

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

## **DIÁLOGO E SUPERAÇÃO: DA NECESSÁRIA TRANSPOSIÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA EM VIRTUDE DA REFLEXÃO CRÍTICA DO DIREITO CIVIL**

**Geovane Machado Alves<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Da Necessária superação da dogmática jurídica; 3 Da revisão dos institutos jurídicos fundamentais; 4 Uma reflexão crítica do Direito Civil a partir do reconhecimento das desigualdades; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

Em face dos consideráveis avanços científicos experimentados pela humanidade nas últimas décadas, tornou-se impossível qualquer análise mais profunda da sociedade, tomando-se por base apenas uma dimensão solipsista e distanciada dos demais ramos do conhecimento humano. Nesse contexto, a reflexão se torna um convite ao desnudamento que passa ao plano da linguagem. Desse modo, o presente artigo sugere uma nova concepção do Direito Civil, fundamentalmente transdisciplinar e aberta, indicando a possibilidade de uma juridicidade marcada pelo cosmopolitismo, maior igualdade e compartilhamento. Para tanto, buscar-se-á, inicialmente, destacar a superação do paradigma da dogmática jurídica, para posteriormente evidenciar a premente necessidade de revisão dos institutos jurídicos fundamentais. Por último, propor-se-á uma reflexão crítica do Direito Civil, a partir do reconhecimento das desigualdades, de modo a possibilitar o repensar de alguns institutos fundamentais do Direito, sem esse grau de especialização da linguagem, com vistas a fomentar a discussão de um novo paradigma de análise das relações jurídicas no âmbito do Direito Privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diálogo; Superação; Dogmática; Crítica; Direito Civil.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Linha de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Email: [gebh@bol.com.br](mailto:gebh@bol.com.br)

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

## **ABSTRACT**

In the face of considerable scientific advances experienced by humanity in recent decades, it became impossible any more profound analysis of society, based on only one dimension away from solipsism and other branches of human knowledge. In this context, reflection is a call for denuding the plan is that of language. Thus, this article aims to propose a new conception of civil law, primarily cross and open, indicating the possibility of a legally marked by cosmopolitanism, greater equality and sharing. Thus, it will seek, first, overcoming the stress paradigm of legal dogmatics, to further highlight the pressing need for fundamental review of legal institutions. Finally, this work propose a critical reflection of the Civil Law, from the recognition of inequalities in order to enable the fundamental rethinking of some of the institutes directly, without this degree of specialization of the language, to encourage discussion of a new paradigm for the analysis of legal relationships under the Civil Law.

**KEYWORDS:** Dialogue; Overcoming; Dogmatics; Critical; Civil Law.

## **1 INTRODUÇÃO**

Em face dos consideráveis avanços científicos experimentados pela humanidade nas últimas décadas, tornou-se impossível qualquer análise mais profunda da sociedade, tomando-se por base apenas uma dimensão solipsista e distanciada dos demais ramos do conhecimento humano. Na realidade, “somente uma inteligência que se dá conta da dimensão dos conflitos atuais poderá fazer frente à complexidade de nosso mundo e ao desafio contemporâneo de combater a auto destruição material e espiritual de nossa espécie”<sup>2</sup>.

A questão da linguagem que se propõe a ser uma espécie de “dado construído”, algo que “evidencia o evidenciável”, mas que esconde o que concretamente se passa, vista sob uma perspectiva crítica, pode ser o ponto de partida de análise desta temática. Assim, do conhecimento e de sua respectiva reprodução desenvolveu-se um grau de especialização que permite, com alguma equivocada

---

2 CARTA DA TRANSDICIPLINARIEDADE. In: Educação e transdisciplinaridade II / coordenação executiva do CETRANS. - São Paulo: TRIOM, 2002. Disponível em: [http://www.unesco.org.br/publicacoes/livros/educatransdII/mostra\\_documento](http://www.unesco.org.br/publicacoes/livros/educatransdII/mostra_documento). p. 193.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

segurança, a geração de saberes que não se comunicam<sup>3</sup>.

Por sua vez, a concepção contemporânea da ciência, nomeadamente a assim denominada ciência jurídica “foi capaz de se confinar a determinadas instâncias do conhecimento que dificilmente dialogam entre si, e isto aparece não apenas nos intrincados das bulas de formulação de manuais, como também na especialização da própria atividade profissional”<sup>4</sup>.

Nesse contexto, a reflexão se torna um convite ao desnudamento que passa ao plano da linguagem. No exemplo do Direito dizer que há um discurso cujo referente é a descrição de uma aparência, significa dizer que há uma realidade que é ocultada por esta aparição ou, o que é igual, que este ramo jurídico distorce a realidade.

Nessa medida, portanto, propor-se-á o repensar de alguns institutos fundamentais do Direito, sem este grau de especialização da linguagem, caracterizado pelo esforço, em cada área específica de estudo, de revelar que seu objeto se distingue do outro pela sua autonomia, rompendo com o confinamento imposto pela especialização da linguagem, com vistas a fomentar a discussão e uma novo paradigma de análise das relações jurídicas insertas no campo do Direito Privado.

## **2 A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

No mundo jurídico, o paradigma dominante é o dogmático, sendo este um conceito histórico, composto a partir da convergência de processos parciais que se encontram na base da modernidade. O núcleo do paradigma dogmático, que foi desenvolvido no historicismo jurídico, é a construção jurídica, sendo esta

---

3 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

4 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 246.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

entendida como a sistematização do direito realizada mediante uma construção dos juristas que visa dar uma visão de conjunto ao direito e seus mecanismos<sup>5</sup>.

Para Roberto A. R. de Aguiar<sup>6</sup>,

Esse tipo de visão sempre acredita que o direito é uma racionalidade controladora de cima para baixo, assimétrica, movidos por interesses auto-referentes, que transitam ao lado do social, do natural, dos quase-objetos como seres ectópicos e a-valorativos. No fundo, por mais que um discurso retórico de dignidade perpasse o discurso jurídico tradicional, o sujeito de direitos é um excrescência na indiferença da Terra.

Como se observa, a fixidez dogmática não enxerga o problema jurídico a partir de uma relação entre diferentes, mas sim a partir de uma norma uniformizadora, que dilui os sujeitos no interior de uma igualdade abstrata e retira dos envolvidos na relação jurídica os seus rostos, suas existências e suas concretudes<sup>7</sup>.

Deste modo, na tentativa de superação do adestramento intelectual, cabe refletir sobre a posição do diálogo. Diálogo real supõe mútua consideração no espaço da fala e da escuta. "Assim, as palavras já não teriam significações isoláveis, tais como figuram nos dicionários, e redutíveis a conteúdos e a dados quaisquer. Elas não seriam coaguladas num sentido literal"<sup>8</sup>. Essa idéia apresenta uma certa mestiçagem do saber e implica localizar alguns referenciais, que nem por isso é dotado de especificidade pronta e acabada.

Esses referenciais, que podem ser chamados de "universais", não possuem uma concepção insular. Neste diapasão, é possível a leitura de estatutos jurídicos fundamentais das relações sociais, a partir de três referenciais básicos: os

---

5 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Filosofia jurídica da alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. Curitiba: Juruá, 2000.

6 AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.3, n.6, p. 11-43, jul./dez. 2006. p. 12

7 AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.3, n.6, p. 11-43, jul./dez. 2006.

8 LÉVINAS, Emmanuel. Humanismo do outro homem. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 24.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

primeiros, mais palpáveis, são o sujeito e o objeto; as duas ordens que levam em contra análise de categorias e têm o condão de permitir um vôo transversal nesses estatutos jurídicos fundamentais<sup>9</sup>.

O terceiro pode ser designado de meta referencial. "Este é, ao mesmo tempo, um referencial e uma reflexão sobre si mesmo, que diz respeito à metodologia do desenvolvimento da reflexão científica"<sup>10</sup>, ou seja, de como é possível reconhecer o sujeito e o objeto daquele que se denomina estatutos jurídicos fundamentais, sem que haja um confinamento, quer do sujeito, quer do objeto nesses quadrantes específicos a serem tratados.

Para Luiz Edson Fachin, "Esses quadrantes específicos são, então, o sujeito, o objeto e a metodologia. Esta última pode ser entendida como metodologia da reflexão, porque se abre em diversas hipóteses de trabalho, todas fundadas na dúvida e na investigação"<sup>11</sup>. Esses três referenciais vão se circunscrever em três tópicos fundamentais: a família, a apropriação e o meio em que se desenvolvem estas relações, de modo mais geral as relações sociais.

Trata-se, portanto, de uma possibilidade que estimula vivenciar, na aurora do terceiro milênio, uma espécie de riqueza de dúvidas, emergente desses institutos jurídicos fundamentais. Se há um conceito de contrato em crise, as noções clássicas de autonomia privada e mesmo de relação familiar, apenas para citar exemplos, não são mais satisfatórias. Depreende-se, então, a necessidade de uma proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento.

Para o professor José Carlos Moreira da Silva Filho<sup>12</sup>,

---

9 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

10 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 248.

11 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 250.

12 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Filosofia jurídica da alteridade: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. Curitiba: Juruá, 2000. p. 189.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

(...) verifica-se a crise do paradigma da dogmática jurídica a partir do momento em que ele não consegue mais responder de maneira satisfatória às demandas sociais, permanecendo preso a formulações técnicas abstratas que se distanciam da prática cotidiana da sociedade. Assim, para certa ordem de problemas que deveriam ser abordados pelo direito, por se tratarem de conflitos de interesses na sociedade, não se realiza a promessa de segurança jurídica do paradigma dogmático.

Neste diapasão, exsurge a necessidade de não mais reduzir o ser humano a uma mera definição fundada em estruturas formais, mas sim de proporcionar uma análise mais complexa do ser, partindo-se de uma confrontação das disciplinas no ponto de abertura que as atravessa e as ultrapassa.

Tal abertura permite a formulação de novos conceitos e perspectivas – até então enterradas num formalismo, muitas vezes, estéril – que serão capazes de fomentar a elaboração de novas matrizes teóricas e paradigmas de observação da realidade. Neste momento, portanto, impõem-se um repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para os estatutos jurídicos fundamentais.

Para Luiz Edson Fachin, caso logrado êxito, ter-se-á chegado ao final com um resultado realmente significativo, que é o de ter desenvolvido uma metodologia de investigação transdisciplinar, a partir de um referencial específico que retorne à característica universal. Ou seja, sua relevância diz respeito não apenas à apropriação, à família e ao contrato, mas, também, ao Direito das Instituições.

Uma das fontes dessas constatações emerge da verificação histórica de como se desenvolveram as relações sociais no âmbito daquilo que se convencionou denominar Direito Privado. A possibilidade, aí está, de localizar alguns fenômenos que acompanham a história daqueles três elementos fundantes: a família, a apropriação e a circulação dos bens<sup>13</sup>.

---

13 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

A localização histórica dos conceitos aparece muito claramente nessa reflexão: quando se está diante de um conceito de família que inclui a união estável, mas deixa à margem a inseminação artificial, estará essa idéia sujeita à mesma crítica.

A família é, também um conjunto de bens que constitui não apenas um patrimônio material, mas também, simbólico. Nessa unidade há mais que pessoas ou bens materialmente considerados, ou seja, há algo que transcende o patrimônio. Os institutos do Direito Privado têm uma história ligada ao desenrolar da vida privada que se coloca como fio condutor de sujeito e de objeto, é possível localizar determinados lugares jurídicos que estão nos mais diversos momentos da história.

Segundo Orlando de Carvalho<sup>14</sup>,

Desta maneira, a certeza em cada momento sobre a matéria da lei é muito menos segura do que se poderia presumir. Junte-se agora o facto de nenhum direito se passível do corte que hipoteticamente fizemos acima, de nenhum direito poder deveras subtrair-se ao *continuum reale* que ele é na sua essência. Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das norma, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção.

Portanto, o desafio da reflexão não pode ser realizado de forma dissociada de conceitos da fala. No Direito Civil, é preciso tornar claro sobre qual Direito se está a falar. Tomado na sua acepção objetiva, ele sugere um conjunto de normas que indica a existência de preceitos. Não se pode, contudo, desconhecer como se encampam princípios que, por sua vez, ligam a valores que emergem da sociedade.

Da ligação entre a sociedade e o fenómeno jurídico, necessário se faz que o

---

14 CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 50.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

operador do Direito esteja atento à realidade circundante. É necessário ter em mente o contexto social e histórico, reconhecendo-se, então, o conjunto de normas, preceitos, princípios e valores desta sociedade e deste momento histórico.

Por isso, pode-se afirmar que essa junção entre Direito e sociedade tem que partir de um outro pressuposto, devendo ser visto, portanto, como um sistema em aberto, constituindo-se não em um dado modelo pronto e acabado, mas sim em um modelo construído. Nessa perspectiva, ressalta-se a importância transcendental de se examinar a força jurídica dos fatos. Reputando-se o Direito como um sistema aberto, surge a conclusão de que nele não se encontram padrões de verificação do comportamento.

Neste diapasão cumpre salientar as palavras de Roberto A. R. de Aguiar<sup>15</sup>,

O direito só pode ser entendido como um sistema de interações simétricas ou assimétricas, onde uma dualidade mínima é condição para sua existência. O direito é uma impermanente ponte social entre sujeitos postados em patamares pré-definidos que os colocam no centro ou na periferia dos sistemas sociais.

(...) Isso significa dizer que as relações jurídicas são sempre móveis, constituindo-se em processos permanentes de variações e transformações, sem determinações rígidas e com direcionamento variável, onde nada é linear, nem expresso por conseqüências necessárias de causas anteriores. É o reino da probabilidade e da bifurcação.

As relações sociais são muito mais que vasos comunicantes entre o Direito e a sociedade, insuscetíveis de serem confinados. O universo a ser analisado deve transcender o do Direito positivado sob alguns afazeres epistemológicos básicos e, o primeiro deles é promover uma travessia. A travessia da à mestiçagem do saber condição de possibilidade para se compreenderem fenômenos

---

15 AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.3, n.6, p. 11-43, jul./dez. 2006.p. 14.



ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

contemporâneos, não apenas do específico, mas sim em saberes que se dialogam. Trata-se de uma tarefa imensa, e seria uma presunção desejar realizá-la por inteiro. Entretanto, àqueles que se propõem a fazê-la, só essa disposição já uma grande etapa.

É essa a reflexão que se propõe para superar situação descrita por Edgar Morin<sup>16</sup>, na crítica aos nichos do saber: “a biologia está cingida ao biologismo”, é uma concepção da vida fechada sobre o organismo, seu próprio objeto e justificação. Se a antropologia jurídica se restringir ao antropologismo, apresenta-se uma concepção insular do homem.

E o filho terá um único sentido? Torna-se difícil supor que certos filhos biológicos não são, a rigor, filhos, porque o Direito não lhes deu esse estado. Vê-se, agora, que a superação dos óbices injustificáveis no reconhecimento dos filhos extramatrimoniais revelou, pelo princípio da igualdade, que a relação de filiação não mistifica nem isola noção de filho.

O filho é sujeito na mesma medida que o outro (o adotivo, ou o extramatrimonial) também o é; acaba a percepção ilhada da definição a priori da filiação, abrem-se as portas da revelação do liame genético, mediante reconhecimento voluntário ou forçado. Fazer uma reflexão que leve em conta apenas uma concepção insular do homem, é algo diverso de apanhar a projeção social dessa especificidade, quando não é mais o sujeito que está em causa e, sim, espelho do próprio sujeito.

Segundo Orlando de Carvalho<sup>17</sup>,

Podemos, pois, concluir sem receio que, seja qual for a fundamentação mais profunda que, numa indagação de carácter filosófico, atribuamos à existência do Direito (reduzindo-o a um ordenamento objectivo, reduzindo-o a um poder subjectivo, ou transcendendo a distinção

---

16 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 263.

17 CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 29.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

norma-poder em termos de institucionalismo, de ordinalismo, de decisionismo, de existencialismo, etc.), a repartição empírica das grandes manifestações do Direito num mundo de comandos e normas e num mundo de poderes ou faculdades – num mundo em que o indivíduo é executor do Direito e num mundo em que o indivíduo é como que criador do Direito – tem um inegável relevo para a inteligibilidade do sistema.

Portanto, é preciso verificar os novos sujeitos e a evolução de determinados conceitos, pressupondo a existência de outros institutos e ramos do conhecimento que fornecerão o arcabouço teórico necessário para a correta análise e devida aplicação do Direito, devendo-se, para tanto, levar em consideração a prerrogativa e os princípios constitucionais. Quanto às relações familiares, nessa nova perspectiva, são retomadas categorias fundantes para se compreender as transformações que se passam e que sugerem revelar transição.

### **3 DA REVISÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS**

Diante dessa situação objetiva, ingressou no lugar do conceito de autonomia privada talvez o de necessidade. A família deixou de ser uma unidade de produção para retornar-se uma unidade de consumo, e o contrato deixou de ter autonomia privada para abrir espaço à satisfação de necessidades, nem sempre tão básicas<sup>18</sup>. O consumo compreende não apenas bens elementares, mas tudo o que faz parte da sociedade contemporânea, adereços e supérfluos.

Novas concepções dos institutos jurídicos propõem outras realidades: o conceito de família não emoldura a família contemporânea; o conceito de contrato não mais explica a circulação dos bens; o conceito de apropriação não consiga abarcar a sua nova função funcionalizada. O Direito então passa a respirar fora da codificação.

---

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Para Orlando de Carvalho<sup>19</sup>,

Estas observações parecem-nos necessárias em face da tendência, hoje consagrada entre nós pelo Código Civil Português de 1966, para encarar o sistema do direito civil de uma perspectiva acentuadamente normativista, se não mesmo legalista, perspectiva que não só arranca do direito-prescrição ou comando como reduz a pessoa – a pessoa do homem – ao mero nível, tal como as coisas e os factos, dos elementos (externos) de uma pura e simples abstração: a relação jurídica *tout court*.

Na codificação não são os valores que se transportam, pois o que nela se colocam são os valores de um dado momento histórico. Por isso, pode-se dizer que acercam, por exemplo, os valores presentes em um modelo de contrato, uma formulação ideológica. O modelo contratual pode ser uma representação do conjunto de valores dominantes de uma dada época. O contrato do Estado liberal não possui a mesma configuração daquele presente no Estado social. Quando a codificação permanece e resiste, o modelo acaba contribuindo para a manutenção de um certo *status quo*.

Ao inserir-se na instância jurídica o que estava fora do modelo se adapta ao molde (por exemplo, filhos extramatrimoniais deixam de ser juridicamente discriminados e se submetem ao princípio da igualdade); a moldura também em vários ângulos, se transforma. O que era mudo adquire voz feito sujeito e expõe, simultaneamente, renascimento e declínio, superação e extinção. É o que passou, também, em diversas dicotomias.

Como dito anteriormente, é impossível estudar o Direito sem estudar a sociedade. Esta perspectiva não significa desmoronar o sistema jurídico mas, paradoxalmente, ao que parece, implicará revivificá-lo. Muda aquilo que se tem como nuclear. Essa alteração, por certo, levará a repensar o sujeito repensar da própria noção de objeto e da idéia de relação jurídica, uma vez que esta não

---

19 CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 32.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

existe entre pessoa e coisa<sup>20</sup>. É por esse caminho que interessa de perto repensar a inserção da pessoa no modelo latino, com uma discussão crítica do sujeito de Direito, do dado e do construído na ótica jurídica, superando, por sua vez, a antiga compreensão do Direito como um mero sistema de normas.

Assim, não se trata mais de uma subjetividade pura, isolada do mundo e da história, mas de uma subjetividade que se constitui enquanto tal condicionada e marcada por seu mundo<sup>21</sup>. Para Gadamer<sup>22</sup>, por exemplo, o passado deve ser compreendido em sua continuidade com o presente, sendo que a tarefa da interpretação da lei está vinculada justamente em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

Para Roberto A. R. de Aguiar<sup>23</sup>,

O direto é um fenômeno de relação entre um e outro, daí a necessidade de reafirmarmos que ele é o reino da alteridade. A presença de um outro é condição para a existência jurídica. Mas qual outro? Para a emergência do outro é preciso que se vivencie e entenda essa alteridade constante que se estende por toda existência humana, pois é a partir disso que poderemos falar de valores constitutivos, de condutas boas ou más e de direitos justos e injustos.

Diante disso, reconhecer que há algum impasse parece aumentar o desafio da investigação. Partindo-se de alguns referenciais, a migração é para o terreno de algumas categorias básicas do Direito, sob a noção de transdisciplinaridade. Talvez, esse impasse: encontrar-se à medida em que se perde, permita ao indivíduo diante da possibilidade de apreciar esse contexto, sem postura

---

20 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

21 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

22 GADAMER, Hans Georg. O problema da consciência histórica. Org. Pierre Fruchon; Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. 72.

23 AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.3, n.6, p. 11-43, jul./dez. 2006. p. 15.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

dogmatizada, possibilitando encontrar, ao final de todas essas reflexões, um referencial comum<sup>24</sup>.

Desta forma, um sistema jurídico aberto prescinde de limites tão estreitos, principiado e terminado por definições e conceitos. O que virá poderá demonstrar que a realidade precisa ser tratada de outra forma pelo Direito, ao contrário do que hoje ocorre, em que o Direito coopta dos fatos e lhes dá força jurídica. Há, neste momento, um conjunto de colocações e interrogações críticas do contrato, da família e da apropriação, em um universo rico de idéias e questões.

#### **4 UMA REFLEXÃO CRÍTICA DO DIREITO CIVIL A PARTIR DO RECONHECIMENTO DAS DESIGUALDADES**

A reflexão crítica que considera a perspectiva de crise e superação do modelo clássico, apanha determinados conceitos, lidos nessa ótica transversal, proposta a partir dos três pilares: família, patrimônio e contrato. Nesse âmbito, é possível dissecar um ponto singular que é a idéia da igualdade, e como ela se infiltra nas bases constitutivas desses três pilares.

Para Luiz Edson Fachin<sup>25</sup>,

Cogitar-se o princípio da igualdade em face dos segmentos mencionados supõe estabelecer uma espécie de arco histórico, que tem como ponto de partida o sistema tradicional da formulação de família, propriedade e contrato, e, como ponto de chegada, a transição entre o final do século XX e o início do terceiro milênio em um país ainda a constituir-se nação edificada pela superação da dominação histórica.

Deste modo, pode-se dizer que do século XVIII ao século XX, três momentos de

---

24 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

25 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 284.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

reconhecimento do princípio da igualdade são localizáveis. O primeiro deles é o da dignidade jurídica do princípio, o que significa cancelar a sua existência no plano de um sistema de Direito. O segundo se mostra no âmbito do próprio sistema quando, a partir de um reconhecimento já efetivado, a igualdade era confiada a uma consideração formal e abstrata que levava em conta categorias abstratas, deixando à margem sua consideração concreta. A igualdade passava a ser vista como um conceito e, sendo assim, era uma categoria distanciada da realidade.

O terceiro e último momento é aquele em curso, no qual a consideração abstrata está cedendo lugar ao preenchimento da moldura que o princípio da igualdade acabou por estabelecer. Esse corresponde à confirmação da crise e à superação do mero reconhecimento da dignidade do princípio da igualdade. No direito que inspira o sistema, emerge a idéia – hoje pacífica, mas que inicialmente possuía ares de atentado – de que os desiguais devem ser desigualmente tratados para se tornarem iguais. Esse terceiro momento também começa a ser superado, apresentando-se os traços de um novo modelo que, todavia, ainda não está plenamente delineado.

Hoje, porém, o discurso que se coloca, sem volta, é outro: o do reconhecimento das desigualdades. O fator decisivo deixa de ser apenas a busca de uma igualdade a todo e qualquer custo, mas o de reconhecer que certas diferenças, em si mesmas, não são necessariamente discriminatórias. Diferença e igualdade convivem. A igualdade material sugere o reconhecimento das diferenças. Diante disso, não é difícil entender a periculosidade do solipsismo, para responder as indagações oriundas das relações sociais. “Ela ocorre diante de uma teoria que se quer como ciência 'absolutamente subjetiva', que tem um objeto que é independente da existência ou não do mundo”<sup>26</sup>.

---

26 PELIZZOLI, Marcelo Luiz. A relação ao outro em husserl e levinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994. p. 32.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

Para Emmanuel Levinas<sup>27</sup>,

O eu, precisamente enquanto responsável pelo outro e o terceiro, não pode ficar indiferente a suas interações e, na caridade com um , não se pode eximir de seu amor pelo outro (moi), o eu (je), não se pode ater à unicidade incomparável de cada um, que o rosto exprime. Atrás das singularidades únicas, é preciso entrever indivíduos do gênero, é preciso compará-los, julgá-los e condená-los. Sutil ambigüidade de individual e de único, de pessoal e de absoluto, da máscara e do rosto. Eis a hora da justiça inevitável que a própria caridade todavia exige.

Esse aspecto impõe o reconhecimento de que o Código Civil, ao espelhar o sistema nas relações de família, no patrimônio e no contrato, fundou, a seu tempo, a Constituição do homem privado. Essa é a expressão utilizada para analisar que é a tradição desse sistema, e o que ele pretendeu apresentar de moderno ao tempo de sua formulação.

Á época da elaboração do Código Civil estava em conflito um conjunto de idéias que permite afirmar-se que ele não foi, em sua derradeira formulação, obra e graça da palavra intelectual de um homem insular, mas um produto de valores dominantes. O Código deveria servir a um determinado modelo de relações jurídicas que envolviam o chamado "homem privado"<sup>28</sup>.

Se o Código não é apto a ensejar a discussão e o reconhecimento das transformações da realidade, é um instrumento de sua conservação. No Código Civil cunhou-se um viés de conservação das relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto e à história dos valores dominantes.

Os fatos vão se impondo perante o sistema codificado que irá recolher o princípio da igualdade já inserido nas declarações universais de direitos, operando-se, só então, uma feição transmutada para as relações de Direito Privado.

---

27 LÉVINAS, Emmanuel. Humanismo do outro homem. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 293.

28 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

A idéia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação correspondem deveres. Gera, portanto, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso. A utilização da expressão "função social" traz para o Direito um debate acérrimo, especialmente na Sociologia, sobre a análise funcionalista dos fenômenos sociais.

A circunscrição das projeções jurídicas do sujeito de direito como categoria fundante não compete só ao Direito Privado, mas ao Direito como sistema. O aprofundamento dessa ordem de idéias permite verificar em quais planos a categoria de sujeito faz sua configuração ser reconhecida na linha da interdisciplinaridade e de corte transversal do fenômeno jurídico<sup>29</sup>.

Há uma noção de supremacia dos princípio e dos interesses sociais que deveria ter maiores repercussões na atividade de julgar. Isso implica a admissão de uma intervenção do interesse público na esfera jurídica privada, uma verdadeira, constitucionalização do Direito Civil. Emergem, daí, conseqüências à prática judicial: esses princípios superiores passam a ter o caráter de regras vinculantes à decisão do caso concreto.

Cabem, hoje, não apenas a recepção da constitucionalização do Direito Civil, mas uma análise de quais são as conseqüências práticas por ela trazidas, bem como possíveis críticas a serem dirigidas a esse fenômeno. Não é um convite à sua cega adesão, mas, sobretudo, à sua reflexão.

De qualquer modo, são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática; quanto à família – que se revela sob forma plural – coloca-se como direito vivido, e não mais como direito

---

29 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.



ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

imposto e imaginário.

Recolocando-se o sujeito no cerne das relações jurídicas, há duas conseqüências patentes e facilmente verificáveis: a valoração ética dos comportamentos, e a impossibilidade de se estabelecer uma disciplina jurídica fechada para essa valoração. Percebe-se, então, por que o Direito, hoje, se abre para uma retomada da boa-fé.

Os dias de hoje são a demonstração inequívoca de que os poros do sistema jurídico estão abertos, que os diques construídos pelo sistema clássico, para barrar este tipo de influências recolhidas dos fatos estão ruindo. A partir dessa ruína, e se há, efetivamente uma ruína, principiam outras interrogações<sup>30</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto, a sociedade contemporânea, de uma forma geral, tem vivido um momento ímpar em sua história. Assistimos o mundo passar por diversas transformações importantíssimas no âmbito de suas relações sociais, políticas e econômicas. Por sua vez, a fixidez dogmática ao não enxergar o problema jurídico a partir de uma relação entre diferentes, mas sim a partir de uma norma uniformizadora, que dilui os sujeitos no interior de uma igualdade abstrata e retira dos envolvidos suas existências e suas concretudes, limita a aplicabilidade do Direito ao mero sistema de normas dado, e não construído, que é incapaz de se adequar às novas demandas sociais.

Desta forma, restou demonstrado que os velhos modelos devem ser revistos, seja pela criação de novos instrumentos procedimentais, seja pela modificação de paradigmas científicos e revisões de ordem ética. O que permanece nesse processo, são menos as normas jurídicas, mas princípios que vão se

---

30 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

sedimentando a partir das lutas e saltos das emergências sociais.

Esta nova concepção, fundamentalmente transdisciplinar e aberta, indica a possibilidade de uma nova juridicidade marcada pelo cosmopolitismo, maior igualdade e compartilhamento. Outrossim, a aceitação horizontal do outro implica numa considerável transformação dos modelos explicativos do sistema jurídico e mostra a possibilidade da construção normativa que privilegie o outro como origem e destino do direito.

Neste diapasão, julga-se oportuna a repersonalização do direito civil, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos. Concebe-se, portanto, o Direito, não sendo apenas um sistema lógico, mas sim um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.

Assim, diante dessa superação do “modelo dado” por um modelo construído, é possível que fiquem abertas muitas portas e várias questões sem resposta singela e direta. Mas essa é uma mudança de paradigma: da segurança e rigidez conceituais a migração aponta para o horizonte que desafia a criação e a construção, sem perder, na indefinição, os referenciais e o norte desse caminhar.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.6, p. 11-43, jul./dez. 2006.

CARTA DA TRANSDICIPLINARIEDADE. In: **Educação e transdisciplinaridade II** / coordenação executiva do CETRANS. – São Paulo : TRIOM, 2002. Disponível em:

[http://www.unesco.org.br/publicacoes/livros/educatransdII/mostra\\_documento](http://www.unesco.org.br/publicacoes/livros/educatransdII/mostra_documento).  
p. 193-197

ALVES, Geovane Machado. Diálogo e superação: da necessária transposição da dogmática jurídica em virtude da reflexão crítica do direito civil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. 101 p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 359 p.

GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica**. Org. Pierre Fruchon; Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. 72 p.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993. 131 p.

\_\_\_\_\_. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997. 302 p.

PELIZZOLI, Marcelo Luiz. **A relação ao outro em husserl e levinas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994. 116 p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia jurídica da alteridade**: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. Curitiba: Juruá, 2000. 280 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 342 p.