

O DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA PÓS-POSITIVISTA: uma nova interpretação a partir da redefinição do conceito de liberdade.

THE CIVIL LAW ON PERSPECTIVE POSTPOSITIVIST: a new interpretation starting from redefinition of freedom concept.

Aloísio Alencar Bolwerk¹

Sérgio Augusto Pereira Lorentino²

RESUMO: O artigo discute a necessidade de uma nova visão do intérprete do Direito Civil considerando a fenomenologia da sociedade atual e suas implicações nas relações civis, tomando-se como elemento vital da pesquisa os novos padrões de liberdade e a própria necessidade de redefinição de seu conceito. As novas dinâmicas da sociedade moderna, notadamente a sociedade de consumo, impõem o rompimento com uma série de postulados do Direito Civil, de índole liberalista, cujos institutos, ainda em grande parte, servem ao Direito Civil atual. Todavia, essa mesma sociedade, aspira outras necessidades (tutela interventiva do Estado, tutela social, solidariedade, equivalência material) não mais sendo possível uma ótica positivista ante à sua limitada capacidade de adaptação e mobilidade frente ao dinamismo social e econômico atualmente verificados.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO CIVIL. INTERPRETAÇÃO. SOCIEDADE. MODERNIDADE. ESTADO. INTERVENÇÃO. LIBERDADE. REDEFINIÇÃO.

ABSTRACT: *The article discusses the need for a new vision of the interpreter of Civil Law considering the phenomenology of contemporary society and its implications on civil relations, taking as a vital element of the research on new standards of freedom and the own need to redefine its concept. The news dynamics of modern society, especially the consumer society, which requires a break with a series of postulates Civil Law of nature liberalism, whose institutes, still large ly serve the current Civil Law. Nowadays this same society which another the needs (protection on state interventionist, social care, solidarity, material equivalence) is not identified a positivist optic.*

KEYWORDS: CIVIL LAW. INTERPRETATION. SOCIETY. MODERNITY. STATE. INTERVENTION. FREEDOM. REDEFINITION.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC/MG. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Tocantins e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins. Advogado.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Tocantins. Doutorando em Direito Privado pela PUC/MG. Professor de Direito do Consumidor da Universidade Federal do Tocantins e da Faculdade Serra do Carmo. Diretor-Geral da Escola Superior da Advocacia do Tocantins. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

As relações sociais são marcadas pela mutabilidade e pela capacidade de transição que estão suscetíveis no tempo e no espaço. O Direito – apresentado enquanto sistema e instrumento normativo – já não consegue acompanhar e adequar-se ao ritmo do embalo assistemático da sociedade. Mas é neste enredo de certa “imperfeição” que a “Ciência Jurídica” aporta-se em métodos e critérios interpretativos para refletir o “pensar do fenômeno da dinâmica social”³.

Assim é que o Direito, em sua vertente mais arraigada às relações privadas, tendo como símbolo maior desta representatividade o Código Civil⁴, passou a receber interpretações novas que romperam com a moldura interpretativa do diploma civilista outrora implantada e segmentada na Ordem Jurídica pátria.

Tal mudança de paradigma teve início na Europa por meio da corrente pós-positivista, ganhando força e amplitude no Direito brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988. Neste passo, a tendência jurídica – atualmente representada não apenas pela ordem normativa positivada, mas também por mecanismos hermenêuticos de interpretação do Direito e pelo ativismo judicial – ganha espaço para estabelecer novos paradigmas de compreensão e adequabilidade do Código Civil, que já não pode ser mais analisado como uma Lei unitária e isolada; que em momento anterior representava um complexo sistema de normas positivadas e ordenadas dentro de um Código que *de per se* tinha soberania normativa sobre as demais leis. Mas sim um diploma legal que indubitavelmente fora afetado pela concepção pós-positivista de interpretação do Direito.

A Constituição Federal de 1988 prega o estado do bem-estar social, é cidadã e a favor do homem e de sua dignidade. O seu conteúdo normativo está calcado na humanização das relações sociais a partir de princípios de cooperação, igualdade substancial, prevalência dos direitos humanos e também pela eficácia e efetiva aplicação dos direitos às situações concretas. O Direito Civil não ficou à margem deste espírito humanístico e passa a suportar esta força irradiadora constitucional de natureza pós-positivista, e a *pari passu* o Código Civil ganha contornos interpretativos que flexibilizam e humanizam sua aplicação às relações sociais privadas. Em verdade o Diploma Civilista de 2002 já nasceu “contaminado” (ou

³ Importante consignar desde já o enfoque atribuído ao Direito, enquanto Ciência, portanto dotado de método sistematizado e natureza tecnicista e mecânica, e também como obra da atividade social, da ação comunicativa da realidade fenomênica, esta sim, imperfeita, incompleta e suscetível às mudanças.

⁴ Centro normativo.

tendente a esta “contaminação”) por esta força irradiante em virtude dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que o norteiam.

Apesar desta vertente interpretativa do Direito Civil e que, em tese, tem inclinação para lhe atribuir maior efetividade social, é de se notar duas formas de se analisá-lo: a primeira parte da perspectiva positivista, ainda preponderante tanto na academia como no meio jurídico em geral, e que concebe um Direito Civil codificado, de conteúdo jurídico sistematizado e completo, ou quase completo, a regular todos os fatos sociais das relações privadas; já numa segunda análise, pós-positivista, parte-se do pressuposto de um Direito Civil aberto, alopoiético; e que sob um olhar um tanto quanto intuitivo e de percepção existencialista compreende as relações privadas tendo como objeto a experiência dos casos concretos (GONTIJO, 2011, *passim*).

A problemática metodológica de aplicação do Direito Civil está no paradoxo epistemológico situado na questão da gênese humana entrelaçada ao conteúdo jurídico entre o método positivista de construção e emprego do direito – elaborado pelo ideal paradigmático de Estado liberal proposto pelos filósofos da vertente contratualista e que defende a autonomia da vontade, enquanto esplendor de ordem ontológica – e a interpretação pós-positivista, que vislumbra conteúdos e produtos jurídicos civilistas alinhados a resultados de percepção da dinâmica social de modo a encontrar respostas mais adequadas e humanizadas em relação a aplicação do direito.

Nesta senda, o presente artigo, partindo do pressuposto crítico da autonomia da vontade, semeada pela ideia mecânica de aplicação do direito e pela ordem liberalista pregada pelo Estado contratual entre os séculos XVII e XVIII, apresenta o pós-positivismo como corrente de interpretação da autonomia da vontade, porém mitigada, razão pela qual deve encontrar amparo para sua realização no próprio Estado – sob o enfoque humanista – enquanto garantidor e concretizador de direitos, principalmente aqueles relacionados à liberalidade, patrimonialidade, disponibilidade e verdadeira capacidade de deliberação (autonomia) pelo homem.

2. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

O Movimento Positivista foi fruto da necessidade do contexto social apresentado no período Moderno denominado “sociedade”. Trata-se de modelo que modificou conceitos e

afetou diversas estruturas, a exemplo do Direito (Positivismo Jurídico), fazendo surgir a concepção de ordenamento jurídico enquanto criação da “vontade humana”.

É no ritmo deste passo epistemológico que o Positivismo Jurídico passa a promover a leitura do Direito, encontrando na lei o método (mecanismo) pelo qual pretendeu converter o conhecimento jurídico em “Ciência”. Assim, construtos a respeito do Direito foram moldados, como o da neutralidade, sistematização e do reducionismo. Contudo, o modelo Positivista adotado entra em crise porque se mostra cada vez mais ineficaz e inadequado e um novo pensamento, chamado de pós-positivismo que vem ganhando espaço ao conhecimento jurídico (GALUPPO, *on line*).

Certo é que há uma crise que afeta e gera angústia em relação ao Direito; os construtos jurídicos já não são mais capazes de promover ajuste e adequação social (e talvez isto nunca tenha acontecido, fruto apenas de um ideal construtivista fictício de realização material do direito). A técnica das ciências naturais aplicadas ao direito ainda é uma realidade, e que não se julgue enquanto incorreta, mas como meio mecânico de amoldar e conformar a aplicação da norma à sociedade. Certo é também que a estrutura social é dinâmica, plural e mutável e a técnica cientificista adotada não atinge os anseios sociais. É preciso ter em mente que o Direito trabalha com o fator social (humano). A conduta humana, por sua natureza, não está constricta ao completo, acabado, preestabelecido, mas ao imperfeito, ao não cientificado. A racionalidade que o Positivismo Jurídico imprime ao direito é contraditória com esta natureza diversificada, não previsível de existência humana e de sua autonomia.

Assim é que a proposta pós-positivista acarreta na quebra de pré-conceitos, a exemplo do rigorismo normativista, da tecnicidade e mecanicidade da aplicação do direito, a da regra geral de subsunção do fato social à norma jurídica abstrata. Ao contrário desta visão, o homem é a matéria-prima da obra comunicativa social, portanto, é desta atividade que deve sair o substrato do conhecimento jurídico; desta perspectiva de dinâmica, diversidade, liberdade e, principalmente, o reflexo da adequação da norma jurídica⁵ à autonomia da vontade, esta concebia ao homem enquanto sujeito cognoscente e detentor de direitos e deveres.

3. A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO CIVIL: A PROPOSTA PÓS-POSITIVISTA

⁵ Neste ponto percebe-se a metodologia dedutiva empregada pelo positivismo jurídico, que formula situação geral para ser aplicada a um caso particular. Diferentemente do método da indução proposto pelo pós-positivismo, que corresponde ao raciocínio que, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui uma verdade geral.

Os fatos sociais desembocam no Judiciário e este já não pode mais manter-se atrelado à antiga postura dogmática de interpretar literalmente as disposições do Código Civil, ainda que supostamente revestido pela autonomia da vontade, pois a dinâmica das relações sociais privadas provoca reações no Direito de modo que o intérprete precisa conjugar de forma aberta os comandos civilistas em consonância com as diretrizes humanistas e constitucionais. A compreensão do conteúdo jurídico deve perpassar o construto dogmático de visão do Direito porque tem por objetos a realidade social e a experiência jurídica do produto desta realidade, isto é, o conteúdo jurídico deve adequar-se (responder) ao existencialismo das necessidades da sociedade.

Neste sentido, observa-se no plano teórico e prático uma tendência jurídica de problematização dos casos e aplicação concretista, que busca reinterpretar o Código Civil de modo que suas disposições normativas sejam flexibilizadas para se ajustar à realidade das relações privadas. A repersonalização da Lei Civil configurou passo importante para esta tarefa, mas as intensas inter-relações sociais provocam efeitos na doutrina civilista e nos julgados que tendem operacionalizar a Lei Civil focada numa raiz mais humana e dialogada com a real perspectiva e efetiva realização da autonomia da vontade.

Para a consecução deste efeito prático, faz-se necessário analisar o Direito Civil dogmatizado, pois representado está por meio de um conjunto de normas compactadas e previamente elaboradas e postas (fechamento operacional), mas tendo em vista uma interpretação aberta capaz de direcionar na solução de possíveis conflitos que ocorrem no espaço social privado (adequação) (GONTIJO, 2011, p. 133). O intérprete contemporâneo precisa refletir sobre o “neocivilismo” a partir das relações que mantém com outras ordens, precisando suas determinações e orientando para uma ordem finalista de caráter concretista. Para o efeito prático, sustentando pelos princípios da socialidade, eticidade e principalmente o da operabilidade da Lei Civilista, o intérprete deve alinhar seu pensamento jurídico perante os fatos sociais concretamente existentes na realidade fenomênica⁶, ou seja, diante da força probatória daquilo que é estabelecido e observável enquanto fato apurado e realizado no auditório universal (sociedade)⁷.

No que tange a operabilidade do Código Civil, o intérprete deve nortear tal princípio sob a perspectiva do pensamento pós-positivista a fim de assegurar valores de dignidade e de

⁶ Sobre o método fenomenológico de Martin Heidegger vide RIZZATTO NUNES, 2004, p.60-61.

⁷ Trata-se do *argumentum ad rem*. De caráter universal, este argumento é tido como válido para todas as pessoas de forma indistinta, vez que sua observação e análise se processa em relação aos acontecimentos factuais e verdadeiros (FERRAZ JR., 1994, p. 340).

bem-estar da pessoa humana (humanização do conteúdo jurídico). O pensamento pós-positivista serve como parâmetro jurídico de aplicação da Lei Civil e a lógica desta postura interpretativa leva o hermeneuta a um constante processo de construção e reconstrução da Lei e que pode ensejar numa atuação jurídica mais justa e realista. E a humanização – fruto de um espaço simbólico de luta e ação social – reside precisamente neste modo de atuação que desencadeia um sentimento de valoração da aplicação de um conteúdo jurídico privado humano e que vem sendo oportunizado a partir das crescentes respostas jurídicas (reflexões doutrinárias e jurisprudenciais) recobertas deste ativismo humanizante que passa a envolver autonomia da vontade das relações privadas.

3.1 A METODOLOGIA PÓS-POSITIVISTA: DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

A proposta pós-positivista de interpretação do Direito Civil e de sua consequente aplicação às relações privadas encontra na autonomia da vontade do civilismo seu expoente. Trata-se de elemento do Direito que tem impacto na órbita jurídica e elevado efeito material no plano social, razões estas que suscitam a pertinência e relevância teórica nesta análise. A adequação à realidade social do Direito Civil é uma tendência que ganha espaço na doutrina e na jurisprudência nacionais, mas que ainda merece estudos para se averiguar a razoabilidade de implantação teórica e aplicação prática desta vertente que aqui pode ser denominada de “neocivilismo”.

Este estudo está arrimado basicamente sob a questão da autônoma da vontade exercida de forma consciente. Disto decorrem os reflexos concretos que podem surtir no meio social, ou seja, a operabilidade da autônoma inserida em harmonia com parâmetros de justiça, igualdade e solidariedade, portanto, humanizada e com maior potencialidade para se coadunar com a inevitável mutabilidade da dinâmica das relações sociais. Ainda neste prisma, é preciso destacar a inserção da fundamentalidade da participação do Direito em garantir ao homem a sua posição de sujeito autônomo e para tal não enxergar na norma a fonte exclusiva do conteúdo jurídico a ser aplicada de modo imperativo aos conflitos sociais mediante processo de subsunção, pois em verdade a pessoa humana e sua autonomia correspondem a matéria prima que deve nortear o conteúdo da lei e pautar a ação do hermeneuta em sua decisão. Assim é que a interpretação do operador deve se ajustar a esta ideia de sujeito de direito, sobretudo vulnerável face estrutura moldada pelo Estado contratual ainda perseverante na sistemática de aplicação do direito, que pautado na ideia de liberalidade atribui autonomia ao

homem, sem que de fato este possa livremente exercer conscientemente a disposição e liberalidade de seus direitos. Noutros termos, o perfil de sujeito cognoscente se mostra possível em razão da intervenção estatal e não na ideia de neutralidade segmentada pelo Estado liberal.

A corrente pós-positivista propõe a utilização do juízo de adequabilidade realizado pelo Estado interventor aos casos concretos. Aqui está a ideia de autonomia privada. Seria esta uma maneira humana de aplicação do direito, respaldando e preservando a autonomia do sujeito. Assim, o presente trabalho preocupa-se em rebater o pensamento sistemático-axiomático atribuído ao Direito Civil, no que tange a autonomia da vontade, no qual

qualquer processo de aplicação do direito é concebido como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere. As normas jurídicas a serem aplicadas são entendidas em uma hierarquia auto-existente e auto-evidente, independentemente da situação concreta. (...) Os conteúdos do problema que não se conciliam com o ponto de vista são rejeitados. O pensamento sistemático preocupa-se em aferrar-se a verdades preestabelecidas. Elegeu como modelo a estrutura dedutiva da matemática. Proporcionar um sistema completo de demonstrações por meio de conceitos básicos irrefutáveis. (GALUPPO, *on line*).

A pertinência da valorização da autonomia da vontade no direito privado entra em cena no sentido de que a matéria com a qual o direito se envolve (trabalha) é o fator humano; o homem envolvido no complexo enredo de seu existencialismo, e o produto a ser ofertado desta relação deve se coadunar com suas expectativas. Neste sentido Galuppo:

Ao contrário do pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas (*correção normativa*) àquele caso. Essa posição caracteriza o pensamento problemático, que não exclui de seu método a ideia de sistema, mas que o concebe como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador (grifo nosso). (*on line*).

Nota-se que a leitura pós-positivista valora o caso particular, mas não pretende estabelecer uma técnica específica (método) a se seguir, pois isto acarretaria num enraizamento metodológico de aplicação do direito. Do mesmo modo, descaracteriza o construto de que o Direito é estatuto científico porque sua base está calcada em fenomenologia social, ou seja, no que concerne à autonomia presente no existencialismo humano.

No que tange à metodologia a ser empregada, esta deve se constituir a partir da apreciação do fato. Noutros termos “não há um método preestabelecido que sirva ao direito

para a solução dos conflitos humanos, mas cada caso cria seu próprio método. Ou seja, os métodos jurídicos devem ser dialéticos, particularizados, erguidos e sustentados” (GONTIJO, 2011, p. 66)⁸.

A teoria antipositivista apresentada não pretende chegar ao limite de um, por assim dizer, desconstrutivismo jurídico. Procura-se tão-somente, *flexibilizar a rigidez dos métodos de conhecimento e a aplicação do direito*, a fim de trazer maior aproximação deste com as pejejas humanas. Busca-se, pois, particularizar a aplicação dos métodos jurídicos e mantê-los atentos às possíveis exigências peculiares de cada caso (grifo nosso). (p. 129)⁹.

É importante trazer à baila, ainda que de maneira incipiente, a discussão sobre a necessidade de se atribuir ao Direito natureza científicista, como vem sendo pregado (dogmatizado) pelo positivismo jurídico do Estado liberal e fomentado pela corrente contratualista do direito. Não se pretende aqui afirmar a ideia de que o Direito não assume o “status” científico, mas sim de arrazoar sobre o modo como vem sendo empreendida esta qualificação por meio da metodologia positivista, ao equalizá-lo às ciências exatas e ao unilateralizá-lo ao método dedutivo (subsunção) de análise.

A autonomia da vontade realizável no produto da atividade humana não pode estar adstrita a uma única metodologia, pois não se está lidando com algo consistente, ou com alguma verdade humana absoluta e universalmente aplicada indistintamente. A inconsistência da natureza do homem, de suas ações e vontades e aspirações autônomas¹⁰ ultrapassa o dogma de que a lei é a fonte de resposta e o que está fora de seu raio normativo não pode ser resguardado porque não é jurídico ou permitido. O conhecimento que leva ao conteúdo jurídico deve ser aberto para novas propostas de se refletir o Direito (pluralidade de metodologias, sem necessidade de se fixar qual deve ser empregada), e neste sentido ganha ares de Ciência, na medida em que sua reflexão acende para novos caminhos e percepções de análises.

Ocorre que a unicidade metodológica do positivismo jurídico intenta condicionar a atividade humana, estandardizando comportamentos segundo parâmetros de legalidade (im)posta pela vontade do legislador. Sobre o assunto, Eros Roberto Grau assevera que

(...) como sujeito e objeto encontram-se em relação de funcionalidade recíproca e a matéria – isto é, o conjunto das relações do homem social com a natureza – é uma variável independente da consciência humana, as relações sociais são objetivas,

⁸ O autor apresenta proposta de método jurídico aberto, destacando dentre eles o pensamento dialético, p. 111.

⁹ Para atingir este fim multifacetado interpretativo, Gontijo utiliza-se da Hermenêutica e seu denso campo de possibilidades, p. 129.

¹⁰ Esta inconsistência ganha projeção na dinâmica das relações privadas na medida em que se lida com a autonomia da vontade do homem. Autonomia esta concernente ao seu grau de consciência, portanto, quanto à sua percepção na condição de sujeito cognoscente.

estando fora do sujeito que pode pensá-las; mas a atividade sensível e prática (consciente) dos homens modifica as circunstâncias e o estado dado das relações entre a humanidade e a natureza. A atividade humana, pois, modifica as relações sociais. Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. (...) O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona o direito posto (positivo). Mas o *direito posto* transforma sua (dele) própria base (grifos do autor). (1996, p. 44).

Como se nota, o fator humano é imprescindível para a construção do conhecimento jurídico, conteúdo este que não precisa ser estático, vez que se está a lidar com direitos inerentes ao homem, sendo a autonomia da vontade elemento constante e indispensável ao humanismo. O enredo do conteúdo jurídico privado, no que toca sua (re)interpretação, surtiu efeitos no Código Civil de 2002, erigido sob a nova perspectiva paradigmática da repersonalização e de realização da autonomia privada, que em verdade contempla esta tendência humanística de valorizar o “ser” em relação a axiologia interpretativa do direito.

O direito privado, especialmente o direito civil, atravessou os tempos sob o signo da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão (1804) e incorporadas pelas codificações do século XIX, repercutiram sobre o Código Civil de 1916. A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado (...). A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados *princípios de ordem pública* (...). A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização* do direito privado (grifos do autor). (BARROSO, 2010, p. 59).

A publicização acentuada pelo autor reflete a mudança de paradigma que denotou na doutrina pós-positivista aplicada à autonomia da vontade no Direito Civil. Um direito que sem perder de vista o foco singular e particularizado, mas atinente ao juízo de adequabilidade que deve sofrer em razão do intervencionismo estatal.

É no plano jurídico interpretativo que esta abordagem ganha maior dimensão valorativa; todavia é importante destacar que a perspectiva pós-positivista que ampara o Direito Civil não tem o condão de desvirtuar a natureza autônoma da Lei Civil, calcada em principiologia e conjunto normativo que lhes são inerentes. Em verdade, a ponderação valorativa deve ser prudente, respeitando limites de razoabilidade, pois inegável é o fato de que o Código Civil é a lei (produto) privada mais importante do conteúdo jurídico. Mais importante não por conta de critério hierárquico (pois este foco é antagônico com a proposta desta discussão), mas porque é a Lei privada de maior operabilidade às relações sociais, capaz

de aplicar o direito e o exercício da autonomia da vontade em situações diversificadas, disciplinando os direitos da pessoa, de sua existência e atividade; regulando contratos e relações patrimoniais; dispondo sobre família e sucessões e direitos correlatos. Neste sentido Fiuza:

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microsistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros (*on line*).

O que se apoia é a ideia de se estabelecer uma concordância no plano prático que permite uma aproximação (diálogo) tanto dos comandos normativos como da interpretação valorativa destes comandos a parâmetros humanísticos de justiça, igualdade (equilíbrio) e de dignidade das relações privadas.

A Hermenêutica Jurídica¹¹ é de salutar importância para compor a abordagem da repersonalização do Direito Civil, pois permite abertura interpretativa para que outras fontes, a exemplo da linguagem, possam estabelecer a relação dialógica pós-positivista. O olhar hermenêutico enseja a aproximação dos conteúdos dos diplomas legais, possibilita a flexibilização de princípios de direito e a ponderação de valores dentro de critérios de razoabilidade/proporcionalidade.

Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta (MAXIMILIANO, 2009, p. 8).

O ato interpretativo deve caminhar em consonância com a peculiar axiologia da publicização dos direitos, sem perder de vista a autonomia normativa da Lei Civil enquanto norma que regula comportamentos sociais privados e autônomos e enquanto Lei de caráter ímpar positivada no Ordenamento pátrio.

¹¹ A palavra Hermenêutica provem do grego *Hermeneúein*, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitando a terra, era um deus próximo à Humanidade, o melhor amigo dos homens. (NADER, 2002, p. 261).

4. UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DA REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE LIBERDADE.

Como já explorado nas linhas anteriores, o Direito Civil, sob o enfoque liberalista, partia de um existência igualitária sobre a qual a norma "descia" sem relativismos operando seus efeitos indistintamente.

Em verdade, a base do Direito Civil sempre foi a possibilidade de homem ser uma célula livre e autônoma, que, portanto, a partir da noção de liberdade, como sendo autogoverno e autodeterminação, se encontrava em condições de definir suas relações privadas se subtendendo aos pactos (negócios jurídicos) e seus efeitos.

Mas a falência da lógica liberalista sempre esteve justamente em considerar a todo homem como unidade equivalente em condições intelectuais, patrimoniais, morais e sociais. De fato a sociedade, notadamente aquela que se construiu após a Revolução Industrial, mostrou-se composta por diversidades em todos os aspectos, e é obvio que em um cenário de sujeitos heterogêneos não se apresenta logicamente possível que um comando de regras, baseadas em um cenário de sujeitos homogêneos, possa se compatibilizar com um cenário de sujeitos heterogêneos.

Em verdade, construiu-se após a Revolução Industrial uma polaridade social identificada entre a sociedade de fornecimento e a sociedade de consumo, nas mesmas proporções como o marxismo apontou existir entre o capitalismo e a força de trabalho.

Herbert Marcuse, sobre o que se estabeleceu com o individuo após o movimento industrial, revela como se moldou as facetas de sua liberdade:

Uma falta de liberdade confortável, razoável, e democrática prevalece na civilização industrial desenvolvida, um testemunho de progresso técnico. De fato, o que poderia ser mais racional do que a supressão da individualidade na mecanização de desempenhos socialmente necessários, mas penosos; a concentração de empreendimentos individuais em organizações mais eficazes e mais produtivas; a regulamentação da livre competição entre sujeito econômicos desigualmente equipados; a redução de prerrogativas e soberanias nacionais que impedem a organização internacional dos recursos? O fato de também essa ordem tecnológica compreendem uma coordenação política e intelectual pode ser acontecimento lamentável, mas promissor.

Os direitos e liberdades que foram fatores assas vitais nas origens e fases iniciais da sociedade industrial renderam-se a uma etapa mais avançada dessa sociedade: estão perdendo o seu sentido lógico e conteúdo tradicionais. Liberdade de pensamento, liberdade de palavra e liberdade de consciência foram - assim como o livre empreendimento, que elas ajudaram a promover e proteger - ideias essencialmente críticas destinadas a substituir uma cultura material e intelectual obsoleta por outra mais produtiva e racional. Uma vez institucionalizadas, esses direitos e liberdades compartilharam do destino da sociedade da qual se haviam tornado parte integral. A realização cancela as premissas.

As liberdades que pertencem a um estado de mais baixa produtividade perdem seu conteúdo anterior desde que a libertação da necessidade, substância concreta de toda liberdade, se torna uma possibilidade real (1967, p.23).

Certamente, se a liberdade é fator determinante para a construção do Direito Civil, certa é a tarefa de se analisar, afinal, de que liberdade se está a falar e qual o seu real papel na condução dos indivíduos em suas relações privadas.

Conforme analisou Marcuse nas linhas citadas, há uma dominação da liberdade na medida em que restou aos indivíduos apenas escolhas pré-programadas, de ser, de vestir, de alimentar, enfim, de realizar suas funções na sociedade dentro de uma programação já estabelecida pela sociedade dominante, a indústria.

Freud, aliás, sobre isso, discorre que:

Deslizamos, sem nos darmos conta, do campo econômico para o da psicologia. A princípio, ficamos tentados a procurar vantagens da civilização na riqueza disponível e nos regulamentos para sua distribuição. Entretanto, como reconhecimento de que toda civilização repousa compulsão a trabalhar e numa renúncia ao instinto, provocando, portanto, inevitavelmente, a oposição dos atingidos por essa exigências, tornou-se claro que a civilização não pode consistir, principal e unicamente na própria riqueza, nos meios de adquiri-la e nas disposições para sua distribuição, de uma vez que essas coisas são ameaçadas pela rebeldia e pela mania destrutiva dos participantes da civilização. Junto com a riqueza, deparamo-nos agora com os meios pelos quais a civilização poder ser defendida: medidas de coerção e outras, que se destinam a reconciliar os homens com ela e a recompensá-los por seus sacrifícios. Essas últimas podem ser descritas como as vantagens mentais da civilização (1996, p.20).

É possível observar, a partir do pensamento freudiano, que o homem moderno é parte de um processo que lhe retira a possibilidade de escolhas livres. A liberdade ganha na sociedade atual um novo significado que nada tem relação com amplitude do sentido do que é ser livre, ou seja, sem amarras, direcionamentos, induções, opções.

Fábio Ulhoa Coelho, em interessante construção doutrinária, traz a liberdade como algo que escraviza a sociedade e o indivíduo moderno (2012, p.23). De fato, as ideias são totalmente antagônicas, mas servem para revelar seus contornos, ou seja, a liberdade atualmente nada mais é do que um espaço precisamente demarcado pela indústria para que os consumidores e, de forma geral, as pessoas, realizem negócios em busca dos bens dos quais não pode mais prescindir para suas vidas. Marcuse e Freud identificaram claramente o viés dessa nova liberdade que precisa ser compreendida para que o Direito Civil possa se comportar de forma eficiente.

Essa liberdade proposital dada ao consumidor pela indústria enseja uma reflexão profunda sobre seu conceito, porque ao se considerar essa liberdade sob a perspectiva de autodeterminação ou autogoverno do sujeito, concluir-se-á por sua autossuficiência. Mas na

realidade tudo indica ao contrário, razão porque é proposto aqui uma reflexão sobre a noção de liberdade a partir da realidade social vivida, como incita DUWORKIN (2011, p.399).

Nessa mesma linha, pode-se considerar que a sociedade de consumo está sendo forjada dentro de uma ditadura consumista instituída pela publicidade industrial instrumentalizada pela mídia cada vez mais cedo e mais presente na vida das pessoas (CORTELLA, 2011, p.47).

O que se conclui a partir dessa redimensão do conceito de liberdade é a necessidade de o intérprete, com maior atenção, levar em conta o grau de liberdade do sujeito evidenciado no negócio a que "consentiu" para dar-lhe o melhor sentido de justiça possível, não mais levando-se em conta uma autonomia não mais existente, senão na teoria, mas sim os contornos de equivalência patrimonial e satisfação de necessidades aferíveis no caso concreto.

Assim, a função do intérprete materializado pela atuação do Estado está em proteger esse sujeito que interage negocialmente por um imperativo de vida e não da vontade. Aliás, as necessidades não surgem somente de fatores naturais, mas também de uma imposição da indústria e do próprio modelo de sociedade de consumo, concedendo-se intencionalmente ao consumidor uma liberdade (BAUMAN, 2000, p.64) destinada não ao autogoverno ou a autodeterminação, mas sim a uma adesão feita às cegas aos pactos que antecedem aquisições de produtos e serviços.

Nesse sentido, Herbert Marcuse (1967, p.37) ilustra a dominação do mercado como mecanismo repressor e condicionante da liberdade:

[...] a dominação – disfarçada em afluência e liberdade – se estende a todas as esferas da vida pública e privada, integra toda oposição autêntica, absorve todas as alternativas. A racionalidade tecnológica revela o seu caráter político de dominação, criando um universo verdadeiramente totalitário no qual sociedade e natureza, corpo e mente, são mantidos num estado de permanente mobilização para a defesa desse universo.

De fato, há uma liberdade escravizadora que, sob o pretexto de oferecer um universo de opções, na verdade, reduz a pessoa à limitação de suas próprias escolhas. Do que se bebe ao que se come, do que se veste ao que se calça, tudo é predefinido. A aparente satisfação é também um dos traços do condicionamento da liberdade, profundamente eficiente dentro do contexto consumerista.

É possível também se entender que a liberdade que justifica todo o contrato já não pode ser mais entendida sob sua acepção gramatical, mas sim com olhos postos na lógica do mercado conforme se extrai do pensamento de Michael Sandel (2013, p.99), para quem as escolhas não são tão livres como parecem.

Considerando a ideia dessa nova concepção de liberdade, ganha destaque o pensamento de Roberto Senise Lisboa (2012, p.190) ao defender o papel do Estado na ordem econômica relacionado à repressão ao abuso e outras distorções contratuais por meio de medidas dirigistas e intervencionistas.

Assim, uma nova proposta interpretativa pode ser erguida segundo o pensamento externado pela doutrina civilista moderna (TARTUCE; NEVES, 2012, p.237), quanto entende que

O contrato não pode ser mais concebido como uma bolha que envolve as partes, ou uma corrente que os aprisiona. Trazendo um sentido de libertação negocial, funciona como uma agulha, forte e contundente, que fura a bolha; como uma chave que abre as correntes.

Com isso, tem-se uma aproximação entre o fato e o direito, na medida em que o segundo se mostrará hábil à solução justa dos conflitos ou até mesmo uma solução preventiva de sua ocorrência. Caso contrário, como argumenta Lênio Streck (2011, p.18), permanecerá “o enorme fosso ainda existente entre o Direito e a sociedade, que é instituído e instituinte da/dessa crise de paradigmas, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social.”.

Numa análise interdisciplinar a psicologia aplicada ao comportamento do consumidor revela que a indústria e o mercado são fatores que, individual e coletivamente, determinam o involuntarismo de consumir (GADE, 1998, p.10) e suas repercussões na tomada de decisões irracionais e instintivas, quase sempre prejudiciais.

Em vista dessa realidade, a atividade interpretativa rompe com os paradigmas positivistas exasperando sua flexibilização, quase ao limite de seu total rompimento em matéria de contratos de consumo (HIRONAKA; TARTUCE, 2007, p.67.).

Desta forma, a tarefa interpretativa ganha importante relevo no momento em que passa a ser curial para o Direito Civil recriando seus caminhos e institutos em prol da sociedade moderna e de sua nova orientação.

Habermas, em “Era das Transições” (2003, p.101), pontua com analítica clareza, o fenômeno econômico e suas consequências para a orientação do direito, sobretudo pressupondo que a dominação econômica é capaz de gerar “alienação cultural em massa”, a partir da citação de Richard Münch. Para Habermas os mercados têm o poder de descobertas e também de “orientação”, sem que seja questionado pela sociedade. Por fim, pontua que o mercado gera efeitos de dominação na sociedade, mas não se dá conta de tais efeitos, estando alheios ao que provoca com sua ação repressiva, na linha do que Marcuse também proclama.

Portanto, a necessidade de revisão do conceito de liberdade é, para o Direito Civil, *conditio sine qua non* para sua integração ao universo social sobre o qual irá se descortinar.

5. CONCLUSÃO

Falar em Estado intervencionista é remeter aos seus elementos constitutivos: soberania, território e povo. Este último corresponde à “vida estatal” porque é o componente que dá cadência e atribui dinâmica às relações que fomentam a sobrevivência social, política e econômica de um Estado. Este, ao seu turno, passa a sentir reflexos em sua órbita (legislação, jurídico-interpretativa e democrática) quando fatores ontológicos, ou mesmo deontológicos, alteram o ritmo grupal de seu povo.

Esta comunicação entre Estado e povo enseja mudanças de paradigmas na atual estrutura democrática, principalmente sob o enfoque jurídico. No plano do Direito, reconstruir paradigmas está atrelado à ideia de se atribuir nova roupagem ao conhecimento jurídico e ao pensamento jusfilosófico para que estes possam culminar respostas às novas realidades e necessidades da sociedade, e compete não apenas ao Estado-legislador, mas também ao Estado-juiz o poder para fomentar tais transformações em consonância com a ordem democrática, vez que democracia é instituto (regime de governo) que se constrói em abstrato para se projetar *in concreto*. A sua edificação é embalada dentro de um cenário complexo de atuação que comporta sujeitos detentores de direitos e deveres.

Nesta senda, no âmbito das relações privadas, conferir autonomia da vontade ao homem é pressuposto que está atrelado à intervenção do Estado, enquanto agente participante e que atua como gestor e garantidor desta autonomia. Arrimar-se nesta perspectiva de realização da autonomia da vontade traz efetividade e consonância social que se harmoniza com a contemporânea ideia de democracia (reconstrução de paradigmas) que deve ser realizável dentro de um Estado formado por um ambiente multicultural e de diversidades que se expressam sob diferentes aspectos sociais.

Enquanto o intérprete não considerar a necessidade de uma sinergia entre a sociedade que realmente existe e o direito destinado a servi-la, haverá um hiato entre ambos capazes de tornar sem lógica a atividade interpretativa, na medida em que as premissas não conduzirão a uma conclusão lógica, ou seja, as premissas liberais que tanto inspiraram o modelo de Direito Civil não mais podem justificar qualquer tipo de interpretação em meio à sociedade moderna. Isso porque os institutos programados para uma hipótese de indivíduos em

condições de equivalência não encontram similitude na realidade da sociedade de consumo e de fornecimento atualmente verificadas. Assim, o conceito de liberdade é o elemento que deve ser tomado como ponto de partida para uma mudança de paradigma interpretativo que justifica o pós-positivismo em superação ao positivismo no Direito Civil.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução à metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a03n50.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Código civil brasileiro. ANGER, Anne Joyce (org.). In: **Vade Mecum: acadêmico de direito**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTELLA, Mario Sergio. **Não Nascemos Prontos!:** provocações filosóficas. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César. **Perigos de uma hermenêutica civil-constitucional**. Disponível em <http://www.pucminas.br/documentos/editora_revista_direito_numero_22.pdf>. Acesso em 20 de novembro 2012.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão:** o mal-estar na civilização e outros trabalhos. Vol. XXI (1927-1931). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GADE, Christiane. **Psicologia do Consumidor e da Propaganda**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Disponível em <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/.../338466_A%20epistemologia%20j>. Acesso em 20 de abril de 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Metodologia da pesquisa**. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema**. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?isbn=8573086025>>. Acesso em 13 de maio de 2013.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. e introdução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio *in* **Direito Contratual: temas atuais**. Coord., Giselda Maria Fernandes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. a função social do contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, Mariana de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações jurídicas privadas. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**. Salvador: Faculdades Jorge Amado, n. 1, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDEL, Michael J..**Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo.10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.