esta é diversa da empregada no Código de Bevilacqua que encerrava, ainda, (perfazendo o modelo da codificação oitocentista), a “razão totalitária” ou monológica, fundada na pretensão de completude lógica e legislativa que acabou realizando o *modelo da incomunicabilidade*.

O novo código, pelo contrário, atento à processualidade da experiência, instaura a “razão comunicativa” ao *situar a permanente, mas coordenada, intertextualidade* entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extrajurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o *modelo da complementaridade intertextual*.

Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da socialidade, da eticidade e da operabilidade –, e é possibilitada pela conexão entre a *estrutura* (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*<sup>65</sup>.

A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permitindo a apreensão de três ordens de conexão sistemática, a saber: a) conexões intra-sistemáticas; b) conexões intersistemáticas; c) conexões extra-sistemáticas.

Tradicionalmente o código – o código oitocentista, portador da “razão totalitária”, excludente de quaisquer fórmulas de comunicação entre o jurídico e as demais instâncias sociais – comportava tão somente conexões intra-sistemáticas. Isto significa dizer que as suas normas, quando não-vistas como mônadas leibnizianas, interagem quase que exclusivamente entre si. A comunicação com as demais normas do ordenamento operava exclusivamente ao modo formal, segundo os cânones da lei no tempo, da lei no espaço, e da hierarquia das fontes legislativas.

A concepção realeana dos modelos jurídicos provoca uma substancial modificação nesse rígido esquema formal. Não apenas as normas se estruturaram como modelos, estando abertas para o futuro, como os modelos interagem entre si, numa complexidade *ordenada e sinalizada* pelo valor a tornar concreto na situação a ser resolvida. Tomo como exemplo a modelagem da responsabilidade civil.

O modelo anterior, do Código de 1916, concentrava no art. 159 os pressupostos e a consequência da responsabilidade subjetiva (dever de indenizar). Nos arts. 1.518 a 1.532 estava a definição de algumas espécies.

Agora, na Parte Geral, dão-se apenas as condições da ilicitude – um dos pressupostos da responsabilidade civil (arts. 186 e 187) – cujo conteúdo material é *renovado*: a ilicitude não é apenas “ilegalidade”, não está atada exclusivamente à consequência indenizatória, pressupõe uma idéia de direito subjetivo como *integração de liberdades coexistentes*, como algo que já nasce “conformado” no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento. Assim, deve ser concretizada a noção de ilicitude a partir de conceitos semanticamente abertos, como “conduta contrária à boa-fé”, ou “ato desviado do fim econômico-social do negócio”<sup>66</sup>, desta forma se alargando extraordinariamente o campo semântico da ilicitude à vista de determinados valores objeto da tutela do ordenamento jurídico para coibir-se o uso inadmissível de posições jurídicas.

Como se percebe, a diferença do modelo anterior (que conotava automaticamente a ilicitude civil ao dano e ao dever de indenizar) é imensa. Se na Parte Geral estão as condições da ilicitude (arts. 186 e 187), a obrigação de indenizar ganhou autonomia (arts. 927 a 943), demonstrando que, embora seja a mais corriqueira e relevante consequência da ilicitude civil, não é, contudo, o seu único efeito. Separadamente, tratou-se da indenização (arts. 944 a 954).

Marquemos o significado da autonomização da obrigação de indenizar, que encontra paralelo no Código Civil português. Como assinala Almeida Costa, em referência ao Código português, “trata-se de uma importante novidade de ordem sistemática”<sup>67</sup>, pois se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva). Essa disciplina unitária abarca universo extenso, recortando-se, no Título IV, a responsabilidade que deriva do inadimplemento de obrigação, a qual, todavia, não está afastada, seja ontologicamente, seja na principiologia e em numerosas regras concernentes ao regime jurídico do universo geral da responsabilidade por danos.

A esta estrutura inovadora combina-se um novo conteúdo material. Para além do alargado campo da ilicitude, antes apontado, foram incorporados, à responsabilidade civil, vários princípios dotados de elevada carga axiológica: exemplificativamente, o *princípio da equidade*, estabelecido no parágrafo único do art. 928, em caso de dano causado por incapaz; o *princípio da proporcionalidade*, contido no parágrafo único do art. 944; o princípio da *gravidade da culpa concorrente da vítima*, posto no art. 945, e ainda as regras especiais a certos tipos de dano dos arts. 948 a 954, além da importantíssima cláusula geral de *responsabilidade objetiva pelo risco*, a teor do parágrafo único do art. 927, assentada na noção de *estrutura social*.

É justamente aí, no parágrafo único do art. 927, que está mais fortemente marcada a concepção culturalista. O novo código institui espécie de *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, ao determinar o nascimento do dever de indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Em outras palavras, é a noção metajurídica de “atividade normalmente exercida pelo autor do dano, que implique risco”, a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, o que permite a construção progressiva de várias espécies de responsabilidade por danos, conformando uma visão prospectiva da experiência jurídica, da norma como “experiência normada”.

Em suma, a estrutura dada à responsabilidade civil enseja traçar conexões intra-sistemáticas (sendo preciso, para definir o regime aplicável, conectar várias normas do código); intersistemáticas (reenviando para outros estatutos normativos, como a Constituição, em tema de danos à pessoa, ou ao Código de Processo Civil); e extra-sistemáticas (atirando para fora do sistema jurídico, avaliando, por exemplo, a proporcionalidade entre a conduta culposa e o efetivo dano, segundo dados estatísticos). Do desenho traçado por essas conexões é que, conforme a situação de fato e do valor incidente, modelar-se-á a normativa incidente, e se estabelecerá a medida do dever de indenizar.

Aliás, o código é pródigo ao estabelecer conexões extra-sistemáticas, enviando o intérprete para fora do sistema jurídico na medida em que deve buscar dados nos demais subsistemas sociais (Sociologia, Engenharia, Economia, Medicina, Estatística, Biologia, Informática etc.) para completar a estatuição das normas “parcialmente em branco” que contém, conferindo, assim, amplo espaço de concreta normatividade aos *usos* e direcionando a autonomia privada à função social e a outros ditames éticos, como a boa-fé (v.g. arts. 113, 128, 187, 421, 422).

Por fim, a nova lei requer, permanentemente, a conexão com elementos intersistemáticos, o que marca a sua intertextualidade. Tomo como exemplo o art. 21, segundo o qual “*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias*

para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”: isto está a significar que o juiz tem o dever de determinar a providência que, à vista das circunstâncias, entenda mais adequada à *otimização do conteúdo* da norma protetiva, podendo essa providência consistir na adoção de medida cautelar, antecipatória da tutela definitiva, a imposição de *astreintes*, de obrigação de não-fazer, de perdas e danos ou outras medidas contidas no Código de Processo Civil.

Daí sairá desenhado o modelo concreto – a perfazer-se *naquele caso* – da ligação intersistemática entre o Código Civil e a garantia constitucional fundamental à vida privada e à intimidade, e também com as normas processuais, que são um importantíssimo meio de dar efetividade aos direitos fundamentais, possibilitando abarcar casos de ferimento à vida privada que são hoje, porventura, tecnicamente inimagináveis.

Observa-se, portanto, que o código já não sintetiza todo o Direito Civil – e nem pretende fazê-lo. Ele requer uma permanente complementação com as demais normas do sistema, em especial com os direitos fundamentais, que espelham a tábua de valores essenciais do sistema, a partir do assentamento de um valor de base, estruturante e fundante de todos os demais: o da *dignidade da pessoa humana*, o “valor-fonte” de todos os valores. Daí a idéia de “construção permanente”, que é tipicamente culturalista: não uma construção conceitual ao modo pandectista, mas uma construção atada à experiência social concreta, à “ética da situação<sup>68</sup>”.

## Conclusão

Na nossa época de relativismo cultural e de louvação do irracionalismo, um código culturalista tem a virtude de instaurar um *novo padrão de racionalidade no Direito Privado*.

Autores como Habermas<sup>69</sup>, Finkelkraut<sup>70</sup>, Sebrel<sup>71</sup> e Rouanet<sup>72</sup> têm um ponto em comum:

opõem à vertigem irracionalista, ao relativismo cultural (que é, *et pour cause*, relativismo axiológico) e à postura anti-histórica (porque marcadamente historicista), a *racionalidade* como única via para o exercício da crítica, para a não-submissão à facticidade, para o não-conformismo, para a abertura de uma ordem que é taxionomia, ordem humana, humanamente arranjada.

Concordando com esses autores, penso que o novo código tem a missão, fundamental, de assegurar a racionalidade no Direito. Mas penso, igualmente, que essa é uma racionalidade que não é mais aquela da razão iluminista ou monológica, que marcou a codificação oitocentista.

Uma racionalidade comunicativa – como a que o novo código pode assegurar – não interdita a possibilidade de controvérsias, motivo pelo qual o raciocínio tópico não lhe é adverso: os princípios, insertos nas cláusulas gerais do código, funcionam como *loci*, como *pontos de partida* para a formação do raciocínio, como “lugares-comuns” para o andar em torno ao problema, na busca de sua solução<sup>73</sup>. Essa racionalidade não se quer matematicamente lógica, nem burocraticamente instrumental: ao contrário, tem “jurisdição sobre o mundo dos valores e dos fins<sup>74</sup>”, porque, como explica Rouanet, o universo das normas está sujeito aos mesmos critérios de racionalidade processual que o universo dos fatos e “nos dois casos, só a argumentação racional pode decidir da validade de uma afirmação que se pretende verdadeira, ou de uma norma que se pretenda justa<sup>75</sup>”.

Por que um código aberto, polarizado por valores, é apto para instrumentalizar esta razão? Em outras palavras, em que medida essa metodologia e uma nova linguagem, fundada em princípios e cláusulas gerais, assegura ao Código Civil uma “racionalidade comunicativa” fundada numa ética de princípios?

Penso que assim ocorre porque o Código configura um sistema aberto e móvel, sendo do-

tado das válvulas de abertura axiologicamente orientadas. As suas cláusulas gerais, conectadas à sua estrutura, permitem a imediata captação dos valores, notadamente aqueles expressos na tábua axiológica dos direitos fundamentais, e a sua difusão no interior do seu próprio *corpus*, desta feita por meio das ligações intra-sistemáticas. Daí que o código enseja ao intérprete/aplicador do Direito o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. Em consequência, as cláusulas gerais situam o código no plano da concretude e auxiliam a concretizar os direitos fundamentais na dimensão da experiência jurídica, dinamicamente considerada como dimensão da cultura.

É dimensão da concretude porque, viabilizando a “*ética da situação*” – o indivíduo situado, e não o ser abstrato<sup>76</sup> – permite, pela concreção judicial dos modelos abertos, a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem modificar a sua letra. Assim podem ser minimizados os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do “direito vivente”, da experiência jurídica concreta.

Em contrapartida, ganhando em potencialidade técnica para a concreção, pode o Código Civil cumprir com a sua responsabilidade ética e política de garantir a *unidade mínima* – conceitual e valorativa – que possibilita a sistematização do Direito, evitando recair numa espécie de neo-exegetismo das leis especiais<sup>77</sup>, cada uma sendo entendida como um átomo, mil átomos apontando a direções diversas. Nessa perspectiva, pode o código desenvolver, em complementação à Constituição, a função de garantia e proteção da vida civil<sup>78</sup>, atuando como “o fio da razão ordenadora<sup>79</sup>” em torno da qual se desenvolvem as relações privadas.

O Código Civil já não tem, agora, o caráter constitucional que tinha na experiência oitocentista, mas retorna ao centro do sistema para cumprir a função de garantia e assumir a responsabilidade de unificar (melhor diríamos: de harmonizar) o caos irracional dos microssistemas<sup>80</sup>, promovendo a comunicação, racionalmente ordenada, entre os direitos fundamentais e as instâncias normativas infraconstitucionais. Na crise instaurada pela globalização – que é imposição política da (des)razão do mercado – o código se apresenta, enfim, como continuidade da *vida civil*, continuidade axiológica, porém, continuidade não-linear, porque os valores que encerra – da socialidade, eticidade e operabilidade – estão em permanente referência histórica.

#### Notas

<sup>1</sup> Este texto é consequência de palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado em João Pessoa, em agosto de 2002, organizado pelo Professor Miguel Reale a cuja memória, uma vez mais, rendo a minha mais comovida homenagem. Essa versão é, com pequenas revisões de linguagem, a que está publicada em *in Boletim da Faculdade de Direito, da Faculdade de Coimbra*, v. 78, p. 126, Coimbra – Portugal, 2002. Há também versão em língua espanhola (Culturalismo y Experiencia en el Nuevo Código Civil) na obra: *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Org. Alterini, Atílio e Nicolau, Noemi. Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 125/144. Agradeço a leitura e o sempre profícuo diálogo com Cláudio Michelon Jr.

<sup>2</sup> Acerca do tema escrevemos, juntamente com Gerson Branco, em *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002.

<sup>3</sup> A saber, aquele em que a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, antes consistindo num “modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta”. (Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 191).

<sup>4</sup> A expressão é de Irti, Natalino. *Società civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 16. Assim indica o autor a “síntese de unidade e de multiplicidade” que concretiza a expressão “Estado pluralista”, a cisão entre o “cidadão” e o “homem”, a extraordinária variedade dos grupos sociais, de modo que a “transversalidade” decompõe antigas e rígidas antíteses, reconstruindo uma nova fisionomia da sociedade civil.

<sup>5</sup> A multiplicidade e a concomitância dos diferentes papéis sociais está ligada, em larga medida, à planificação, típica da racionalidade produtiva que caracteriza a nossa sociedade. Os confins do local do trabalho invadem o lar, espaço privado por excelência; os meios de comunicação de massa modificam os hábitos domésticos; a racionalidade produtiva transforma trabalhadores em consumidores, massifica e automatiza e despersonaliza

os negócios de troca (vide Irti, Natalino. *Società civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 18 e 19). A multiplicidade dos papéis sociais, a sua confusa concomitância, acaba por deslocar e confundir a essencial compreensão individual do “papel no mundo” que cada um de nós desempenha.

<sup>6</sup> Entre os representantes das várias acepções dessa teoria, veja-se, exemplificativamente, Santos, Boaventura: *La transición postmoderna: derecho y política*, in *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 223-263; Ballestros, Jesús, *Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa* (respuesta a Javier de Lucas), in *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 301-306; Arnaud, André-Jean, *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 a 178 e Ghersi, Carlos Alberto. *Metodologías de la investigación en Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

<sup>7</sup> Arnaud, André-Jean. *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 152.

<sup>8</sup> As referências são às teses de Fukuyama e de Foucault, confirmadas por Arnaud, que é explícito: “Passada a moda da filosofia ‘moderna’, fala-se do surgimento do pós-modernismo, e, com ele, de ‘destruição’, de ‘morte do homem’ (Arnaud, André-Jean. *De la globalisation au postmodernisme en droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 e 148, traduzimos).

<sup>9</sup> Habermas, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa, Dom Quixote, 1998, Prefácio.

<sup>10</sup> A metáfora é de Sebrelli, Juan José. *El asedio a la modernidad – crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, ao referir-se à “Filosofía del Derecho”, de Hegel, segundo o qual, “o espírito dos povos, as nações, os deuses-lares, estavam limitados por sua particularidade e deviam submeter-se ao juízo universal, ao espírito do mundo, à história universal erigida em um tribunal supremo” (p. 25)

<sup>11</sup> Gris, Juan, citado por Habib, Claude, na Introduction à tradução francesa da obra de Arendt, Hannah, *Penser l'événement*, Paris, Bélin, 1989, p. 15, em tradução livre: “Sem o abstrato, como dominar o concreto?/ E sem o concreto, com o que dominar o abstrato?”.

<sup>12</sup> Porque a Filosofia moderna ensinou, fundamentalmente, que temos que pensar por nós mesmos, o que está na base do *sapere aude* kantiano e de toda a possibilidade de uma atitude crítica, que é sempre uma atitude ditada pela razão. Refiro-me, naturalmente, à “razão dos modernos”, que inaugura uma linha : a da “razão iluminista”, hoje *insuficiente* (como adiante tentarei explicar), mas não passível de substituição pela sua antítese, o irracionalismo.

<sup>13</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.

<sup>14</sup> A expressão é de Arnaud, André-Jean, *De la globalisation au postmodernisme en Droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 149.

<sup>15</sup> Afirma Anthony Carty, citado por Arnaud: “ A Lei, com um L maiúsculo, a Razão, com um R maiúsculo, o Homem, com um H maiúsculo, formam uma *Trindade defunta*” (Arnaud, André-Jean, *De la globalisation au postmodernisme en Droit*, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 149, traduzimos e grifamos) . Acerca do irracionalismo como marca cultural do pós-modernismo, veja-se, ainda, Sebrelli, Juan José, *El asedio a la modernidad – crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991, p. 25 a 42, traçando a genealogia entre os pré-românticos alemães (notadamente Herder), que contrapunham o local ao universal, e o irracionalismo filosófico (Spengler, Feyraband), e político que veio, a final, percorrendo os caminhos da filosofia cíclica e catastrófica da história, desembocar no nazismo. Veja-se, ainda, a lúcida análise de Rouanet, Sérgio Paulo, *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

<sup>16</sup> Reale, Miguel, “De Dignitate Jurisprudentiae”, in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 275, chegando mesmo a afirmar não ser adequado, a rigor, sequer falar em “norma e situação normada” porque “a norma é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o valor e o fato em uma síntese dinâmica” (idem, ibidem).

<sup>17</sup> Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 305.

<sup>18</sup> Reale, Miguel, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 305, nota 26a.

<sup>19</sup> Examinei o Código sob essa perspectiva in *O Direito Civil como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, em *Revista dos Tribunais*, v. 753, São Paulo, jul. 1998.

<sup>20</sup> Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 3ª ed., 1989.

<sup>21</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 20, grifos do autor.

<sup>22</sup> Dirá, em *Fundamentos do Direito*: “ o jurista move-se com certa liberdade na esfera do *construído*, mas não pode deixar de se subordinar ao *dado*”. O “dado”, porém, “pode ser natural, histórico, racional ou ideal”. (Reale, Miguel. *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 297).

<sup>23</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 20.

<sup>24</sup> Reale, Miguel. *Fundamentos do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed. fac-simile da 2ª ed. revista, 1998, p. 291.

<sup>25</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 21.

<sup>26</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 22.

<sup>27</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 22.

<sup>28</sup> Pelo contrário, afirma, “ambas coexistem permanentemente, influenciando-se de maneira recíproca” (Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 23).

<sup>29</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 23.

<sup>30</sup> Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 25, grifos do autor e nossos.

<sup>31</sup> Entre outras obras de Reale que tratam do “a priori cultural” veja-se *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.

<sup>32</sup> Reale, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 6.

<sup>33</sup> Assim o nosso “Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história”, em *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*, Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

- <sup>34</sup> Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p.p. 111 e 112.
- <sup>35</sup> Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXI.
- <sup>36</sup> Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXII.
- <sup>37</sup> Novaes, Adauto, em *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.
- <sup>38</sup> Novaes, Adauto, em *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p.p. 16e 17.
- <sup>39</sup> Novaes, Adauto, em *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 17. A referência é ao prefácio, de Merleau-Ponty, à *Fenomenologia da percepção*.
- <sup>40</sup> As expressões entre aspas estão em Reale, Miguel. *O homem e seus horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª ed., 1997, p. 23.
- <sup>41</sup> Reale, Miguel. *Fontes e modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40.
- <sup>42</sup> Reale, Miguel. *Fontes e modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 40.
- <sup>43</sup> Reale, Miguel. *Fontes e modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41.
- <sup>44</sup> Reale, Miguel. *Fontes e modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41.
- <sup>45</sup> Esclarece Reale: “se o ordenamento jurídico não tem a graduação lógica atribuída à Kelsen ao sistema do Direito nacional e internacional, reconhece-se, geralmente, que, em virtude de sua subsunção à mesma ordem constitucional, ele se constitui, tudo somado, como unidade coerente e complementar, cujas lacunas e contradições é mister superar” (Reale, Miguel. *Fontes e modelos no Direito – para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 41). A unidade é, porém, *in fieri*, e resulta da complementaridade dos modelos jurídicos que se põem, processualmente, de modo “aberto” no ordenamento (idem, *ibidem*).
- <sup>46</sup> Procurei acentuar o peso da modelagem doutrinária entre nós (o que é uma característica verdadeiramente nacional) em “A boa-fé como modelo”, em Martins-Costa, Judith, e Branco, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. p.191-193.
- <sup>47</sup> Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. XXIII.
- <sup>48</sup> Já na sua obra de 1940 (*Fundamentos do Direito*), Reale propõe uma crítica ao positivismo – uma crítica que o ultrapasse, não se limitando à mera negação e enfrenta o problema específico da experiência jurídica, questionando: “Como é, em suma, que o jurista parte dos fatos, que ‘são’, para atingir a esfera daquilo que ‘deve ser’? Ora, como já havia dito Kant, não podemos encontrar, na simples verificação daquilo que é, a indicação do que deva ser, sendo essa uma verdade que não se pode contestar.” Propõe, em consequência, uma teoria do conhecimento que esteja atenta a todos os aspectos da realidade, já que “toda a compreensão parcial da experiência determina uma compreensão parcial do real. Esta Teoria do Conhecimento desemboca na noção de experiência, que é um conceito complexo, não-redutível ao factual, ao dado sensível, mas como um conceito que, atendendo à dialeticidade e a historicidade do conhecimento, não desconhece o fator preponderante do valor no processo cognoscitivo (estabelecendo a ligação entre fato/valor/norma e a experiência).
- <sup>49</sup> Reale, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 201.
- <sup>50</sup> Habermas, Jürgen. Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em *A constelação pós-nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168.
- <sup>51</sup> Habermas, Jürgen. Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em *A constelação pós-nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 168.
- <sup>52</sup> Como explica Bornheim, a origem grega da palavra crise e de seus derivados (crítica, crítico, critério) está ligada ao verbo *krino*, que apresenta os seguintes significados: 1) escolher, separar, distinguir, discernir o verdadeiro do falso; 2) julgar, pronunciar um julgamento; 3) decidir, pronunciar. Na voz média, significa escolher, decidir, julgar, explicar, disputar. (Bornheim, Gerd. Crise da ideia de crise, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 49). Já o termo razão, o latino “ratio”, “logos”, em grego, também quer dizer “julgar”, “faculdade de pensar” – “pensar” que é “pesar”, decidir, como acentua Novaes, Adauto, em *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 11.
- <sup>53</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
- <sup>54</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
- <sup>55</sup> A referência está em Novaes, Adauto. *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 13.
- <sup>56</sup> A proposição, que é de Hannah Arendt, foi retomada por Lefort, Claude. O imaginário da crise, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 29.
- <sup>57</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
- <sup>58</sup> Acerca das insuficiências da razão, entendida como categoria exclusivamente lógico-formal, para o trabalho do jurista, veja-se Haba, Enrique. Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible? Em *Doxa*, vols. 7 e 8, p.169-247 e 241-269, Alicante, 1990.
- <sup>59</sup> Citado por Novaes, Adauto. *A lógica atormentada*, em *A crise da razão*. (org.). Novaes, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 16.
- <sup>60</sup> Entre outras obras de Reale que tratam do “a priori cultural” veja-se *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- <sup>61</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12.
- <sup>62</sup> Habermas propõe, na verdade, a categoria da “ação comunicativa” e de uma “racionalidade comunicativa” (vide *Teoria de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madri, Taurus, 2ª ed., 2001, p. 70 a 136), expressões que, no contexto de sua obra, conotam a ideia de ser a razão validada *consoante o contexto*, e na medida em que aceita num processo argumentativo, levado a cabo sem deformações externas ou internas. Em síntese muito apertada, Habermas propõe operar a razão num meio lingüístico que se reflete, como tal, nas relações entre o homem e o mundo. A ação humana, concomitantemente situada no mundo objetivo e no mundo subjetivo, é uma ação reflexiva, situando-se, então, a problemática da racionalidade, como um “mecanismo de coordenação da ação

humana”. Utilizo a expressão “razão comunicativa” em outro contexto filosófico porque é diverso, na comparação entre Habermas e Reale, o papel e a compreensão da cultura, embora a expressão, por si só, pareça-me de grande expressividade para situar a ideia do código como uma ordenação jurídica flexível e racional, processual e interdisciplinar, “comunicativa”, nessas acepções, com as demais instâncias culturais.

<sup>63</sup> Veja-se a análise de Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 12 e ss.

<sup>64</sup> Não se confunda, porém, “racionalidade” e “método”, embora, por vezes, os dois termos apareçam equívocos, como adverte Haba, Enrique. *Racionalidad y Método para el Derecho: es eso posible?* Em *Doxa*, v. 7, p. 171 e 172.

<sup>65</sup> Para o exame da estrutura e da linguagem do novo código, permitimo-nos remeter ao texto “O Novo Código Civil – em busca da ‘ética da situação’”, em Martins-Costa, Judith, e Branco, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 95-130.

<sup>66</sup> O art. 187 contempla casos em que a ilicitude que não provém do resultado de uma violação a direitos alheios, mas de meios empregados, quando o ato afronta princípios de imensa densidade axiológica, como a boa-fé; assim, exemplificativamente, o ato que fraudar legítimas expectativas alheias.

<sup>67</sup> Almeida Costa, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 692.

<sup>68</sup> Assim o nosso “O Novo Código Civil Brasileiro: Em Busca Da “Ética Da Situação”, em *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*, Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

<sup>69</sup> Veja-se, em especial, Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manoel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª ed., 2001; *A constelação pós-nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001; e

<sup>70</sup> Finkelkraut, Alain. *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

<sup>71</sup> Sebrelli, Juan José. *El asedio a la modernidad- crítica del relativismo cultural*, Buenos Aires, Sudamericana, 1991.

<sup>72</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000.

<sup>73</sup> Tentei demonstrar essa possibilidade ao examinar o raciocínio que tem sido empregado em relação ao princípio da boa-fé objetiva em *A boa-fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 364-377.

<sup>74</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.

<sup>75</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2000, p. 15.

<sup>76</sup> Reale, Miguel. *O Código Civil e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986.

<sup>77</sup> Alerta Irti que o fenômeno da descodificação e a emergência de leis especiais, que se movem sob o impulso das contingências econômicas ou das emergências políticas, “estranhas a qualquer escrupulo técnico ou preparação doutrinária, “*si esauriscono nella lettura esegetica*”, conduzindo a métodos de neo-exegese. (em *Códice Civile e società política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. P. 48).

<sup>78</sup> Irti, Natalino, em *Códice Civile e società política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. P. 14.

<sup>79</sup> A expressão é de Irti, Natalino, em *Códice Civile e società política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. P. 70.

<sup>80</sup> Assim observa Irti, Natalino, em *Códice Civile e società política*, Roma, Laterza, 3ª ed., 1999. P. 15.

#### Referências Bibliográficas

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARENDETT, Hannah. *Penser l'événement*, Paris, Bélin, 1989.

ARNAUD, André-Jean. De la globalisation au postmodernisme en droit, em *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la Philosophie du Droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998.

BALLESTROS, Jesús. Razones a Favor de una Postmodernidad Alternativa (respuesta a Javier de Lucas), in *Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 6, 1989, p. 301/306.

BORHEIM, Gerd. Crise da ideia de crise, em *A crise da razão*. (org.). NOVAES, Adauto, São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 47/66.

FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *Metodologías de la investigación en Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Gowa, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa – racionalidad de la acción y racionalización social*, tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 2ª ed., 2001.

HABERMAS, Jürgen. Concepções da Modernidade – um olhar retrospectivo sobre duas tradições, em *A constelação pós-nacional – Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

HABA, Enrique. Racionalidad y método para el Derecho: es eso posible? Em *Doxa*, v. 7 e 8, p.169/247 e 241/269, Alicante, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa, Dom Quixote, 1998.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 3ª ed., 1989.

IRTI, Natalino. *Società civile*, Milão, Giuffrè, 1992.

IRTI, Natalino. *Códice Civile e società política*. Roma, LATERZA, 3ª ed., 1999.

LEFORT, Claude. O imaginário da crise, em *A crise da razão*. (org.). NOVAES, Adauto. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 1999, p. 27/46.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Civil como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, em *Revista dos Tribunais*, v. 753, São Paulo, jul. 1998.