

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CCJS – CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU

**SOLIDARIEDADE, TRABALHO E NORMA: DO RECONHECIMENTO JURÍDICO
À CONCRETIZAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

CURITIBA

2011

MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU

**SOLIDARIEDADE, TRABALHO E NORMA: DO RECONHECIMENTO JURÍDICO
À CONCRETIZAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental, do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2011

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S947s
2011 Suguimatsu, Marlene Teresinha Fuverki
Solidariedade, trabalho e norma : do reconhecimento jurídico à concretização
de garantias fundamentais na sociedade contemporânea / Marlene Teresinha
Fuverki Suguimatsu ; orientadora, Márcia Carla Pereira Ribeiro. – 2011.
274 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2011
Bibliografia: f. 256-274

1. Direito do trabalho. 2. Solidariedade. 3. Garantia (Direito). 4. Direitos
civis. 5. Brasil. Constituição (1988). I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.6

MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU

**SOLIDARIEDADE, TRABALHO E NORMA: DO RECONHECIMENTO JURÍDICO
À CONCRETIZAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental, do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

PROFESSORA DOUTORA MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR

PROFESSOR DOUTOR LUIZ EDSON FACHIN
Universidade Federal do Paraná-UFPR

PROFESSORA DOUTORA ANA CARLA HARMATCHIUK MATOS
Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil

PROFESSORA DOUTORA JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES
Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR

PROFESSOR DOUTOR ALEXANDRE BUENO CATEB
Faculdade de Direito Milton Campos

Curitiba, _____ de _____ de 2011.

Dedica-se esta pesquisa aos que caminham, ainda que a pequenos passos, rumo à construção de um mundo melhor.

Agradecimentos

Gratidão é um dever. É um dever sagrado, com que se responde à prioridade de mérito do benfeitor. A todos os benfeitores que, direta ou indiretamente, ofereceram sua boa vontade para a realização deste trabalho, meus profundos agradecimentos.

Sérgio, Guilherme, Isabela e Lígia, pela paciência, tolerância e apoio tecnológico.

Professores do Curso de Doutorado, todos, pelas sementes que plantaram na sua extraordinária tarefa de semeadores de idéias.

Professor Luiz Edson Fachin, pelas preciosas luzes técnicas.

Professora Márcia Carla Ribeiro, orientadora da pesquisa, pelo comprometimento, disposição e precisão metodológica.

PUCPR, pela oportunidade e espaço à pesquisa.

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelas condições materiais oferecidas.

Colegas doutorandos, pela riqueza da convivência.

Assessores de gabinete do TRT 9ª Região, por todo o auxílio e dedicação.

Familiares e amigos, muita gratidão.

A todos, gratidão, que se envia em pedido de benção, para que sua disposição de beneficência se expanda e retorne em dobro a cada um.

Estamos numa segunda pré-história, idade de ferro planetária, pré-história de uma possível sociedade mundo, sempre pré-história do espírito humano, talvez pré-história da técnica (...). Poderemos inibir a megalomania humana e regenerar o humanismo? Poderemos fortalecer o mais precioso, o mais frágil, essas últimas emergências que são o amor e a amizade? Poderemos praticar a reforma interior, que nos tornaria melhores? Poderemos, um dia, “habitar poeticamente a terra”? A humanidade está em formação. Há possibilidade de rechaçar a barbárie e realmente civilizar os humanos? Será possível transformar a hominização em humanização?

(Edgar Morin)

RESUMO

A pesquisa aborda a aplicação do pensamento solidarista nas relações interprivadas, com ênfase nas relações de trabalho. A solidariedade, que tem raízes religiosas, filosóficas e sociológicas constitui, hoje, uma categoria jurídica, o que enseja discussões sobre a possível força normativa e o seu papel na interpretação e aplicação do Direito. A sua dimensão jurídica se delineou com as primeiras idéias solidaristas, que brotaram do pensamento sociológico europeu no final do século XIX e início do século XX. No Brasil, ingressou no Direito com a Constituição Federal de 1988, que definiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo do Estado. A pesquisa incursiona, num primeiro momento, em algumas das dimensões metajurídicas da solidariedade e no seu processo de travessia, até chegar às portas do Direito. A partir de então, passa-se a considerar a sua visibilidade e problematização no discurso jurídico em geral e nas relações interprivadas. Aborda-se a atuação promocional do art. 3º, I, da Constituição e as concepções da solidariedade como princípio jurídico, direito e dever, bem como sua função na esfera dos direitos e garantias fundamentais e na promoção da dignidade humana. Enfatiza-se a sua possível aplicação nas relações contratuais, e mais especificamente nas relações de trabalho, palco de interações entre forças sociais e econômicas em constante conflito. Propõe-se colocar o Direito a serviço de uma causa – da vida humana digna – de forma que seus institutos, a exemplo do contrato, sejam direcionados a preservar os valores das pessoas, individual e socialmente consideradas. A solidariedade, nesta proposta, será o fundamento jurídico para o reconhecimento de obrigações das partes nas relações contratuais, quando forem necessárias considerações mais justas e humanas das pessoas, das suas relações jurídicas e das suas necessidades existenciais.

Palavras-chave: solidarismo, solidariedade, solidariedade contratual, relações interprivadas, relações de trabalho.

ABSTRACT

The research concerns the application of the solidarist thought on relationships between privates, with emphasis on laboral relations. Solidarity has its source on religious, philosophical and sociological thoughts and constitutes a juridical category, which gives rise to discussions about its normative force and its role on the Law's interpretation. Its juridical dimension has been delineated with the first solidarist ideas, which sprouted from the European sociological thought at the end of the 19th and early 20th Centuries. In Brazil, it has joined the formal Law with the 1988 Federal Constitution, which defined the building of a free, fair and solidary society as a goal of the State. The research explores some of the solidarity's metajuridical dimensions and its process of crossing until it reaches the Law. Once revealed to the juridical world, it's considered its visibility and problematization on the juridical speech, both in general and in private relationships. It's also set the discussion about the promotional actuation of the article 3rd, I of the Federal Constitution and the concepts of solidarity as a juridical principle, right and duty, as well as its role concerning the fundamental rights and guarantees, in order to promote human dignity. In addition, its possible application on contracts, specifically on labor relations, is emphasized, because that's where the constant conflict between economic and social forces takes place. It's suggested that the Law should be designed for a cause – which is the dignity of the human life – in a way that its concepts, like the contract, are meant to preserve the values of people, individually or socially considered. Solidarity becomes the juridical fundament for the recognition of duties of the parts in contractual relations, whenever it becomes needed a more human and fair consideration of people, their relations and needs.

Key-words: solidarism, solidarity, contractual solidarity, interpersonal relations, labor relations.

RESÚMEN

La investigación aborda la aplicación del pensamiento solidarista en las relaciones interprivadas, con énfasis en las relaciones de trabajo. La solidaridad, que tiene raíces religiosas, filosóficas y sociológicas constituye, hoy, una categoría jurídica, lo que estimula discusiones acerca de la posible fuerza normativa y su rol en la interpretación y aplicación del Derecho. Su dimensión jurídica se delineó con las primeras ideas solidaristas, que surgieron a partir del pensamiento sociológico europeo en el final del siglo XIX e inicio del siglo XX. En Brasil, ingresó en el Derecho con la Constitución Federal de 1988, que definió la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como objetivo del Estado. La investigación adentra, en un primer momento, algunas de las dimensiones metajurídicas de la solidaridad y su camino hasta llegar a las puertas del Derecho. A partir de ese punto, se empieza a considerar su visibilidad y problematización en el discurso jurídico en general y en las relaciones interprivadas. Se aborda la actuación promocional del artículo 3º, I, de la Constitución y las concepciones de la solidaridad como principio jurídico, derecho y deber, así como su función en la esfera de los derechos y garantías fundamentales y en la promoción de la dignidad humana. Se enfatiza su posible aplicación en las relaciones contractuales, y más específicamente en las relaciones de trabajo, escenario de interacciones entre fuerzas sociales y económicas en constante conflicto. Se propone poner el Derecho a servicio de una causa – de la vida humana digna – de forma que sus institutos, al igual que el contrato, sean direccionados a la preservación de los valores de las personas, consideradas individual y socialmente. La solidaridad, en esta proposición, será el fundamento jurídico para el reconocimiento de obligaciones de las partes en las relaciones contractuales, siempre cuando sean necesarias consideraciones más justas y humanas de las personas, de sus relaciones jurídicas y de sus necesidades existenciales.

Palabras-llave: solidarismo, solidaridad, solidaridad contractual, relaciones interprivadas, relaciones laborales.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 IDEIA, PERCURSO E PROMESSA: A SOLIDARIEDADE A CAMINHO.....	17
2.1 CONSTRUÇÃO DE UMA IDEIA: VALOR, VIRTUDE E NORMA DE CONDUTA..	17
2.1.1 Bondade e maldade humana: uma análise ontológica do homem solidário.....	19
2.1.2 Solidariedade como dever religioso	25
2.1.3 Solidariedade como conduta ética e moral: o dever de humanidade em Kant.....	27
2.1.4 Solidariedade como promessa de justiça: a fraternidade das Revoluções burguesas.....	33
2.2 O ESPAÇO SOCIAL COMO CAMPO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL.....	37
2.2.1 A solidariedade na Antropologia social.....	37
2.2.2 A solidariedade social nas formulações da Sociologia.....	40
2.2.3 O espaço social como campo da solidariedade social	46
3 A SOLIDARIEDADE BATE ÀS PORTAS DO DIREITO	49
3.1 JUSTIÇA SOCIAL: CONCEPÇÃO E CONSOLIDAÇÃO TEÓRICA	49
3.1.1 A justiça social e as bases de sua construção	50
3.1.2 Consolidação teórica de justiça social: conjuntura epistemológica e histórica	70
3.2 A SOLIDARIEDADE REVELADA	79
3.2.1 Solidariedade social como fundamento da ordem social e jurídica	80
3.2.2 Aproximação entre Sociologia e Direito: o fato social como referência jurídica.....	89
3.2.3 Discurso jurídico solidarista e os sistemas teóricos do século XIX e XX.....	93
3.3 SOLIDARIEDADE E DIMENSÃO JURÍDICA	101
3.3.1 Direito contemporâneo: coexistência, complexidade social e pluralismo.....	103
3.3.2 A pessoa como protagonista do direito: existencialismo, humanismo e personalismo jurídico	111
4. NO ABRIGO DO DIREITO: A FACE VISÍVEL DA SOLIDARIEDADE NO DISCURSO JURÍDICO.....	129
4.1 SOLIDARIEDADE E SISTEMA JURÍDICO NACIONAL	129
4.1.1 Solidariedade como ideal político, princípio, regra de conduta, direito e dever ...	138
4.1.2 A atuação promocional do art. 3º, I, da Constituição federal	145
4.2 SOLIDARIEDADE E DIGNIDADE HUMANA	155
4.2.1 Dignidade humana e seu conteúdo jurídico: cláusula de tutela à pessoa.....	158
4.2.2 Solidariedade como meio de promoção da dignidade humana	163
5. DIRIGINDO O TRÂNSITO JURÍDICO: RELAÇÕES PESSOAIS, CONTRATOS E DIGNIDADE	173
5.1 COEXISTÊNCIA HUMANA, EXPERIÊNCIA JURÍDICA E SOLIDARIEDADE	173
5.1.1 Relação jurídica, direito privado e o Direito Civil contemporâneo.....	178

5.1.2 Obrigações e contratos no Direito civil-constitucional: a funcionalização dos institutos	186
5.2 SOLIDARIEDADE E RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	194
5.2.1 Direito contratual e suas transformações.....	196
5.2.2 A solidariedade como núcleo do contrato	201
6 RELAÇÕES DE TRABALHO E SOLIDARIEDADE	216
6.1 TRABALHO HUMANO E SUAS DIMENSÕES.....	216
6.1.1 A essencialidade do trabalho humano e as suas dimensões.....	217
6.1.2 Trabalho e Constituição: constitucionalização de normas do trabalho e sua perspectiva promocional.....	223
6.2 SOLIDARIEDADE, DIREITO DO TRABALHO E CONTRATO DE TRABALHO ...	232
6.2.1 Direito e contrato de trabalho: para além da natureza patrimonial.	232
6.2.2 Direito do Trabalho emancipável, justo e solidário: a primazia da pessoa	237
7 CONCLUSÃO.....	252
8 REFERÊNCIAS	256

1 INTRODUÇÃO

A solidariedade, considerada um dos valores mais importantes da sociedade contemporânea é também uma categoria jurídica, que se projeta em todos os ramos do Direito. A Constituição federal de 1988 a contempla no art. 3º, I, como um dos objetivos da República.

Antes de ingressar no campo jurídico e ganhar força como instrumento de promoção de justiça a solidariedade já era pensada por teólogos, filósofos e sociólogos, e, em alguns segmentos sociais, colocada em prática, o que remete às suas raízes metajurídicas. Relativamente a estas, assenta-se em pelo menos três grandes vertentes: em noções religiosas, nos deveres de caridade e de fraternidade difundidos pelo pensamento cristão; em inspirações éticas, como uma das virtudes humanas; e no comportamento moral dos povos, como dever de conduta social, sintetizado no pensamento kantiano do dever de humanidade.

Em uma perspectiva histórica, despontou como promessa teórica e prática de fraternidade na sociedade burguesa europeia do século XVIII e constituiu, com a igualdade e a liberdade um dos pilares da Revolução francesa. Encontrou no século XIX base teórica sólida para se firmar como pensamento sociológico, ganhou impulso com o chamado solidarismo e lançou fundamentos para a cultura jurídica que se delineou ao final do século XIX e início do século XX, na Europa, quando se propôs um novo saber sobre o direito e o Estado.

No Direito, contribuiu para a proposta de rompimento com a racionalidade individualista e formalista da Escola da Exegese, que já não satisfazia o novo propósito de atingir as relações jurídicas a partir da realidade dos fatos e pelo viés da justiça social. Aparentemente esquecida ao longo do século XX, ainda que de forma pouco evidente inspirou modelos de atuação político-jurídica, fundamentais para a preservação de sociedades livres e democráticas que a adotam expressamente em seus textos constitucionais.

O Direito contemporâneo volta-se à solidariedade. Procura-se em suas raízes a compreensão de seu conteúdo e extensão e busca-se adotá-la para construir uma dogmática e uma hermenêutica constitucional e infraconstitucional capazes de recolocar a pessoa humana e suas relações existenciais no centro das formulações jurídicas, de onde a racionalidade Moderna as deslocou.

A complexidade que marca a sociedade atual impõe mudanças constantes nos referenciais cognitivos, em quase todos os campos, notadamente o jurídico. O Direito não

mais se propõe à completude e o pluralismo jurídico abala a hegemonia do Estado como instância criadora da experiência jurídica, o que significa a necessidade de reelaborar seu papel. Heterogeneidade e pluralidade exigem pensar a solidariedade humana de forma a permitir que o individual e o coletivo, não se anulem ou se excluam, mas interajam e se completem, de forma flexível e criativa. A indeclinável convivência com o outro, na nova realidade jurídica, pede outra consciência, a de que a solidariedade é emissária. Por sua perspectiva orgânica de sociedade, a solidariedade jurídica contribui para que o Direito aspire soluções equilibradas, que assegurem liberdades e combatam desigualdades sociais.

Os chamados direitos e deveres de solidariedade, hoje presentes em pesquisas e estudos jurídicos de viés social e humano cabem neste contexto. Seus fundamentos, abrangência e limites exigem análise que ultrapasse o plano jurídico, pelas interações naturais do Direito com os demais campos do conhecimento, como a Filosofia, Sociologia, Antropologia, Política e a Economia.

No campo das relações econômicas, por exemplo, o crescente distanciamento de algumas condutas humanas em relação aos padrões éticos mínimos aceitáveis leva a numerosas considerações, inclusive à defesa da presença e da atuação mais ativa do Estado como algo necessário. Indaga-se, por outra via: será possível conjugar lucros, uso de mecanismos jurídicos, larga oferta de trabalho humano e a forte cultura do ter, com os cânones da partilha, da solidariedade, do uso moderado de bens, da valorização da pessoa e do trabalho humano e da cultura do ser e do dar; e o mais importante, de onde iniciar a mudança?

Alguns segmentos sociais organizados promovem de forma espontânea e ampla ações solidárias. Outros as promovem atraídos por incentivos e benefícios financeiros. Outros, ainda, mantêm-se inertes, possivelmente por conceber que condutas solidárias referem-se a funções assistencialistas exclusivas do Estado ou decorrem apenas do dever religioso de caridade.

Quando se tem consciência da indeclinável condição social humana e de que a solidariedade é um fato real, que decorre da estrutura mesma da sociedade, no sentido de que as ações de um podem afetar a todos, a atividade econômica não pode servir demasiadamente a uns, em detrimento absoluto de outros. Valores sociais, políticos e jurídicos devem se entrelaçar ao sistema econômico para inspirar comportamentos e ações voltados à pessoa. Tal postura exige medidas concretas no que se refere a investimentos, lucros, distribuição de riquezas, produção, meios de regulação e de atuação jurídica e oferta de bens e de trabalho compatíveis com a noção de dignidade humana.

Em uma sociedade solidária, modelos inspiradores devem ser detectados e aplicados para que as relações se tornem mais positivas, construtivas e emancipáveis. Repensar estruturas e pressupostos que sustentam o pensamento jurídico, neste contexto, significa teorizar, e, com a necessária prudência, propor modelos capazes de aproximar o quanto possível as formulações teóricas da realidade da vida.

A opção constitucional brasileira de 1988 guiou-se por esses ideais construtivos quando assegurou defesa e proteção aos direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; quando contemplou, como fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; quando elegeu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos do Estado para erradicar a pobreza e a marginalização; quando assegurou o direito fundamental ao trabalho e extenso rol de garantias destinadas a atender o trabalhador e sua família, quanto às necessidades básicas de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social; e quando traçou como um dos fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano para assegurar justiça social e instituiu como princípios dessa mesma ordem a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

A proposta da pesquisa caminha neste sentido. Propõe-se, em síntese, pensar em um Direito de atuação construtiva e solidária, porém, não com enfoque nas obrigações do Estado de promover políticas públicas. O enfoque será o campo das relações interprivadas. O rumo da pesquisa é a possível aplicação da solidariedade nas relações jurídicas obrigacionais, mais especificamente nos contratos, em geral, e particularmente nos contatos de trabalho.

O tema é relevante e atual, na medida da importância que a doutrina atribui aos institutos de Direito Civil, como o contrato e a propriedade, que se projetam, hoje – especialmente com o advento do Código Civil de 2002 – à luz dos valores e princípios que inspiraram a Constituição Federal.

O enfoque especial ao contrato de trabalho justifica-se por muitas razões. O trabalho integra a existência do homem desde a sua origem. É fonte da sua existência, dos conhecimentos adquiridos, além de fator de identificação e de sua realização como pessoa. É uma obrigação social e também uma necessidade – por ser vital para a subsistência – e garantia de desenvolvimento. Acompanhou os processos de transformação da sociedade, e a eles se adaptou, ou neles interferiu de modo indelével. Com os demais elementos produtivos, como propriedade e recursos naturais promoveu riqueza social. Apenas em época recente, todavia, mereceu atenção jurídica, quando passou a ser regulamentado por normas que se

ocupam em assegurar direitos aos trabalhadores, que compõem o patamar mínimo compatível com condições de existência digna.

Constata-se, ainda, retraída efetividade das normas positivadas, em especial as de ordem constitucional, o que causa desconforto diante da atual realidade laboral. A incontida concorrência global entre mercados e organizações empresariais dissemina visão predominantemente econômica da força de trabalho. Assiste-se um processo de transição entre trabalhadores humanos por mecanismos tecnológicos sofisticados. Organizações empresariais se estruturam com tecnologias e processos organizacionais de impacto, que prometem mais produtividade e maiores lucros, com menores custos. O cenário é de um espaço laboral altamente seletivo, quando não de exclusão ou ampla precarização das condições oferecidas, o que afeta profundamente as relações e os contatos de trabalho.

Algum esforço é necessário, o que inclui uma visão mais humana e construtiva dessas relações e amparar-se na teoria dos direitos humanos e fundamentais e nos princípios e valores que norteiam a Constituição parece uma potencial solução. É necessário impedir que o anseio de progresso econômico sobreponha-se aos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho a ponto de nulificar a perspectiva de concretização da terceira promessa da Revolução francesa: a fraternidade.

Diferente dos pilares da igualdade e da liberdade, que se tornam garantias jurídicas concretas, a fraternidade manteve-se, até o despontar das primeiras bases da cultura jurídica solidarista, no plano teórico. Aquelas, incorporadas pelo Direito traduziram-se em medidas impositivas de proteção às liberdades individuais e públicas e em ações afirmativas, que obrigam o Poder Público e os particulares.

A idéia revolucionária de fraternidade, embora assimilada pelo Direito no atual conceito de solidariedade, ainda se mantém primordialmente ligada às suas razões metajurídicas. Quando muito, inspira normas de Direito público e de ordem pública, como os deveres de assistência aos incapazes de prover a própria existência, entre enfermos, idosos e crianças abandonadas. Assim ocorre com os deveres de assistência e reparação em hipóteses de grandes danos, no que se incluem prejuízos oriundos de guerras e revoluções, além do sistema previdenciário, que é construído com fundamento na idéia de solidariedade social. Nestas hipóteses o Estado é chamado a atuar diretamente e os particulares, em regra, de forma indireta.

Seria equívoco afirmar que o Direito privado ainda não assimilou a solidariedade. Situações como obrigação de assistência recíproca entre pessoas do mesmo grupo familiar, obrigações instituídas pela legislação de acidente de trabalho, a peculiar assistência marítima

e navegação aérea, previsões relativas ao direito falimentar e o dever de prestar socorro a vítimas, todos demonstram essa assimilação. O tratamento que se destina a estas situações, ainda que sem referência expressa a dever solidariedade, aponta para essa mesma *ratio*. De qualquer forma, tais situações ainda guardam forte conotação pública, porquanto se relacionam com verdadeiros deveres éticos e morais de conduta, esperados da coletividade.

Não há, por outro lado, referências expressas ou implícitas a deveres ou direitos de solidariedade nas relações obrigacionais privadas, no sistema positivo nacional. Alerta-se que tal omissão não autoriza argumentar com eventual incompatibilidade, impertinência ou violação ao preceito de legalidade, se considerado que o sistema jurídico opera de forma integrada por vários mecanismos. Ao contrário, direitos e deveres podem derivar de diversas fontes: da expressão da autonomia da vontade, de literal disposição de lei, da força dos usos e costumes, do poder cogente peculiar à sociedade, da cultura, dos valores e dos princípios.

A solidariedade, como inserida no art. 3º, I, da Constituição brasileira de 1988, nesta linha argumentativa parece conter uma efetiva força jurídica, com potencial vinculativo. Defende-se que, como categoria jurídica, independente de sua exata configuração – valor, princípio, norma, cláusula geral, direito ou dever – pode ser tomada como fundamento jurídico para o reconhecimento de uma obrigação, nas relações obrigacionais privadas. Esta conclusão preliminar conduzirá a pesquisa, pelo que se propõe analisar os seus significados, delimitação jurídica, amplitude, limites e campo de aplicação.

Definir os contornos da solidariedade é tarefa imprescindível na proposta integrativa de Direito, que caracteriza a hermenêutica jurídica atual. Ela pode se apresentar como mecanismo de efetivação de direitos e garantias fundamentais, como regra vinculativa de determinadas condutas, como vetor interpretativo de regras jurídicas e outras dimensões que só o aprofundamento no tema poderá revelar. Independente do sentido que se lhe destine, toma-se como certo que a solidariedade ingressou na Constituição para atender ao anseio nacional de reduzir desigualdades sociais, construir uma sociedade mais justa e assegurar dignidade às pessoas.

Esta pesquisa inspira-se em reflexões de pensadores seriamente compromissados com perspectivas sociais altruístas, que se ocupam da reprodução de saberes que não estejam emoldurados em equações dogmáticas e que preferem correr o risco de pensar complexo.

A proposta metodológica, a princípio de cunho hermenêutico por sustentar uma possível leitura promocional, expansiva e mais humana do Direito, assenta-se em uma espécie de divisão do conteúdo em duas partes.

A primeira, abordará a solidariedade em algumas de suas dimensões metajurídicas, sua promessa como modo de fazer justiça e sua travessia até chegar às portas do Direito. Estes aspectos serão desenvolvidos nos capítulos dois e três. E a segunda, que enfocará a solidariedade já ao abrigo do Direito. Nesta, que abrange os capítulos quatro a seis, serão analisados aspectos como a sua visibilidade social e jurídica e sua problematização no discurso jurídico, as interações com os demais valores e princípios constitucionais e com o Direito privado, notadamente com as relações contratuais e, mais particularmente, com as relações contratuais de trabalho.

A acentuada ênfase às relações pessoais e à concepção jurídica existencialista, humanista e personalista, que estão na base do discurso solidarista, tem por finalidade sustentar que toda construção jurídica deve servir a um único propósito: tornar o direito mais humano e, portanto, voltado às pessoas e suas necessidades, individual e socialmente. Pretende-se demonstrar que não pode haver dúvida sobre o que seja prioritário proteger, em eventual conflito entre valores existenciais e outros que decorrem da vida social.

Nas relações contratuais, semelhante conflito deverá impulsionar o intérprete ou o aplicador do Direito a adotar a diretriz solidária para assegurar dignidade às pessoas, tendo em vista o propósito final de promover justiça social.

2 IDEIA, PERCURSO E PROMESSA: A SOLIDARIEDADE A CAMINHO

2.1 CONSTRUÇÃO DE UMA IDÉIA: VALOR, VIRTUDE E NORMA DE CONDUTA

A etimologia do vocábulo solidariedade remete ao adjetivo solidário, que, por sua vez, deriva do latim *in solidum*, e que equivale à “totalidade”, “o todo”. Neste sentido, os primeiros textos do Digesto continham a expressão *in solidum esse*, que significa a indivisibilidade no uso¹. Remete, ainda, ao laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes, com um sentido moral que “vincula o indivíduo à vida, aos interesses e as responsabilidades dum grupo social, dum país, ou da própria humanidade”².

Na Filosofia do direito a solidariedade é tratada como um dos valores mais importantes na sociedade contemporânea, sabendo-se que “os valores orientam a elaboração das normas jurídicas e são o conteúdo dessas”³. É também um princípio jurídico presente em todas as áreas do Direito, e compõe, ao lado das regras, o gênero normas jurídicas⁴.

Antes de ganhar força como instrumento de promoção de justiça e se tornar um princípio geral do ordenamento jurídico, a solidariedade já era pensada e, em alguns segmentos sociais, colocada em prática, o que aconselha incursão sobre suas raízes metajurídicas.

Sua idéia inicial remonta a antigas reflexões filosóficas de caráter ontológico, voltadas à compreensão das características fundamentais e da essência do homem. Vem de ARISTÓTELES a referência de que “o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”⁵. Essas reflexões e as que envolvem o agir humano – portanto, o campo das virtudes e dos valores – foram bases para futuras construções teóricas.

¹ ARNAUD, André-Jean [*et. al.*] (Direção). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de: Vicente de Paulo Barretto. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 766-770.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2010. Disponível em: <<https://dicionario.trt9.jus.br/aurelio/home.asp>>. Acesso em 20.01.2009.

³ BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo-RS: Unisinos. 2006, p. 774.

⁴ A maioria dos juristas contemporâneos classifica as “normas” em regras e princípios, sendo estes os vetores de integração e interpretação do ordenamento jurídico. *Idem*, p. 774.

⁵ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 14 {Coleção A obra-prima de cada autor}.

A solidariedade remete, também, ao pensamento religioso, fundamentalmente às primeiras idéias cristãs e sua nova concepção sobre o homem e o mundo. Há no mandamento “amarás o teu próximo como a ti mesmo” rigorosas exigências éticas e a insistência básica na caridade, com o que se deveria tornar “ação” o amor incondicional a Deus e ao próximo. O dever de caridade, traduzido depois na idéia de fraternidade, passados os primeiros tempos do Cristianismo continua a fundamentar a sua ética e moral.

Suas raízes estão, ainda, no pensamento sociológico, a partir de quando se tomou consciência do espaço social e das formulações que surgiram sobre cooperação: compreendeu-se que a vida em sociedade gera interdependência entre seus membros, de forma que a ação de cada um implica todos os outros. A cooperação mútua, neste sentido, torna-se pressuposto ao atendimento das necessidades comuns. Pensar se o homem é solidário por natureza ou por necessidade constituiu uma das grandes razões da Sociologia e da Antropologia nos séculos XIX e XX.

A revelação de que a solidariedade poderia constituir também um problema jurídico surgiu apenas ao final do século XIX, com o desenvolvimento do chamado solidarismo. Como “doutrina moral e social baseada na solidariedade social e na busca pela justiça social”⁶ o solidarismo imprimiu uma nova forma de se pensar o Estado e o Direito. Passou-se a defender a reaproximação entre direito e moral e “a harmonização entre o individual e o coletivo, entre a liberdade individual e a solidariedade e prosperidade da coletividade”⁷, o que refletiu de maneira intensa no desenvolvimento dos direitos humanos e sociais.

De virtude, valor, deveres moral e religioso e pressuposto da vida em sociedade, a solidariedade passou a dever do Estado de prestar “assistência aos necessitados, o direito e o dever cívico entre os integrantes da sociedade, bem como o dever de efetivação dos direitos humanos e sociais”⁸. Hoje, como categoria jurídica compõe o vasto programa de ações promocionais do Estado e se situa entre os temas que mais despertam interesse jurídico, no sentido de um possível reconhecimento de sua normatividade, ao lado das regras que compõe o sistema normativo.

Porque o solidarismo “se pauta na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa”⁹, alguns conceitos que pavimentaram as inquietações ontológicas, éticas, morais e comportamentais de muitos pensadores, em épocas distintas serão revistos. Tal incursão é

⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 775.

⁷ *Idem*, p. 776.

⁸ *Idem*, p. 777.

⁹ *Ibidem*.

necessária para melhor compreender os contornos, limites e possibilidades de sua aplicação na realidade jurídica atual, especialmente nas relações jurídicas interprivadas.

2.1.1 Bondade e maldade humana: uma análise ontológica do homem solidário

O ser humano tende ao egocentrismo. Assim se afirma, pelo senso comum, para explicar condutas humanas que, motivadas por paixões, desejos e interesses, vaidades, competições, preferências ou diversidade de posições, e sem freios salutares, incomodam, afligem, desprezam e provocam sofrimento ou perturbam o sono dos homens.

A perversidade humana compõe o matiz do quadro social desde tempos imemoriáveis, o que se confirma pelas lutas e guerras históricas, em que a conduta eleita para obtenção dos fins sempre foi vencer ou repelir o outro, subjugar, eliminar. Está na ira dos povos, na segregação, exclusão e construção deliberada de misérias, na promoção da violência por todos os meios, na obtenção de vantagens em prejuízo e na expectativa de desgraças alheias. Está nas desavenças comunitárias e familiares, na submissão e na servidão, nos ofícios indignos, na exploração do outro e na desproteção.

A afirmação da bondade e do altruísmo humanos inspirou construções teóricas e observações empíricas antigas.

Bondade, no sentido etimológico traduz a qualidade ou o caráter de bom. Altruísmo exprime os sentimentos de amor ao próximo, filantropia e abnegação. Estes termos, ligados à idéia de “bem”, numa acepção ampla relacionam-se com algo que produz as melhores conseqüências na vida das pessoas e, em especial, no seu bem estar.

Como conceito filosófico, a bondade foi objeto de reflexões entre os clássicos gregos, que a relacionaram com noções de virtude, justiça, honra e moralidade¹⁰.

A natureza da bondade humana, na cultura grega vinculava-se à função particular desempenhada pela pessoa. A bondade ou a nobreza de alguém se determinava pela forma como a sua função era desenvolvida e se apresentava perante aquela sociedade. No pensamento grego antigo o que torna os humanos únicos é a capacidade de pensar e raciocinar. Assim, quanto mais excelente for no uso da razão, mais próximo se estará diante

¹⁰ MARQUES, Ramiro. Certo e errado na ética da virtude e na ética deontológica: implicações educativas. **In: Interações**. Santarém-PT, n. 5, p. 60-71, 2007. Disponível em: <<http://nonio.eses.pt/interaccoes/artigos/E5.pdf>>. Acesso em 25.01.2009.

de uma pessoa boa, que conhece e usa as virtudes intelectuais e morais em todas as dimensões da vida. A bondade pressupunha, portanto, o cultivo de uma vida completamente racional e o uso da inteligência em nível de excelência além dos padrões normais¹¹. O tratado de ARISTÓTELES sobre as virtudes bem demonstra este enfoque¹².

Em um proposital salto histórico, porque a abordagem é apenas exemplificativa, chega-se ao pensamento de SANTO AGOSTINHO. Suas reflexões sobre o processo da obra criadora levaram-no a concluir que tudo vem de Deus, *Ser* absolutamente soberano, superior, perfeito e imutável, que fez as suas criaturas para que fossem seres belos e bons¹³. Em uma perspectiva voluntarista admitiu o mal moral, que se vincula à má vontade; esta, porém, só poderia provir do homem e “entrou no mundo humano pelo pecado original e atual”¹⁴.

Com o fortalecimento do pensamento medieval, quando Deus passou a ser a referência e o fim último de todas as coisas a boa parte do mundo ocidental, o ser humano, enquanto matéria, corpo, não era considerado mau por natureza. Explicava-se que “a matéria não pode ser essencialmente má, sendo criada por Deus, que fez boas todas as coisas”¹⁵. A linha moral intelectualista de SÃO TOMÁS DE AQUINO considerou que agir moralmente significa agir racionalmente, em harmonia com a natureza racional do homem. A ordem moral, assim, não dependeria da vontade arbitrária de Deus, com o que demonstrou a liberdade da vontade, que “tende necessariamente para o bem em geral”¹⁶.

A Renascença, que pretendeu renovar a cultura e as artes e reviver a antiga cultura greco-romana, de modo idealizado, trouxe uma visão do “homem potenciado, celebrado, exaltado até à divindade, livre de si mesmo, dominador da natureza, senhor do mundo”¹⁷. ERASMO DE ROTTERDAM, um de seus principais expoentes, acreditava na bondade humana. Defendia que “o homem tende, naturalmente, para o bem”, pelo que toda pedagogia

¹¹ *Idem*, acesso em 25.01.2009.

¹² No Livro II, da *Ética a Nicômaco*, as virtudes humanas são separadas em duas espécies: *intelectual*, que se gera e cresce graças ao ensino e por isso requer experiência e tempo; e *moral*, adquirida como resultado do hábito. Procurou evidenciar que “nenhuma das virtudes morais surge em nós por natureza; com efeito, nada do que existe naturalmente pode formar um hábito contrário à sua natureza”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. Livro II. Tradução, comentários e índice analítico de: Eudoro de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 27-28.

¹³ AGOSTINHO, Santo. *Solilóquios; A vida feliz*. Tradução de: Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1998, p. 15-19.

¹⁴ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Tradução de: J. Oliveira Santos; A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 174-177; 181-182 {Coleção Os Pensadores}.

¹⁵ PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *História da Filosofia*. 4 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1961, p. 157.

¹⁶ *Idem*, p. 185.

¹⁷ *Idem*, p. 207/208.

deveria aproveitar o pendor infantil para a imitação e tornar este fato um ponto importante de aprendizagem¹⁸.

Assim como a bondade, a maldade humana também ocupou o intelecto de grandes pensadores. A percepção dos homens como seres maus e egoístas remete ao pensamento de Thomas HOBBS¹⁹, para quem o homem tende fatalmente para seu próprio bem (material). Na linha de outros filósofos contratualistas²⁰, partiu do homem em estado de natureza, assim considerado antes de exercitar qualquer sociabilidade, quando desfrutaria de todas as coisas, realizaria seus desejos e seria detentor de um poder ilimitado e essencialmente egoísta. Por terem necessidade dos mesmos bens, os homens seriam fatalmente inimigos entre si, em luta perpétua e universal²¹.

Seria tendência geral de todos os homens um perpétuo e irrequieto desejo de poder, que cessa apenas com a morte, anseio que se vincularia à realização de alguns desejos, como fama, conforto e prazeres, admiração, reconhecimento, riqueza e o próprio mando. Os homens não extrairiam prazer algum da companhia dos outros quando não existe um poder capaz de intimidar a todos²².

Como no estado de natureza o homem teria direito a tudo, em nome de sua preservação, durante a vigência deste estado não haveria segurança, nem paz. Nesse momento ele se tornaria “um lobo para outro homem”. Por seu próprio egoísmo os homens seriam impelidos a sair de tal situação para se unirem entre si, quando reconheceriam a necessidade de renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se com a mesma parcela de liberdade que se assegura aos outros. A nova ordem seria celebrada por um contrato, um pacto, em que todos abdicariam “em favor de um homem ou de uma assembléia de homens, como representante de suas pessoas”²³. Não teria ocorrido por socialidade ou simpatia, mas por um

¹⁸ ROTTERDAM, Erasmo da. L'educazione precece e liberale dei fanciulli (Declamatio de pueris statim aciliberliter instituendis). **In:** *La formazione cristiana dell'uomo*. Milano: Rusconi, 1989, p. 110-111. Ver também sobre o tema: TOLEDO, Cézar de Alencar Arnaut de. Erasmo, o humanismo e a educação. **In:** *Linhas - UDESC*, Florianópolis, v. 5, n. 1, 2004, Disponível em: <<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1236/1049>>. Acesso em 25.01.2009.

¹⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. TUCK, Richard (Org.). Tradução de: João Paulo Monteiro [*et. al.*]. São Paulo: Martins Fontes, 2003 {Clássicos Cambridge de Filosofia Política}.

²⁰ O contrato social constituiu, nos séculos XVII e XVIII, um lugar comum da filosofia política moderna. Entre os principais teorizadores, ao lado de Thomas Hobbes, encontra-se Jean-Jacques Rousseau. ARNAUD, André-Jean [*et. al.*]. *Op. cit.*, p. 153.

²¹ HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 106-107.

²² O autor apontou na natureza humana três causas principais de discórdias e violências: a *competição*, que leva uns a atacar os outros em vista do lucro e de posição superior; a *desconfiança*, que leva à luta pela defesa, dada a necessidade de segurança; e a *glória*, em face do desejo de manter reputação. Concluiu que se os homens viverem sem um poder comum, que imponha temor e respeito estarão na condição de “guerra”, de todos contra todos. *Idem*, p. 107.

²³ *Idem*, p. 108.

“egoísmo iluminado”, a renúncia humana ao egoísmo originário para se unir no estado civilizado, na sociedade política.

O fenômeno da maldade humana também perturbou o espírito de Jean-Jacques ROUSSEAU, que a reconheceu como “uma triste e contínua experiência”²⁴. Extraiu conclusão semelhante à de Thomas Hobbes, porém, sustentou o raciocínio em um princípio distinto. O homem não é naturalmente mau, afirmou, ao examinar o trajeto da sociedade, quando remontou ao homem também no estado de natureza e buscou apontar o momento do progresso das coisas em que, tendo o direito sucedido à violência, a natureza foi submetida à lei. Investigou por que encadeamento de prodígio o forte pode se decidir a servir o fraco, e o povo, a comprar uma tranqüilidade imaginária, à custa de uma felicidade real²⁵.

O autor partiu do homem primitivo, mas já evoluído para as características físicas atuais, considerando-o como saiu das mãos da natureza: um animal, menos forte que uns e menos ágil que outros, mas, no conjunto, o mais organizado de todos, com atitudes voltadas unicamente a satisfazer suas necessidades de fome, sede e sono. Seu primeiro sentimento teria sido o da própria existência, e seu primeiro cuidado, conservá-la²⁶.

Imagina-se que esse período de desenvolvimento das faculdades humanas foi o mais feliz e duradouro, por ser o estado natural, menos sujeito a revoluções, o melhor para o homem, até que atingisse a própria decrepitude da espécie²⁷.

A revolução humana, atribuída fundamentalmente à metalurgia e à agricultura, e às diferenças naturais que surgiram entre os homens, teria culminado com a perda da sua felicidade. Já no uso das faculdades desenvolvidas - memória, imaginação e razão – e com o amor-próprio interessado, foi necessário adquirir certas qualidades e mostrá-las. Sinais representativos das riquezas ampliaram o domínio dos ricos e a servidão dos pobres,

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobre as ciências e as artes*. Tradução de: Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 135.

²⁵ *Idem*, p. 135.

²⁶ *Idem*, p. 168-170.

²⁷ Esse, em síntese, teria sido o quadro da decadência: enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, se limitaram a costurar suas roupas de peles com estrepes ou espinhas de peixe, a adornar-se de plumas e conchas, a pintar o corpo com diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar seus arcos e flechas, a talhar com pedras afiadas algumas canoas de pesca ou toscos instrumentos musicais; enquanto, em suma, só se dedicaram a obras que podiam ser feitas por uma pessoa e a artes não precisavam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto podiam ser por natureza, e continuaram a desfrutar das doçuras de um comércio independente entre si; mas a partir do instante em que os homens precisaram da ajuda uns dos outros, assim que perceberam que era útil a um dispor de provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas foram transformadas em campos verdejantes que precisavam ser regados com o suor dos homens e nos quais a escravidão e a miséria logo germinaram e cresceram com as colheitas. *Idem*, p. 172-174.

introduzindo-se a avareza, a ambição e a maldade. Foi o momento em que se instalou a desordem, o estado de guerra²⁸.

Obrigados a reconhecer as desvantagens de uma guerra perpétua e o risco comum à vida e aos bens, por não haver segurança na riqueza nem na pobreza, e pressionados pela necessidade, os homens conceberam o projeto mais ponderado que jamais entrou na mente humana: os adversários seriam transformados em defensores e as forças de ataque seriam aliadas. Propôs-se união para proteger os fracos da opressão, para conter os ambiciosos e garantir a posse de cada um. Instituíram-se regulamentos de justiça e de paz e reunidos em torno de um poder supremo, os homens aceitaram ser governados segundo sábias leis que assegurassem concórdia eterna. Pelo contrato, renunciou-se à parcela da liberdade individual natural, em nome da segurança comum²⁹.

Explicar a maldade humana nas paixões, inclinações e desejos incontidos, no estado de competição, desconfiança e desejo de poder, nas ambições e nas diferenças fizeram, além de HOBBS e ROUSSEAU, outros estudiosos da natureza e do comportamento humanos. Inumeráveis problemas de ordem moral e política, ainda não superados, poderiam ser atribuídos a essa incômoda modelagem humana, que, se não lhe é inerente, em algum momento e circunstância irrompe para abalar a ordem pública e a tranquilidade das pessoas.

ROUSSEAU, ao colocar objeções ao pensamento de HOBBS pronunciaria a natureza boa do homem e chamaria a atenção para uma virtude humana que considerou natural e única: a piedade. Tratou-a como uma disposição conveniente, dada a fragilidade humana, uma “virtude tanto mais universal e útil ao homem por preceder nele o uso de toda reflexão, e tão natural que os próprios animais às vezes dão sinais sensíveis de tê-la”³⁰. O sentimento, que faz reconhecer o homem como ser compassivo e sensível viria do próprio movimento da natureza, anterior a toda reflexão. Lembrando Mandeville, considerou que “com toda sua moral, os homens jamais teriam sido algo além de monstros se a natureza não lhes tivesse dado a piedade para servir de apoio à razão”. Generosidade, clemência, humanidade, seriam, assim, “a própria piedade aplicada aos fracos, aos culpados e à espécie humana em geral”³¹.

²⁸ “Sem poder mais voltar para trás, nem renunciar às conquistas desditosas que fizera, e só trabalhando para a própria vergonha pelo abuso das faculdades que o honraram, o gênero humano, aviltado e desolado, colocou-se por si às portas da ruína”. *Idem*, p. 178.

²⁹ *Idem*, p. 179.

³⁰ *Idem*, p. 158.

³¹ *Idem*, p. 159.

A crença na bondade e no altruísmo humano oscila em contextos espaço temporais diversos e quando se manifesta, sinaliza certo apego à esperança de que, não obstante as tragédias sociais e individuais, os homens ainda possam orgulhar-se de sua humanidade.

Em nome desta esperança há quem vislumbre no ser humano, a par de tantas características e particularidades, algo de mais genuíno: “a sua capacidade de amar, de se doar livremente, gratuitamente, com um amor que se traduz em comunhão, em reciprocidade, aberta para o outro, para suas necessidades”³². Experiências de comunhão se verificam em alguns segmentos sociais organizados. Nelas, o desafio é fazer com que esses valores tornem-se princípios operantes de políticas, economia e criação de estruturas sociais voltadas para o homem, o que sugere um novo modelo de agir humano e uma reviravolta antropológica: pessoas comprometidas com a construção de um mundo mais unido e solidário; que desenvolvam a cultura do dar, em antítese à cultura do ter³³.

Nesta perspectiva de ser humano é possível esperar manifestações de condutas solidárias que expressam generosidade, compassividade, fraternidade e amor ao próximo. A solidariedade, como projeção da tendência humana ao bem se harmoniza com o altruísmo e o desprendimento que colocam a conduta humana, de forma espontânea, a serviço do outro, sem pretensões pessoais, livre de egoísmo.

A solidariedade, todavia, pavimenta outros territórios do comportamento humano, inclusive, onde a solicitude e a boa vontade têm amena propulsão e mesmo onde, por enfraquecido controle do livre arbítrio se derivou para o campo das paixões, das maldades e das injustiças. Nestes, não cabe idealizar a bondade humana, tampouco algum comportamento solidário espontâneo, mas, na medida das necessidades e à luz da razão, cabe ditar o comportamento esperado pelo outro e pela sociedade. Significa dizer que nestas situações cabe provocar ou levar à prática de uma conduta solidária, independente de resistências ou preferências e interesses pessoais distintos, perspectiva que se abre à atuação jurídica.

³² COSTA, Rui [et. al]. *Economia de comunhão*. 2 ed. Apresentação do Editor. São Paulo: Cidade Nova, 1998, p. 7-8.

³³ Nem todo tipo de *dar* leva à *cultura do dar*: Existe um *dar* contaminado pela vontade de poder sobre o outro, que busca a dominação e mesmo a opressão de indivíduos e povos. É um *dar* só na aparência”. Existe um *dar* que busca a satisfação e prazer no próprio ato de dar”. No fundo, é uma expressão egoísta de si e é em geral percebida por quem recebe como humilhação e ofensa. Existe um *dar* utilitarista, interessado, presente em certas tendências atuais do neoliberalismo, que no fundo busca o proveito próprio, o lucro próprio. Tampouco este *dar* cria uma mentalidade nova. Existe, por fim, o *dar* que se abre ao outro – indivíduo ou povo – e busca-o respeitando sua dignidade. Esta inclui usos, costumes, cultura, tradições, e é, portanto, expressão do nosso ser mais profundo. Por esta razão, “dar-se” e “dar” constituem um único movimento na *cultura do dar*, ou cultura da partilha. ARAÚJO, Vera. *Economia de comunhão e comportamentos sociais*. In: COSTA, Rui [et al]. *Op. cit.*, p.19.

As ações humanas que promovem auxílio mútuo e atendimento de necessidades do outro tem várias perspectivas e são vários os fundamentos que as sustentam. Sua análise implica ingressar no campo do agir humano, em que se encontram a ética, os valores, e os deveres de conduta morais e religiosos e, numa perspectiva mais objetiva, os fatos sociais. Estas perspectivas tornam imprescindível abrir espaço, nesta pesquisa, às várias dimensões da solidariedade, com o que se pretende tornar mais sólida a delimitação que oportunamente se proporá acerca do seu sentido jurídico.

2.1.2 Solidariedade como dever religioso

Nas sociedades antigas, por força de tradições religiosas milenares, regras de comportamento eram ditadas por reis/sacerdotes, que se acreditava, eram inspirados por deuses. Elas objetivavam preservar a paz e se calcavam em uma rígida hierarquia no interior das famílias e do clã, com severas penitências aos transgressores da lei e da ordem. O delito religioso de uma pessoa era pago por todos da cidade, com o que se punia a coletividade³⁴.

O sentimento de coesão no castigo, por outro lado, encontrava correspondente no sentimento de vingança que unia as pessoas e famílias, quando necessário punir o infrator que significava ameaça a todos, o que não traduzia “uma vingança pessoal, mas a necessidade de justiça produzida por uma solidariedade coletiva”³⁵. O poder e o sentimento de solidariedade familiar enfraqueceram entre os séculos VII e VI a.C. com as primeiras leis escritas. O Estado, no lugar da tradicional vingança, gradativamente impunha soluções e abria espaço às discussões filosóficas e políticas que se seguiram, especialmente em torno da justiça.

O Cristianismo, com apoio na crença de que a humanidade é resultado da vontade e do poder divino, e de que o homem não foi criado sem qualquer razão, destinou ao indivíduo

³⁴ HESÍODO, nos versos destinados à Justiça descreveu aquela realidade: “Àqueles que se ocupam do mau Excesso, de obras más, a eles a Justiça destina o Cronida, Zeus longevidente. Amiúde paga a cidade toda por um único homem mau que se extravia e que maquina desatinos. Para eles do céu envia o Cronida grande pesar: fome e peste juntas, e assim consomem-se os povos, as mulheres não parem mais e as casas se arruinam pelos desígnios de Zeus Olímpio”. HESÍODO. *Os trabalhos e os dias*. Primeira parte. Introdução, tradução e comentários de: Mary de Camargo Neves Lafer. São Paulo: Iluminuras, 2006, v. 240, p. 39.

³⁵ GERNET, Louis. *Anthropologie de la Grèce antique*. Paris: Maspero, 1976, p. 340.

lugar de destaque: a humanidade tem um Criador, um Pai comum em Deus, e se cada um foi por Ele criado, todos são de mesmo valor³⁶.

Entre os ensinamentos de Jesus encontra-se um mandamento especial: “amarás o teu próximo como a ti mesmo”. No Sermão da Montanha, em que revelou o sentido prático da expressão “reino de Deus”, acentuou suas rigorosas exigências éticas, a insistência básica na caridade e um amor incondicional a Deus e ao próximo³⁷.

Esses ensinamentos, especialmente os mandamentos “amarás o teu próximo como a ti mesmo”³⁸, e “tudo aquilo, portanto, que quereis que os homens vos façam, fazei-o vós a eles”³⁹, levam a expressar a caridade não só àqueles de quem se gosta, às pessoas próximas ou que estão involuntariamente em dificuldades. Todas as pessoas, indistintamente, mereceriam amor, não exatamente no sentido de sentimento ou emoção, mas de ação. Deles emergem valores significativos ao reconhecimento de um comportamento moral elevado, como fidelidade, compaixão, justiça, veracidade e honestidade.

A esperança cristã de salvação não teria apenas conotação pessoal, mas também um “aspecto social ou coletivo; em outras palavras, seu objetivo é uma nova *fraternidade* humana, uma nova ordem social ou um novo mundo”⁴⁰, além de abranger um aspecto cósmico.

Não é difícil reconhecer que a solidariedade, no sentido religioso, tem profundas ligações com o dever de caridade cristã, uma forma de benevolência que ultrapassa as relações e os interesses políticos e econômicos para se manifestar como um dever de fazer pelo próximo aquilo que se gostaria de receber, em situação de necessidade. Deveres de caridade, fraternidade e solidariedade, sob este enfoque, tem os mesmos fundamentos e fins.

SANTO AGOSTINHO e SÃO TOMÁS DE AQUINO divulgaram a caridade como expressão da justiça divina, que une e agrega os homens. A caridade agostiniana inseriu-se na procura da felicidade: “(...) – Eis, sem nenhuma dúvida, a vida feliz, e essa é a vida perfeita. Tenhamos confiança de que poderemos ser levados a ela, prontamente, graças à fé sólida, à alegre esperança e à ardente caridade”⁴¹.

³⁶ São pontos fundamentais que sustentam a visão cristã da humanidade: a posição de destaque do ser humano, a sua natureza social e o livre arbítrio de que foi dotado. GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. Tradução de: Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 141-143.

³⁷ *Idem*, p. 158-159.

³⁸ MATHEUS. **In:** BÍBLIA sagrada: novo testamento. São Paulo: Edição Pastoral. Disponível em: <http://www.paulus.com.br/BP/_PVS.HTM>. Acesso em 16.09.2009.

³⁹ *Idem*, Mateus: 7, 12.

⁴⁰ GAARDER, J. [*et. al.*]. *Op. cit.*, p. 168-169.

⁴¹ AGOSTINHO, Santo. *Soliloquios...* p. 157.

Com a caridade divina os homens seriam perdoados e tornar-se-iam melhores, pelo que ela deveria alimentar as relações sociais, especialmente com os que estão próximos. Na concepção tomista “a justiça ordena o homem nas suas relações com outrem”⁴², sendo que a justiça legal deve ordenar os atos de todos para o bem comum, com destaque à necessidade de ser caridoso mesmo entre inimigos, quando a benevolência é tratada como único motivo da caridade⁴³.

Muito antes das sociedades dos séculos XIX e XX iniciarem os estudos sobre o sentimento de cooperação e divisão de riquezas entre os povos, o Cristianismo já havia acumulado uma vasta tradição no que diz respeito ao uso dos bens⁴⁴. Na prática dos primeiros cristãos encontram-se, portanto, a inspiração e o impulso a algumas iniciativas contemporâneas que se sustentam, justamente, na fraternidade e no amor ao próximo, traduzidos, em grande medida, no princípio da solidariedade.

2.1.3 Solidariedade como conduta ética e moral: o dever de humanidade em Kant

O conceito de solidariedade em seus sentidos ético e moral contém elementos de inspiração filosófica.

Aristóteles antecipou uma de suas características quando se referiu a “uma igualdade mútua, acrescida à comunidade nos empreendimentos e ocupações, que supõe um indivíduo múltiplo: um *nós*”⁴⁵. Essa reflexão em torno do *nós* inspiraria, muito mais tarde, pensadores da Modernidade a considerar as relações entre solidariedade e outros conceitos que com ela guardam similitude e que concorrem na tarefa de delimitar o seu significado.

⁴²AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução de: Alexandre Correia. 2 ed. Porto Alegre: Sulina; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980, questão LVIII, artigo 5. Disponível em: <<http://www.permanencia.org.br/drupal/node/8>>. Acesso em 27.01.2009.

⁴³No tratado sobre a caridade, na Suma Teológica (questão XXVI) São Tomás de Aquino pontua as semelhanças e diferenças entre o conceito de *amizade*, em Aristóteles e a caridade cristã, destacando a necessidade de ser caridoso mesmo entre inimigos e a benevolência como único motivo da caridade (questão XXIII, artigo I). O tema foi abordado também na questão que trata *Dos efeitos do amor* (questão XXVIII, artigo, II, 31. *Idem*.

⁴⁴É conhecida a prática dos primeiros cristãos, registrada nas Escrituras: “ninguém considerava exclusivamente seu o que possuía: mas tudo entre eles era comum (ATO DOS APÓSTOLOS. **In:** BÍBLIA sagrada: novo testamento. São Paulo: Edição Pastoral. Disponível em: <http://www.paulus.com.br/BP/_PXXV.HTM>. Acesso em 16.09.2009). A referência ao “tudo em comum” refletia o modo de vida dos primeiros cristãos, o que inclui a distribuição dos bens. Por sintetizar um “conteúdo antropológico inovador”, acabou se fixando na memória ocidental de maneira profunda, o que se confirma pelas referências feitas no século XIX, por socialistas reformadores e revolucionários comunistas, ao que denominavam Cristianismo primitivo. COSTA, Rui. Ação pelos 5.000. **In:** COSTA, Rui. *Op. cit.*, p. 135-141.

⁴⁵BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 766-770.

O sentido ético de solidariedade, no pensamento aristotélico, não se limitou à formulação do indivíduo múltiplo. Abrangeu as idéias de virtude, bem e justiça⁴⁶. Essa construção filosófica culminou com o desenvolvimento da noção de justiça como virtude e, portanto, como um *bem* maior. Entre suas várias formas estaria a justiça distributiva, sobre o que lançou as primeiras bases do conceito de igualdade de tratamento entre os homens.

Àquele sentido de *nós* estaria aliada a noção que expõe o vínculo entre fraternidade e solidariedade encontrada mais tarde em Ibn Khaldoun⁴⁷: “sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros”⁴⁸. Sob o mesmo viés se deteriam, mais tarde, também Émile Durkheim e os solidaristas.

A solidariedade, na dimensão em análise, aparece hoje como atualização da fraternidade e consciência da falta comum. Esta se distingue do *solidarismo* principalmente por sua conotação cristã, que foi decisiva nas noções de caridade e comunhão. Integra essa linha de pensamento a idéia de que todo grupo social desenvolve uma espécie de solidariedade que, pela atuação de cada um, produz reflexos positivos na ordem global⁴⁹. Este fenômeno pressupõe que cada um, no uso de sua autonomia, beneficie o conjunto, quando as pessoas devem agir, “não apenas com os outros, mas para os outros”⁵⁰.

A perspectiva moral da solidariedade aproxima-se da visão ética e, em alguma medida, à perspectiva religiosa.

A moral, considerada sob o olhar da filosofia, relaciona-se à cultura e aos valores relativos a bem e mal, permitido e proibido e à conduta correta, que devem ser válidos a todos os membros de uma sociedade. Pode-se afirmar que “a simples existência da moral não significa a presença explícita de uma ética, entendida como filosofia moral, isto é, uma

⁴⁶ ARISTÓTELES. *Política*. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁷ Ibn Khaldoun (1332-1406), historiador árabe do século XIV, escreveu livros *de* história e *sobre* a história, é hoje considerado o primeiro historiador universal. Foi também filósofo e sociólogo, um dos primeiros teóricos da história das civilizações e o primeiro a submeter a história dos povos ao crivo da análise dos seus fundamentos socioeconômicos. Sua visão vincula os fatos da história política a um conjunto de fatores globais: a sociedade, o clima, a religião, a cultura, com análise detida das causas complexas dos acontecimentos. Disponível em: <http://www.icarabe.org/curso/curso2/Isla_Historico_Islamismo_Pol%C3%ADtico_Coggiola.pdf>. Acesso em 26.01.2009.

⁴⁸ Próxima à idéia de solidariedade no sentido ético também se situa a noção de *simpatia*, localizada nos estudos de Spinoza. Há referências à solidariedade também em Hegel, Husserl, Sartre, Bergson, Scheler e Ortega. A própria noção de comunicação, proposta por Jaspers, contém elementos que se relacionam com a solidariedade. ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Op. cit.*, p. 766-770.

⁴⁹ O sentimento do grupo, que supõe simpatia recíproca e disposição para lutar uns pelos outros completa-se com a perspectiva de que “nosso olhar sobre o mundo deve ser de totalidade, de abertura, de leveza, de clareza, de flexibilidade e de sensibilidade” e que “apenas uma ética solidária – cooperativa e baseada numa intenção de qualidade do que se pensa e faz – pode permitir a superação dos dilemas nos quais estamos mergulhados. FIEDLER FERRARA, Nelson. *Ciência, ética e solidariedade*. In: CARVALHO, Edgard. *Ética, solidariedade e complexidade*. São Paulo: Palas Athena, 1998, p. 47.

⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 15.

reflexão que discuta, problematize e interprete o significado dos valores morais”⁵¹. Ética e moral relacionam-se com o conjunto de costumes que formam tradição em uma sociedade e passam a ser considerados valores e obrigações, que regem a conduta de seus membros⁵².

No pensamento filosófico antigo, os princípios da vida moral vinham firmados pela ética⁵³. Por esses princípios o agir moral ou ético vincula o sujeito apenas à sua consciência e à sua vontade racional, que lhe darão a noção do bem e das virtudes e os meios necessários para se chegar aos fins morais. Agir em conformidade com a razão e a natureza e aliar a conduta do indivíduo aos valores da sociedade, compartilhando a existência com os outros, eram os aspectos fundamentais da filosofia moral antiga⁵⁴.

O Cristianismo definiu a vida ética ou moral das pessoas não mais por sua relação com a sociedade, mas por sua relação espiritual e interior com Deus e com os outros, pelas virtudes da caridade e da fé e pela afirmação de que os homens são dotados de livre arbítrio. Como a própria vontade estaria pervertida pelo pecado, tornou-se necessário o auxílio divino às pessoas⁵⁵. Aqui se insere a noção de *dever*, cabendo aos homens reconhecer a vontade e as leis divinas e cumpri-las.

A doutrina tomista contém extensas formulações sobre o que se consideram virtudes morais. Os atos morais seriam especificados pelo fim e o fim comum de todas as virtudes morais seria um só: a felicidade⁵⁶.

A partir do Renascimento a filosofia moral afastou-se dos princípios teológicos e da fundamentação religiosa da ética. Ainda assim, a idéia do *dever* permaneceria como uma das marcas principais da concepção ética ocidental. Por essa influência, a filosofia moral distinguiu três espécies fundamentais de condutas: moral ou ética, imoral ou antiética e a conduta indiferente à moral⁵⁷.

A concepção de *dever* introduzida pelo Cristianismo, como um caminho seguro para a vontade humana que, sendo livre, porém fraca, sente-se dividida entre o bem e o mal, viria

⁵¹ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 3 ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 339.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ A seguinte síntese auxilia essa compreensão: “1. por natureza, os seres humanos aspiram ao bem e a felicidade, que só podem ser alcançados pela conduta virtuosa; 2. a virtude é uma força interior do caráter, que consiste na consciência do bem e na conduta definida pela vontade, guiada pela razão (...); 3. a conduta ética é aquela na qual o agente sabe o que está e o que não está em seu poder realizar, referindo-se, portanto, ao que é possível e desejável para um ser humano” *Idem*, p. 342.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Idem*, p. 343.

⁵⁶ AQUINO, São Tomás de. Questão LX, artigo I. *Op. cit.* Acesso em 27.01.2009.

⁵⁷ A conduta moral ou ética realiza-se de acordo com as normas e regras impostas pelo dever; a conduta imoral ou antiética realiza-se contrariando as normas e as regras fixadas pelo dever; e a conduta indiferente à moral se manifesta quando agimos em situações que não são definidas pelo bem e pelo mal, e nas quais não se impõem as normas e as regras do dever. CHAUI, Marilena. *Op. cit.*, p. 343

apresentar um problema. É que a ética exige um sujeito autônomo e a idéia cristã do dever supõe o domínio da vontade e da consciência dos homens por um poder estranho a estes, que impõe leis e força-os a agir de acordo com elas⁵⁸. ROUSSEAU foi um dos que procurou explicar essa dificuldade, justificando o lugar natural do sentimento do dever e da consciência moral. Por conceber que os homens nascem puros e bons, dotados de generosidade e benevolência para com os outros, sendo a sua vontade pervertida pela sociedade, o dever, como uma imposição externa, liga-se a este fato.

Quando descreveu a piedade como imprescindível, junto com a razão, para dar ao homem a característica de humano, considerou indubitável que ela é um sentimento natural. Mencionou que “é ela que, sem reflexão, nos leva a socorrer os que vemos sofrer: é ela que, no estado de natureza, faz as vezes de lei, costumes e virtude, com a vantagem de que ninguém é tentado a desobedecer a sua doce voz”. É neste “sentimento natural que se deve procurar a causa da repugnância que todo homem sentiria em fazer mal, mesmo independentemente das máximas da educação”⁵⁹.

Immanuel KANT também ofereceu fundamentos para compatibilizar o agir “por dever” e o agir “ético”⁶⁰. Partiu da concepção de que não existe bondade natural⁶¹ para concluir que, por natureza, os homens são egoístas, ambiciosos, destrutivos, ávidos de prazeres que nunca os saciam. Justamente por essas inclinações é que necessitam do dever, que é uma forma de torná-los morais.

Numa tarefa de aproximação entre a razão e a ética KANT procurou distinguir entre a *razão pura teórica* – que tem como matéria ou conteúdo a realidade exterior ao homem – e a *razão pura prática* – que cria sua própria realidade, não contempla uma causalidade externa necessária⁶². A razão prática refletiria a liberdade como estabelecimento de normas; e se tem o poder de criar normas, tem também o poder de impô-las a si mesma. Essa imposição seria o *dever*, que é a expressão da lei moral dentro das pessoas e não uma imposição externa.

⁵⁸ *Idem*, p. 344.

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 160.

⁶⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 21-39.

⁶¹ Kant afirmou: “neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma **boa vontade**”. *Idem*, p. 21.

⁶² KANT distinguiu, também, entre *ação por causalidade ou necessidade* e por *finalidade ou liberdade*. Explicou que a Natureza é o reino da necessidade, de acontecimentos regidos por seqüências necessárias de causa e efeito. Há, também, o reino da *práxis*, em que as ações são realizadas racionalmente, não por necessidade, mas por finalidade e liberdade. *Idem*, p. 110-121.

Obedecer a essa lei moral é obedecer a si próprio, é dar a si mesmo os valores, fins e as leis da própria ação moral. É tornar os homens autônomos⁶³.

Embora racionais e livres, os homens não teriam, de forma espontânea, esses valores, fins e leis morais, que precisam assumir a forma do dever. O dever, então, adquire uma forma, não como uma lista de obrigações meramente indicativa, mas como um *imperativo*, que deve valer para toda e qualquer ação moral, que ordena de forma incondicional. O dever assume a forma de um *imperativo categórico*, que é representativo da lei moral interior⁶⁴.

O imperativo que afirma o que é a obrigação, considerado princípio supremo da doutrina dos costumes é: “age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal”⁶⁵. Será contrária à moral qualquer outra máxima que não seja assim qualificada. Dessa fórmula KANT extraiu três máximas morais que indicam os atos realizados por dever, de forma incondicional: “age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da Natureza”; “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio”; e “age segundo uma máxima que contenha simultaneamente em si a sua própria validade universal para todo o ser racional”⁶⁶.

Essas máximas, especialmente a que exige que as pessoas sejam tratadas como fim de uma ação e nunca como meio ou instrumento à satisfação de interesses de outros, expressam, de forma impositiva, o modelo geral das ações morais. Destaca-se na filosofia kantiana, também, que “fazer o bem a outros seres humanos na medida de nossa capacidade é um dever, quer os amemos ou não”⁶⁷.

Entre os fundamentos que sustentam o dever de *beneficência*, em KANT, está a “máxima do interesse comum”, porque cabe considerar os seres humanos “como próximos uns para os outros, isto é, seres racionais com necessidades, unidos pela natureza num lugar de habitação, de modo a poderem prestar ajuda mútua”⁶⁸.

⁶³ *Idem*, p. 89-90.

⁶⁴ *Idem*, p. 55-62.

⁶⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. 2 ed. Bauru-SP: EDIPRO, 2008, p. 26 {Série Clássicos Edipro}.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação...* *Op. cit.*, p. 62;73; 86

⁶⁷ Ser beneficente, ou seja, promover com os próprios meios a felicidade de outros seres necessitados, sem esperar por algo em retorno, é o dever de todos, já que todo aquele que se acha em necessidade deseja ser ajudado por outros. Mas se ele deixar sua máxima de não se dispor a dar assistência aos outros, por sua vez, quando estes estiverem necessitados, tornar-se pública, isto é, fazer disto uma lei facultativa universal, então todos, igualmente, lhe negarão a assistência quando ele próprio estiver necessitado ou, ao menos, estariam autorizados a negá-la. Por conseguinte, a máxima do egoísmo entraria em conflito consigo mesma, caso se fizesse dela uma lei universal, quer dizer, ela é contrária ao dever. KANT, Immanuel. *A metafísica...* *Op. cit.*, p. 244-296.

⁶⁸ *Ibidem*.

Ao tratar *Dos deveres de virtude com os outros*⁶⁹, o filósofo considerou o sentimento solidário também um dever. Ponderou que “o júbilo participativo e a tristeza participativa” são sentimentos sensíveis de prazer ou desprazer (portanto, estéticos), diante do estado de alegria ou de dor de outrem (sentimento participativo ou solidário). A natureza já teria implantado nos seres humanos a receptividade a esses sentimentos. Entretanto, “(...) usá-la como um meio de promover benevolência ativa e racional é ainda um dever particular (...)”, a que o filósofo chamou de *dever de humanidade (humanitas)*⁷⁰.

KANT assim considerou por compreender o ser humano não só como ser racional, mas também como um animal dotado de razão. A humanidade seria localizável *ou* na *capacidade e vontade* de participar dos sentimentos dos outros (*humanitas practica*), ou meramente na *receptividade* ao sentimento de alegria e tristeza em comum com os outros (*humanitas aesthetica*), que seria natural. A primeira seria *livre* (portanto, solidária) e baseia-se na razão prática. A segunda *é não livre*, pode ser chamada de comunicável (como receptividade ao calor às doenças contagiosas), e também de compaixão, por se espalhar naturalmente entre os seres humanos que vivem próximos uns dos outros. Como pontuou, “há obrigação somente para a primeira”⁷¹.

Pode-se concluir que a solidariedade, do ponto de vista moral, assenta-se no dever de ajuda e de amor ao próximo, ou no dever de humanidade, de se solidarizar ativamente com a sorte dos outros. O dever de humanidade, nesse sentido, conjuga maior autonomia individual ao mais alto grau de integração social. Justamente ao contemplar este fim, KANT considerou que é um “dever indireto cultivar os sentimentos compassivos naturais (estéticos) em nós, e deles fazer uso como tantos meios para a solidariedade”⁷².

A solidariedade comporta também outras perspectivas, como a sua vinculação ao sentimento de justiça. A abordagem que segue traçará o contexto em que ser fraterno ou solidário passou a ser uma exigência e um compromisso social, pensamento que se construiu no calor das Revoluções modernas.

⁶⁹ *Idem*, p. 292-317.

⁷⁰ *Idem*, p. 300.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Idem*, p. 301.

2.1.4 Solidariedade como promessa de justiça: o compromisso de fraternidade das Revoluções burguesas

Em uma perspectiva histórica, afirma-se que a “Modernidade abre-se com eventos de extraordinária repercussão: a reforma protestante e a chegada dos europeus à América”⁷³. Surgiram, com eles, problemas novos que, com os anteriores ainda não resolvidos desafiaram o pensamento filosófico, político e jurídico da época⁷⁴.

Paralelamente, a economia monetarizada e mercantil evoluiria para se constituir no mercado, os Estados nacionais se consolidariam sob a forma de poder régio e soberano e reivindicariam exclusividade no poder político. A guerra dos Estados nacionais se modificaria com a entrada em cena dos exércitos mercenários, o que tornou indispensável o crédito para financiá-la, com efeitos políticos e econômicos a reis e banqueiros⁷⁵.

Esses eventos pavimentariam discussões entre os pensadores do século XVII e XVIII em numerosos aspectos. Passou-se a questionar os limites do poder do soberano⁷⁶, a tolerância religiosa e a liberdade individual, liberdade de consciência e de ação privada⁷⁷ e o surgimento do mercado como sistema social e a liberdade de troca, que impôs a obrigatoriedade da promessa. Os reflexos mais visíveis dessas discussões situaram-se no campo jurídico e contribuíram para o surgimento de uma nova teoria sobre o direito: a teoria do direito natural.

É necessário, neste ponto, dar atenção ao início da Modernidade, entre os séculos XVI e XVII. Com os acontecimentos históricos também ocorriam mudanças profundas no pensamento e no comportamento humano ocidental, pela difusão do Iluminismo.

O período foi pródigo no desenvolvimento de estudos em vários campos do conhecimento. Filósofos iluministas posicionavam-se contra a tirania, a injustiça social, a

⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições preliminares*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 178.

⁷⁴ A conquista da América, por exemplo, colocou à Modernidade aspectos como alteridade e liberdade natural dos nativos (índios), e, em síntese, a tolerância do “diferente”. Já, a Reforma protestante e as guerras de religião trouxeram à reflexão o problema da pluralidade e da tolerância do dissidente de maneira nova. O debate sobre a tolerância religiosa anteciparia as discussões em torno da democracia, relacionada com o dissidente político. *Idem*, p. 178-179.

⁷⁵ *Idem*, p. 179-180.

⁷⁶ O tema foi abordado, entre outros pensadores do início da Era Moderna, por Nicolau Maquiavel (*Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio* e *O Príncipe*); por Jean Bodin (*Os Seis Livros da República*) e por Thomas Hobbes (*Do Cidadão*, obra que integra a trilogia *Elementos de Filosofia*; e *Leviatã*). In: HUISMAN, Denis. *Dicionário de Obras Filosóficas*. Tradução de: Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145; 439.

⁷⁷ Nos debates registra-se a linha do direito natural de Hugo Grócio (*Do Direito da Guerra e da Paz*) e de John Locke (*Carta sobre a Tolerância*; e *Dois Tratados sobre o Governo*). *Idem*, p. 44; 132; 150.

superstição e a ignorância, o que contribuiu diretamente para a deflagração das Revoluções norte-americana e francesa, ocorridas no final do século XVIII. Com os ideais de dignidade e de valor humano, externaram duras críticas às condições sócio-políticas injustas que oprimiam a sua gente.

No início da Modernidade assistia-se a “reafirmção do sujeito e da razão individuais”⁷⁸. Desenvolvia-se o jusnaturalismo, que, no campo jurídico, rompeu com a tradição estabelecida desde a Antiguidade pelo direito comum e o sistema medieval, para se impor como novo método capaz de influenciar os sistemas jurídicos nos séculos seguintes.

A razão Moderna seria cada vez mais instrumental (capaz de operar a relação entre meios e fins previamente dados) e estratégica (capaz de operar relações de oportunidade de cursos de ação para alcançar fins determinados). Por outro lado, passaria a ser cada vez menos aquilo que representava aos clássicos: uma razão prática, capaz de deliberar sobre fins, escolha e hierarquização dos fins⁷⁹. O individualismo levou, gradativamente, a se encarar a sociedade como a soma dos indivíduos isolados que se organizam por um contrato social, o que resultaria em uma forma jurídico-social contratualista, cada vez mais procedimentalista. Assim, “de uma ética das virtudes (clássica) progressivamente se muda para uma ética dos deveres, do cumprimento de regras, de obediência a procedimentos”⁸⁰.

A Revolução americana de 1796 apoiou-se nessas idéias jusnaturalistas, enriquecida pela filosofia iluminista⁸¹.

As mesmas ideias inspiraram a Revolução francesa de 1789⁸², pautada em valores intimamente vinculados à conjuntura histórica de superação do absolutismo político, das

⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 180.

⁷⁹ *Idem*, p. 180.

⁸⁰ *Idem*, p. 181.

⁸¹ Essas foram as palavras de Thomas Jefferson, na *Declaração de Independência das Treze Colônias*, de 1776: “Quando ao longo dos eventos humanos torna-se necessário que um povo dissolva os laços políticos que o ligavam a outro e que assuma, entre as potências da terra, o estado de igualdade e separação que as Leis da Natureza e o Deus da Natureza lhe concedem, um respeito honesto às opiniões da humanidade exige que se declare as causas que o impelem à separação (...). Sustentamos que essas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. (...) Que para garantir tais direitos são constituídos governos entre os homens, cujos justos poderes derivam do consentimento dos governados. (...) toda vez que qualquer forma de governo torna-se destrutiva de tais fins, é direito do povo alterá-lo, ou aboli-lo e instituir um novo governo (...)”. JEFFERSON, Thomas. *Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América*. Congresso Geral, 4 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 30.01.2009.

⁸² Consta na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional (...) tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, decidiram apresentar, em solene declaração, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente atual para todos os membros do corpo social, lembre incessantemente os seus direitos e seus deveres; (...). Conseqüentemente, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob

restrições à liberdade e das profundas desigualdades sociais, que resultavam em miséria generalizada, ainda que em um contexto tradicional burguês. Esses postulados foram a liberdade, a igualdade e a fraternidade⁸³.

A liberdade e a igualdade vieram expressas já no artigo primeiro da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*⁸⁴ e foram reafirmadas em outros artigos ao longo do documento⁸⁵. A fraternidade, contudo, não foi referida expressamente no texto, embora pudesse ser inferida, em certa medida, dos artigos 12 e 13. Estes trataram, respectivamente, da instituição de uma força pública para garantir os direitos declarados, “instituída para fruição por todos” e da instituição de uma “contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”, com o que se visava manter e administrar aquela força pública⁸⁶.

Os dois dispositivos correspondem ao princípio relativo à “promoção do bem do outro”, na medida do possível, a significar “uma espécie de *fraternidade* entre os homens”, como Samuel Pufendorf teria referido já em 1682⁸⁷. Não se tratou de piedade, nem de caridade ou de assistência, ideias que eram postas em prática quando se tratava de destinar algum auxílio ao próximo.

Se a fraternidade, que inspirou os ideais solidários da Revolução francesa e a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* não foi expressamente contemplada naquele significativo documento, o seria bem mais tarde no artigo 1 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da ONU, de 1948: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em

os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: (...)”. FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. 1789. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em 30.01.2009.

⁸³ A Revolução francesa sintetizou em um preâmbulo e dezessete artigos fundamentalmente os ideais de liberdade e de igualdade. Pela primeira vez as liberdades e os direitos fundamentais do Homem – ainda que no universo reduzido do homem moderno, como concebido pela burguesia – foram proclamados. Foi reformulada em 1793, no contexto do que se considera uma segunda versão do processo revolucionário e serviu de inspiração às Constituições francesas de 1848, bem como à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada pela ONU em 10 de dezembro de 1948.

⁸⁴ **Art. 1º.** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

⁸⁵ Neste sentido, os artigos 2º, 4º, 5º, 6º 11 da *Declaração*.

⁸⁶ **Art. 12.** A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

⁸⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 201.

dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade⁸⁸.

A fraternidade da Revolução, incorporada ao texto da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* difere da noção de solidariedade em alguns fundamentais aspectos:

A solidariedade não conhece limites substantivos ou pessoais; ela engloba o mundo e se refere à humanidade. Ela reconhece o outro não apenas como um “camarada” ou como um membro de um particular “nós-grupo”, mas antes como um “Outro”, até mesmo um “Estranho”. Isto distingue a solidariedade da “fraternidade”, que enfatiza o sentimento. Solidariedade significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, enquanto se apóia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferenças entre os parceiros na solidariedade”⁸⁹.

Maria Celina Bodin de MORAES pondera que embora a Revolução e seu documento jurídico de 1789 tenham dotado de êxito aquela burguesia ascendente, “tratou-se, em certa medida, de uma vitória abstrata”. Individual ou socialmente aquela classe não conquistou a plenitude de seus direitos políticos e sociais até o século XIX e início do século XX. A lógica assistencialista, assim, perdurou por longo tempo, e “quando não pode mais ser reconduzida às formas originárias de caridade e beneficência, foi atribuída ao Estado”. Surgiram normas impondo ao Estado, por exemplo, a obrigação de “prover as necessidades do trabalhador, fazendo-o beneficiário da previdência social, quando um acidente, a doença ou a idade interrompesse sua atividade remunerada”. A solidariedade passou a se estabelecer em torno da oposição eficiente-deficiente, cabendo a assistência do Estado quando a pessoa não puder mais trabalhar⁹⁰.

O Estado, de certa forma, corporificou a solidariedade como anseio por justiça, que logo extrapolaria a dimensão individual para atingir o âmbito social.

O tempo imprimiu a esses três paradigmas força significativa, ao passo em que lhes dotou de capacidade de atualização. Liberdade, igualdade e fraternidade inspiraram conteúdos

⁸⁸ ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Art. 1. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 30.01.2009.

⁸⁹ DENNINGER, Erhard. L' impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee. **In:** IORIO FILHO, Rafael M.; SILVA NETO, Francisco da Cunha e. *Solidariedade, diversidade e segurança: os novos paradigmas do constitucionalismo ocidental*. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14, 2006, Fortaleza. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 5-50. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Rafael%20M.%20Iorio%20Filho%20e%20Francisco%20da%20Cunha%20e%20Silva%20Neto.pdf>>. Acesso em 01.02.2009.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Solidariedade. **In:** MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 244.

de documentos políticos e programas de ação nos séculos XIX e XX, e assim continuam, adequando-se a necessidades e referenciais novos.

A fraternidade da Revolução reflete-se, em certa medida, na atual solidariedade, que se funda em conteúdo de caráter religioso e em aspectos éticos e morais, como o respeito pelo outro e o dever de humanidade a que KANT se referiu. Para uma abordagem mais ampla há que se considerar, ainda, fatores de ordem técnica, que a Antropologia e a Sociologia procuram explicar.

2.2 O ESPAÇO SOCIAL COMO CAMPO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

2.2.1 A solidariedade na Antropologia social

Debate-se nos domínios da Antropologia, basicamente, o homem, seja em sua forma individual (suas origens, raça, mentalidade, cultura) ou socialmente (sociedade, papéis sociais, grupos, instituições, sistemas sociais), além do homem como ser, sua natureza e seus fins e os vínculos que se estabelecem por força das suas inter-relações.

Pode-se falar em uma antropologia baseada na tradição aristotélica quando se afirma o homem como animal político; uma antropologia baseada no conceito organicista de sociedade, que se verificou no período das corporações, na baixa Idade Média; uma antropologia calcada em valores da Modernidade, de viés individualista, entre outras concepções. Todas levam à compreensão da vida e das ações humanas e de como os homens resolvem coletivamente suas necessidades, que são comuns, “porque todos nós procedemos de um tronco comum: o *Anthropos*”⁹¹.

Estudos antropológicos indicam que as sociedades devem sua existência a uma combinação de três elementos: um agregado de indivíduos; um sistema organizado de

⁹¹ COELHO, Nelly Novaes. Ternura, compaixão e solidariedade. In: CARVALHO, Edgard. *Ética, solidariedade e complexidade. Op. cit.*, p. 63.

padrões, que tem como função o controle das inter-relações e atividades desses indivíduos; e a unidade psicológica, que impulsiona a manifestação desses padrões⁹².

Análise desses elementos possibilitou um conceito de sociedade que bem reflete a complexidade da tarefa, mas identifica a proeminência de um elemento que também estará presente em todas as abordagens sociológicas sobre o tema: a necessária interdependência e cooperação entre os membros, como condição de suprimento de suas mais básicas necessidades⁹³.

As raízes antropológicas da solidariedade, portanto, estão na idéia de que os indivíduos são necessários uns aos outros e tornam-se interdependentes em determinado estágio da vida social, o que implica a necessidade de muitos sacrifícios pessoais, cooperação e auxílio mútuo. Da concepção antropológica de homem e de sociedade decorre uma determinada forma de solidariedade, definida pela necessidade de todos se manterem supridos em suas necessidades, o que, ao final, pode significar as próprias condições de existência.

Alguns estudos de antropologia dedicam-se à tarefa de compreender esses vínculos recíprocos de responsabilidade entre os homens, que na perspectiva em análise constituem a solidariedade. Não há sinais de consenso nesse campo. Na tarefa de construção dos seus pressupostos antropológicos os argumentos e abordagens oscilam, ora com preocupações epistemológicas, ora ontológicas (relativas ao ser) e éticas (relativas ao agir), ou ainda religiosas.

Nos estudos que enfatizam o aspecto ontológico são claros os esforços para construir esses pressupostos. João Carlos ALMEIDA, entre outros, centralizou-os no plano da identidade humana, com abertura para duas direções: a solidariedade ontológica vertical; e a

⁹² Um agregado de indivíduos constitui o alicerce de toda sociedade e é a matéria-prima necessária ao seu surgimento, cuja existência requer, também, a continuidade temporal do agregado. O processo de transformação de um agregado casual até atingir o *status* de sociedade passa pelos processos de acomodação e organização do comportamento dos indivíduos e pelo desenvolvimento de uma consciência de grupo, um sentimento de unidade. A transformação, em regra, começa com a divisão das atividades necessárias ao bem-estar imediato do grupo. À medida que essa divisão se estabiliza, inicia um correspondente aumento de interdependência dos membros do grupo e as atitudes e padrões de comportamento tornam-se habituais, mais previsíveis; a cooperação dos indivíduos torna-se cada vez mais completa e eficiente. Após, o agregado transforma-se numa unidade funcional. A criação de uma sociedade, como unidade autoconsciente, no entanto, requer “certa comunidade de idéias e valores, bem como certos hábitos” entre os membros. Trata-se da “unidade psicológica e emocional”, que é capaz de assegurar “reações emocionais comuns e torna o indivíduo pronto para sacrificar seus próprios interesses pelos interesses gerais e a fazer o que deve ser feito ainda quando ninguém o observa”. LINTON, Ralph. *O Homem: uma introdução à antropologia*. Tradução de: Lavinia Vilela. 10 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1976, p.122.

⁹³ Toda vida em sociedade é um compromisso entre as necessidades do indivíduo e as necessidades do grupo e tem a indeterminação e a instabilidade própria das situações desta natureza. *Idem*, p. 124.

solidariedade ontológica horizontal⁹⁴. A primeira relaciona-se com o vínculo que existe entre as gerações pelos laços naturais, como os de sangue, e também de cultura e outras formas de memória⁹⁵. A segunda acontece no único instante que pertence aos seres humanos: o presente. Neste nível o autor proporá alguns parâmetros.

Didaticamente, seria possível considerar a pessoa como um “nó” de quatro vínculos de responsabilidade recíproca – a relação – que compreende: a) relação com a *materialidade*, que inclui os apelos de sensibilidade ecológica⁹⁶; b) relação com a *interioridade*, que remete ao campo da subjetividade, onde estão os desejos, vontades, razão, sonhos, sabedoria e medos⁹⁷; c) relação com a *alteridade*, a indicar que os humanos são solidários por constituição do ser⁹⁸; e d) relação com a *totalidade, relativa* à capacidade humana de considerar o todo⁹⁹.

O “Eu Total”, ou seja, a identidade humana pessoal seria o resultado destes quatro vínculos, o que tornaria difícil cogitar de indivíduo singular. Tais vínculos seriam constitutivos do ser humano, definindo-o como “um ser essencialmente solidário”¹⁰⁰.

O autor enfatizou que a solidariedade, “antes de ser uma atitude desejável em uma sociedade civilizada, é o parâmetro mais profundo que define a individualidade humana, como resultado criativo da relação com outras individualidades”. A realização da identidade humana, assim, se vê estimulada pela prática da solidariedade, pois o ser humano solidário “tende a se realizar como pessoa”¹⁰¹.

A linha condutora desse estudo parece remeter às concepções tomistas sobre o homem, ou o que se designa “antropologia tomista”¹⁰². Seria ela, primeiro, otimista, por

⁹⁴ ALMEIDA, João Carlos. Antropologia da solidariedade. **In:** *Notandum*, Porto-PT, a. X, v. 14, p. 69, 2007. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand14/joao.pdf>>. Acesso em 26.01.2009.

⁹⁵ O autor exemplifica: (...) enquanto o pai somente é pai porque tem filho e o filho somente é filho porque tem pai. Esta reciprocidade relacional é constitutiva de ambos. *Ibidem*.

⁹⁶ A necessidade de se reconciliar com o cosmos e de reconhecer que os humanos integram uma materialidade maior, envolve uma espécie de “mística do cuidado” com rios, mares, matas, cidades, ares, pessoas, animais. Trata-se de pensar, nesta espécie de relação, da solidariedade com o alimento, a água, o corpo, com a dignidade corporal que precisa ser resgatada em toda sua beleza. *Ibidem*.

⁹⁷ É preciso “exercitar a solidariedade consigo mesmo; uma espécie de corporativismo pessoal”, ter uma “sólida vida interior”. Vislumbram-se com mais força, nesta relação, argumentos religiosos, sendo o silêncio e o culto, a prece e o rito os alimentos da interioridade, que vão tornando a identidade consciente. *Idem*, p. 70.

⁹⁸ Há certo desvio no senso comum, que costuma reduzir a solidariedade a esta relação com o outro. Embora o encontro com o outro complete o ser humano, suponha várias capacidades, como a de ouvir, a sintonia e a sinergia, a simpatia e a sincronia, é preciso atentar para o fato de que os humanos são solidários por constituição de ser. *Ibidem*.

⁹⁹ Tal habilidade se manifestaria por meio de ritos, poemas, canções, religiões, metáforas do sagrado. O estudo aponta que esta relação nasce da necessidade “de integrar todas as partes em uma identidade individual plural” e o fato de “manter esta relação de modo satisfatório e solidário é um dado da estrutura antropológica”. *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² A *antropologia tomista* é uma “investigação em torno da felicidade possível e natural” e da “liberdade e necessidade na vida humana”, que é o mesmo problema de toda “antropologia filosófica”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 150.

considerar que o homem não é um ser mau por natureza, mas potencialmente bom, por decorrer da criação divina; segundo, uma antropologia da ação livre, porque o homem pode fazer suas escolhas e eleger sua conduta; terceiro, uma antropologia da felicidade; e por fim, uma antropologia do ser social, não do indivíduo isolado¹⁰³.

A formulação dos pressupostos antropológicos da solidariedade, naturalmente, caminha para o aperfeiçoamento, considerando que a própria Antropologia ainda se ressentia de algumas incertezas em determinados aspectos de sua atuação, como ciência relativamente jovem que é. Algumas conclusões que apresenta, porém, já identificam os homens como seres naturalmente sociais; necessários uns aos outros e, assim, solidários quanto à satisfação de necessidades comuns; preservados em sua individualidade; integrados à natureza e ao cosmo; e que tem como fim a felicidade, que se obtém nas relações com os outros.

2.2.2 A solidariedade social nas formulações da Sociologia

A disposição de formular um conceito sociológico de solidariedade parece ter contagiado pensadores do final do século XIX e século XX, com intensidade que pouco se verificou em outros temas e áreas do conhecimento humano¹⁰⁴.

O termo solidariedade, na Sociologia encontra antecedentes em duas grandes tradições: de um lado, os *são-simonenses*; e de outro, a corrente mais sensível à influência de Darwin, que resultaria num certo organicismo social, em que se incluem nomes como Spencer, Espinas e Schaffle¹⁰⁵.

A primeira tradição encontra referência em Claude-Henri de Rouvroy, Conde de SAIN-SIMON¹⁰⁶, que propôs reformas no Cristianismo com base no imperativo da justiça

¹⁰³ *Idem*, p. 152.

¹⁰⁴ Eis algumas das formulações: (...) consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da divisão do trabalho (*Augusto Comte*); (...) fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social (*Émile Durkheim*); (...) característica das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros (*Max Weber*); (...) integração institucionalizada da cooperação (*Parsons*). ARNAUD, André-Jean [*et. al.*]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 766.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Filósofo e economista francês, considerado um dos fundadores do socialismo moderno e teórico do socialismo utópico. Afirmou que o homem não é apenas algo passivo na História, pois sempre procura alterar o meio social em que está inserido e foi o primeiro a perceber que o conflito de classes estava relacionado com a economia e que seria nas mãos dos trabalhadores que o futuro seria construído, estes, porém, guiados por alguém. *Ibidem*.

social, cujo núcleo deveria se consolidar no que seria a fraternidade do homem¹⁰⁷. Ele é considerado um dos fundadores da Sociologia, que seria sustentada por duas forças opostas: *orgânicas* (estáveis) e *críticas* (que mudam a história).

A segunda corrente apresentou a solidariedade como elemento decisivo para a sobrevivência e evolução da sociedade, embora o termo não tenha sido usado expressamente. Tomou-se como parâmetro o modo como a biologia apresenta a vida: como dependência recíproca entre as partes de um organismo. E, por haver “uma proporção direta entre o grau de interdependência e de perfeição orgânica, a solidariedade (...) será a chave para a sobrevivência e evolução do corpo social”¹⁰⁸.

A primeira corrente antecipou, de certa forma, a visão de Augusto Comte no sentido de considerar a solidariedade como a grande lei natural que governa o conjunto dos fatos sociais, sendo a linha divisória entre a simples expressão biológica e a dignidade humana¹⁰⁹ e, em alguma medida, a visão de Émile Durkheim.

Enquanto lecionou filosofia em vários liceus de sua província, DURKHEIM voltou-se a interesses sociológicos. Integrou o primeiro Curso de Sociologia que se ofereceu em uma universidade francesa, em 1887. Sua primeira aula na Universidade versou justamente sobre “solidariedade social”, o que refletia os intensos debates da época¹¹⁰. A solidariedade constituiu o ponto de partida de sua teoria sociológica e também da primeira obra estritamente sociológica que publicou - *Da divisão do trabalho social* – em que, primeiro, colocou o problema da divisão do trabalho para, então, discorrer sobre o método para determinar a função dessa divisão e explicar a solidariedade¹¹¹.

O sociólogo observou que embora a divisão do trabalho seja prática muito antiga, e pensadores desde a Antiguidade tenham percebido sua importância, foi só no fim do século XVIII que as sociedades “começaram a tomar consciência dessa lei”. Adam Smith teria sido o

¹⁰⁷ Vinculam-se à primeira linha, em especial, Fournier e Frederico Bastiat, com formulações ligadas à noção de período orgânico, de Sain-Simon. Pierre Leroux utilizaria a solidariedade como elemento constitutivo essencial à sociedade e princípio do progresso da humanidade. *Idem*, p. 768.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ COMTE, Augusto. *Discurso sobre o espírito positivo*. Tradução de: José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 78 {Coleção Os Pensadores}.

¹¹⁰ RODRIGUES, José Albertino. *Durkheim - Sociologia*. Introdução. São Paulo: Ática, 2005, p. 8-10 {Coleção Grandes Cientistas Sociais}.

¹¹¹ Antes de investigar sobre qual método convém ao estudo dos fatos sociais, indagou: “o que é um *fato social*?”. Reputou importante saber quais fatos podem ser assim considerados, dada a imprecisão conceitual que existia. Descreveu o *fato social* como estrutura elementar na sociedade e demonstrou que as maneiras como esta irá se manifestar, combinando-se com outras estruturas, é que dará forma aos tipos sociais. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Introdução. Tradução de: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 33-34; 1-13.

primeiro a teorizá-la, com o que inspirou, inclusive, as ciências biológicas¹¹². Advertiu que a divisão do trabalho não é específica do mundo econômico, mas de vários outros campos, como a Filosofia biológica¹¹³ e que seria apenas uma forma particular desse processo geral, que leva as sociedades a se conformarem a ela.

A dimensão que deu à divisão do trabalho levou-o a sustentar que esse fato não pode produzir-se sem afetar profundamente a constituição moral humana, sobre o que surgiram duas posições. A primeira, aparentemente predominante, consideraria a divisão do trabalho, além de lei da natureza, uma regra imperativa de conduta, imposta como um dever; a outra veria essa divisão com inquietação e hesitação, pelos perigos que representa.

Considerou que se deveria afastar o método ordinário dos moralistas e apreciar o problema de maneira objetiva: estudar a divisão do trabalho em si mesma, de uma maneira totalmente especulativa e investigar a que ela serve e de que depende. Só assim estaria em condições de compará-la com os outros fenômenos morais e verificar as relações que mantém com eles. Sua obra, assim, investigou a função da divisão do trabalho e a que necessidade social ela atende; analisou as causas e as condições de que depende; e classificou as principais formas anormais que apresenta¹¹⁴.

Perguntar qual é a função da divisão do trabalho seria procurar a que necessidade ela corresponde. O autor considerou indiscutível que ela tem o papel de “aumentar ao mesmo tempo a força produtiva e a habilidade do trabalhador” e que é “condição necessária do desenvolvimento intelectual e material das sociedades, é a fonte da civilização”. Porém, esses aspectos não serviriam para lhe atribuir um caráter moral¹¹⁵. Por não se ter atribuído à divisão do trabalho outra função, que não fosse a de tornar a civilização possível, considerou as teorias propostas inconsistentes. Se a divisão do trabalho “não cumpre outro papel, ela não só não tem caráter moral, como não se percebe que razão possa ter”¹¹⁶.

Para aclarar as imprecisões, persistiu em procurar outra função, colocando alguns fatos da observação corrente que indicariam o caminho. Demonstrou que reconhecer na

¹¹² DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1.

¹¹³ DURKHEIM demonstrou a generalidade da divisão do trabalho, apontada pela filosofia biológica: “(...) a lei da divisão do trabalho se aplica tanto aos organismos como às sociedades; (...) um organismo ocupa uma posição tanto mais elevada na escala animal quanto mais as suas funções forem especializadas. Essa descoberta teve por efeito, ao mesmo tempo, estender imensamente o campo de ação da divisão do trabalho e recuar suas origens até um passado infinitamente remoto, pois ela se torna quase contemporânea do advento da vida no mundo. Não é mais apenas uma instituição social que tem sua fonte na inteligência e na vontade dos homens, mas um fenômeno de biologia geral (...)”. *Idem*, p. 3.

¹¹⁴ *Idem*, p. 4-9.

¹¹⁵ *Idem*, p. 14.

¹¹⁶ *Idem*, p. 19.

divisão do trabalho a função de determinar relações de amizade também não seria fundamento suficiente. Levado a considerá-la sob um novo aspecto, propôs que sua verdadeira função “é criar entre duas ou várias pessoas um sentimento de solidariedade. Como quer que esse resultado seja obtido, é ela que suscita essas sociedades de amigos e ela as marca com seu cunho”¹¹⁷.

O efeito mais notável da divisão do trabalho que extraiu, portanto, não foi o de que ela aumenta o rendimento das funções divididas, “mas que as torna solidárias”. Seu papel não é apenas melhorar as sociedades existentes, mas tornar possível a sua própria existência. Como explicou, há indivíduos ligados uns aos outros que, não fosse esse vínculo, seriam independentes; “em vez de se desenvolverem separadamente, concertam seus esforços; são solidários, e de uma solidariedade que não age somente nos curtos períodos em que os serviços se intercambiam”¹¹⁸, mas que se estende muito além.

As relações sociais supõem trocas. Mas é necessário saber o que elas implicam e o que delas resulta, mencionou, supondo que dois seres dependem mutuamente um do outro, por serem ambos incompletos. Nessa perspectiva, a fonte principal, senão única, da solidariedade social seria a divisão do trabalho.

A solidariedade social seria, nessa visão, a própria função da divisão do trabalho, que deveria ter um caráter moral, porque as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social são geralmente tidas como morais. Com o fim de confirmar se essa função seria mesmo aquela que apresentou, propôs que a verificação fosse procedida por meio do direito, que considerou como o “símbolo visível da solidariedade social”¹¹⁹, pois nele se refletiriam todas as suas variedades essenciais.

Ao considerar que o direito reproduz as formas principais da solidariedade social, classificou diferentes espécies de direito para descobrir quais espécies de solidariedade lhes corresponderiam. Para essa tarefa elegeu uma característica que, ao mesmo tempo, fosse essencial aos fenômenos jurídicos e que variasse quando eles variam: uma regra de conduta

¹¹⁷ DURKHEIM adotou como exemplo deste fenômeno a história da sociedade conjugal, demonstrando que “a divisão do trabalho sexual é a fonte da solidariedade conjugal”. *Idem*, p. 22-26.

¹¹⁸ *Idem*, p. 27.

¹¹⁹ *Idem*, p. 31.

sancionada. Tomou as sanções como parâmetro e as classificou como repressivas¹²⁰ e reparatórias¹²¹, para investigar a que tipo de solidariedade social corresponde cada uma delas.

O autor extraiu dois tipos de solidariedade social, que tem relação com o espaço que a consciência coletiva ou a consciência individual ocupam na mentalidade dos membros da sociedade. A *consciência coletiva*, relacionada com crenças, costumes, idéias que todos os que vivem em um mesmo grupo compartilham uns com os outros; e a *consciência individual*, referente àquilo que é próprio do indivíduo, o que o distingue dos demais, o que não se compartilha com a coletividade. Ambas se relacionariam com os dois tipos de solidariedade, respectivamente: a *solidariedade mecânica* ou por semelhanças; e a *solidariedade orgânica* ou por diferenças¹²².

O fato de a consciência individual ser maior em uma sociedade determinaria as diferenças entre os indivíduos. A solidariedade, então, só poderia surgir da percepção individual de que cada um, com suas especificidades contribui de forma distinta, diferente e importante para com o todo. Ao mesmo tempo, cada um dependeria dos demais. A solidariedade orgânica, assim, seria decorrente dessa rede de funções interdependentes.

Os tipos de normas do direito, nessa formulação teórica, indicam o tipo de solidariedade que predomina em uma sociedade. Quanto mais o direito tende à forma repressiva, mais forte e abrangente será a consciência coletiva que se identifica com a *solidariedade mecânica*. Quanto maior a participação do direito restitutivo, menor a força e a abrangência da consciência coletiva, e maior será a diferenciação individual, quando se constata a *solidariedade orgânica*.

¹²⁰ Essas sanções consistem em uma dor, ou ao menos, uma diminuição infligida ao agente; tem por objetivo atingi-lo em sua fortuna, honra, vida ou liberdade, privá-lo de algo de que desfruta. É o caso das sanções penais. *Idem*, p. 37.

¹²¹ Aqui as sanções não implicam necessariamente um sofrimento do agente, mas apenas na reparação das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas. Compreendem o direito civil, comercial, administrativo, processual, constitucional. *Ibidem*.

¹²² Na *solidariedade mecânica*, a consciência coletiva vai recobrir espaços de diferentes tamanhos na consciência total das pessoas, conforme o tipo de sociedade em que elas vivem. Quanto maior for o espaço ocupado pela consciência coletiva, em relação à consciência total, mais a coesão, nessa mesma sociedade, terá origem nessa conformidade e semelhança existente entre seus membros. Nessa hipótese, a ordem social se fundamenta na solidariedade mecânica, ou seja, quanto maior a consciência coletiva, mais os indivíduos se parecem uns com os outros e, portanto, se aproximam, ligam-se pelo que têm em comum: crença nas mesmas coisas, mesmos pensamentos, mesmos costumes, geram a solidariedade (*Idem*, p. 79). Na *solidariedade orgânica* ou por diferenças, quanto menor for o espaço ocupado pela consciência coletiva em relação à consciência total das pessoas em uma sociedade, ou quanto maior for a ocupação da consciência individual, mais a coesão ou a solidariedade se fundamenta nas diferenças entre os indivíduos. *Ibidem*.

Dessa distinção o autor não chegou a extrair conseqüências teóricas. A distinção e a oposição das duas formas, bem como a noção de consciência coletiva conteriam, inclusive, ambigüidades, que alguns sociólogos, mais tarde, procurariam contornar¹²³.

As noções introduzidas por DURKHEIM, não obstante as possíveis ambigüidades continuam a sustentar a sua Sociologia, hoje inserida entre os clássicos desse ramo e a fundamentar estudos nos mais variados temas por ele abordados. A vinculação que fez entre solidariedade e fato social, consciência individual e coletiva e à divisão do trabalho social, se, por um lado, não explicou todo o fenômeno da aproximação entre os homens, por outro, lançou luzes a abordagens posteriores sobre este e vários outros temas de que se ocupou.

Quando considerou que a solidariedade social decorre da divisão do trabalho, por ser ela a função primeira dessa divisão, sem abrir espaço a outras formas de construção de vínculos solidários é possível que o sociólogo, de fato, tenha se traído pela visão compartimentada que caracterizou a racionalidade científica da Modernidade. Porém, sua obra evidencia preocupações que se situaram muito além do método e da forma. A busca exaustiva de um sentido, de um caráter moral ao objeto de seu estudo – a divisão do trabalho – não poderia ter outro móvel que não uma grande aspiração humana. O texto revela a angústia da procura: “ela deve ter um caráter moral, porque as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social são geralmente tidas como morais”¹²⁴.

Ao lembrar que as relações sociais supõem trocas; supõem que dois seres dependam mutuamente um do outro, por serem ambos incompletos, lembrou à humanidade o que a antiga filosofia já havia evidenciado e que, mais tarde, se aperfeiçoou no pensamento universal: o ser humano é um ser social; não se reconhece como pessoa e não exercita sua humanidade, senão em relação com o outro.

Tal aspecto, somado à visão de Augusto Comte, de que a solidariedade é uma linha divisória entre a simples expressão biológica e a dignidade humana, é o que deve ser tomado como referencial para afirmar as raízes sociológicas do comportamento solidário humano. A solidariedade social, como hoje admitida contempla exatamente esses traços.

¹²³ Entre eles, G. GURVITCH, que aceitou a noção de ‘consciência coletiva’, porém, com reservas. O autor entendia necessário desamarrá-la da “metafísica durkheimiana” e sob a condição “de que não se omita jamais a possibilidade de sua reciprocidade de perspectivas com as consciências individuais” e se excluísse “toda transcendência, tanto parcial, quanto total, da mentalidade coletiva”. FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 218.

¹²⁴ DURKHEIM, Émile. Da divisão... *Op. cit.*, p. 30.

2.2.3 O espaço social como campo da solidariedade social

A teoria da sociedade ocupa-se em explicar o conjunto social e, nesta tarefa, aproxima-se dos conceitos da Sociologia e da Filosofia social. A palavra sociedade¹²⁵ foi objeto de referência e de estudos desde a Antiguidade. Há no pensamento grego, em escritos da Idade Média e na Era Moderna algumas construções teóricas no sentido de explicar sua formação, constituição e finalidade¹²⁶.

Por outro lado, se o termo sociedade não é novo, “a irrupção do social como espaço intermediário, que não é nem privado, nem público no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente recente”. Sua origem remonta ao século XIX, quando se tornou possível “um novo campo de reflexão constituído pela descoberta do espaço social”¹²⁷.

A construção do espaço social começou a ser delineada por Augusto COMTE, que definiu a Sociologia como ciência da sociedade, pois julgava ser possível entender as leis da sociedade humana aplicando instrumentos utilizados pela ciência. O novo objeto de saber, constituído pelo “social” foi por ele anunciado, quando, por sua “lei fundamental dos três estados” propôs fundar a “física social”, para preencher a lacuna essencial existente, relativa aos fenômenos sociais¹²⁸.

O espaço social constituiu-se quando o pensamento social arquitetou uma representação sistemática sobre a sociedade, que está intimamente ligada à cultura da industrialização do século XX. Seu surgimento vinculou-se, além das formulações de Augusto Comte, às de Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber, que inauguraram o pensamento social, embora com concepções diversas sobre sociedade, respectivamente: como um espaço de conflitos sociais, como sistema, e como orientações culturais da ação¹²⁹.

No final do século XIX, quando as condições de construção do espaço social já estavam criadas, o saber sobre ele se constituiu de maneira mais conceitual, quando DURKHEIM confirmou a tese de uma ordem nova de fenômenos: a sociedade¹³⁰.

¹²⁵ A sociedade encontra raízes na expressão latina *societas*, que designa sociedade ou comunidade. Em um sentido comum, refere-se a um agrupamento de seres que vivem em estado de agregação. ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário ... Op. cit.*, p. 746.

¹²⁶ *Idem*, p. 746-747.

¹²⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 83.

¹²⁸ COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. Tradução de: José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 3-4 {Coleção Os Pensadores}.

¹²⁹ *Idem*, p. 84.

¹³⁰ DURKHEIM, Émile. *As regras do método... Op. cit.*, p. 13.

As formulações sobre o fato social promoveram mudanças na maneira de se conceber e sistematizar certos elementos característicos de alguns campos do saber. Afirmase que depois de Durkheim o fato social tornou-se uma norma diretiva às relações sociais e “o social” passou a referência e fundamento para a reformulação do Estado e do Direito. A consideração dos fatos sociais como coisas trouxe o efeito de obrigar o jurista a pensar o direito enquanto “coisa social, fato social”¹³¹. Esta perspectiva facilita compreender a afirmação de que o Direito é o um símbolo visível da solidariedade social¹³².

Na Sociologia contemporânea, Pierre BOURDIEU retomou o tema do espaço social. Afirmou que os seres humanos e as coisas ocupam um lugar tanto no *espaço físico* (relativo à localização, num sentido de exterioridade com os demais), como no *espaço social* (que indica uma posição, graduação em uma ordem, num sentido de exclusão e distinção relativamente às outras posições sociais). Neste, os agentes e grupos seriam distribuídos em função de sua posição em informes estatísticos e diferenciados basicamente por dois critérios: o capital econômico e o capital cultural¹³³. Seria esse espaço, ainda, “uma realidade invisível, que não podemos tocar nem mostrar e que organiza as práticas e as representações dos agentes”¹³⁴.

O espaço social, em linguagem coloquial seria um “espaço virtual teórico, onde se organizam as diferenças sociais”. Nele se articulam as posições sociais dos agentes (indivíduos), com as disposições (*habitus*) e as tomadas de posições (práticas)¹³⁵. Ele será, então, sinônimo de espaço simbólico, espaço de lutas, um local teórico de diferenças objetivas e subjetivas¹³⁶.

¹³¹ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 85.

¹³² DURKHEIM, Émile. *Da divisão... Op. cit.*, p. 31-32.

¹³³ BOURDIEU, Pierre. Efeitos do lugar. **In:** BOURDIEU, Pierre (Coord). *A miséria do mundo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

¹³⁴ BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Tradução de: Mariza Corrêa. 9 ed. Campinas-SP: Papyrus, 1996, p. 24. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=Z_ZMpcB4GTcC&pg=PA27&lpq=PA27&dq=%22BOURDIEU%22+%22Espa%C3%A7o+social+*+espa%C3%A7o%22&source=web&ots=zL7zUMp1yS&sig=uWtEQQoEFIO-EHPRuJdkELPDmP0&hl=pt-BR&sa=X&oi=book_result&resnum=2&ct=result#PPA24,M1>. Acesso em 01.02.2009.

¹³⁵ Não obstante o alto grau de abstração, a análise de BOURDIEU tem sido útil a contextos sociais distintos, por contemplar a relação entre as posições sociais, as disposições e as tomadas de decisões ou “escolhas” que os indivíduos fazem nas mais diversas realidades práticas. A cada classe de posições compreende uma classe de *habitus*, ou “gosto”. Assim, o *espaço social* poderia ser concebido como ‘espaço dos estilos de vida’, cujos princípios de organização transformam práticas e, especialmente, ‘maneiras’ em ‘signos distintivos. AZEVEDO, Priscila Gomes de. *Pierre Bourdieu e Charles Taylor: a construção social da pessoa*. **In:** *Virtú*, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/virtu/files/2009/11/6-Bourdieu-Taylor-UFJF.pdf>>. Acesso em 02.01.2009.

¹³⁶ FILIPE, Antônio. *Espaço social e a lógica das classes*. 13 de abril de 2008. Disponível em: <<http://sociologando.wordpress.com/2008/04/13/espaco-social-e-a-logica-das-classes/>>. Acesso em 02.01.2009.

O que se toma como relevante para esta pesquisa, no que diz respeito às formulações em torno desse espaço é que, como observa José Fernando de Castro FARIAS, “o espaço social é o campo da solidariedade social”¹³⁷.

Para o discurso solidarista, o espaço social é formado pelas relações existentes na “teia da solidariedade social”. Busca-se, nesta perspectiva, criar um espaço intermediário que tem a finalidade de romper com as posições tradicionais “entre o público e o privado, o Estado e a sociedade civil, o Estado e o mercado, o político e o econômico”. Concebe-se, assim, uma nova forma de Estado “que não pode mais ser classificada no quadro do Estado liberal (Estado protetor)”¹³⁸.

A descoberta da solidariedade, que derivou na construção do discurso solidarista implicou uma nova concepção do direito e da política, que assumiram nova função simbólica e nova capacidade de ação na sociedade. Esse foi o momento em que a solidariedade bateu às portas do Direito e nele ingressou com significativas implicações, que serão analisadas nos tópicos que seguem.

¹³⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 185.

¹³⁸ *Idem*, p. 185-186.

3 A SOLIDARIEDADE BATE ÀS PORTAS DO DIREITO

3.1 JUSTIÇA SOCIAL: CONCEPÇÃO E CONSOLIDAÇÃO TEÓRICA

Formulações desenvolvidas no século XIX em torno do pensamento social foram significativas para a construção teórica do espaço social, do que derivou novo campo de reflexão, com novo objeto de saber: o social.

O fato social e a explicação da vida social por suas causas e mecanismos levaram a considerações normativas sobre a melhor sociedade ou o tipo de comportamento mais aceitável na vida em sociedade. Teria sido este o momento de passagem “do ser (...), para o dever-ser; da legalidade de fato, à legitimidade”¹³⁹.

A descoberta da solidariedade, como se mencionou, derivou na construção do discurso solidarista. O Direito e a política passaram a ser concebidos com uma nova função simbólica e nova capacidade de ação na sociedade. Surgiram as primeiras formulações do direito de solidariedade, que buscou fundamento “numa experiência jurídica associativa e aberta que tenta dar ao ser humano, ao mesmo tempo, sua dimensão coletiva e sua dimensão individual”¹⁴⁰. A solidariedade no sentido jurídico surgiria com referência não na natureza cósmica do direito clássico, nem na natureza humana do direito moderno, mas “a partir de uma concepção de justiça social, na qual o direito é referido à sociedade, ao social”¹⁴¹.

O conceito de justiça social, na análise de José Fernando de Castro FARIAS, parte de uma distinção entre três concepções ligadas às três grandes *epistêmes* do saber jurídico: a teoria clássica da justiça; a teoria moderna de justiça; e a teoria da justiça social. Cada qual cria sua concepção de justiça e, diferente dos direitos clássico e moderno, o direito de solidariedade é que inaugura a noção de justiça social¹⁴².

Consolidada teoricamente apenas no final do século XIX e início do século XX, na Europa, a justiça social vincular-se-ia a uma série de elementos epistemológicos e históricos que culminaram com uma nova concepção de justiça. Sua característica básica seria promover a conciliação entre liberdade individual e bem estar social, entre o coletivo e o individual.

¹³⁹ ARNAUD, André-Jean. [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 747.

¹⁴⁰ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Idem*, p. 42.

3.1.1 A justiça social e as bases de sua construção

A expressão justiça social comporta diferentes considerações e sob distintos enfoques teóricos e ideológicos¹⁴³.

É comum que em algumas de suas abordagens se identifique estreita aproximação com a política e o direito, seja para aludir a expectativas legislativas justas, a políticas públicas capazes de suprir necessidades e anseios sociais, ou para relacionar a esperanças de concretização de justiça no âmbito da atuação jurisdicional do Estado.

A perspectiva deste estudo, de natureza político-jurídica, reclama incursão ao núcleo da tradição do pensamento político ocidental e suas diferentes tradições e escolas filosóficas, para delas extrair as bases de construção da justiça social.

Há profundas disparidades sobre o conceito de justiça e do que se pode considerar como justo. As teorias típicas sobre justiça foram construídas sobre uma ou algumas das seguintes categorias básicas: princípios de *igualdade*, que reclamam tratamento igual às pessoas; princípios de *merecimento*, pelos quais as pessoas devem ser recompensadas na proporção de seus méritos; princípios de *reciprocidade*, que por enfocarem o caráter de relacionamento entre as pessoas propõem retribuições entre quem presta e quem recebe algo; e princípios de *necessidade*, que se fundamentam na idéia do justo como a de satisfação das necessidades¹⁴⁴.

Na realidade, o que se chama de justiça seria uma constelação de elementos mais ou menos relacionados entre si¹⁴⁵. Embora se reconheça certo grau de integração e unidade entre esses elementos, as diferentes concepções de justiça subsistem e o grau de teorização em torno delas torna difícil a tarefa de compreendê-la, sem o risco de limitar ou até esvaziar o seu sentido.

Não se tem o propósito de aprofundar a análise conceitual de justiça. A incursão por algumas correntes de pensamento tem o intuito apenas de pavimentar a linha de argumentação futura em torno da justiça social, que, para melhor compreensão aconselha retomada, ainda que breve, dos fundamentos e concepções sobre a noção do justo.

¹⁴³ A invocação de “justiça social” é hoje corriqueira e envolve os mais variados atores sociais e finalidades: partidos políticos, organizações não governamentais, projetos governamentais a nível federal, estadual e municipal, associações profissionais, segmentos de classes, produções acadêmicas em vários níveis são alguns exemplos.

¹⁴⁴ SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. Tradução de: William Lagos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 19.

Para visualizar com mais clareza as correntes e para fins didáticos, parte-se da teoria clássica (que abrange as concepções grega clássica, ética e neoplatônica), passando-se pela escolástica, de Santo Agostinho a São Tomás de Aquino; incursiona-se nas concepções modernas de justiça¹⁴⁶ e por fim, nas teorias de justiça social propriamente ditas.

Dois grandes conjuntos de obras filosóficas exerceram influência mais direta sobre o Direito ocidental: as obras de Platão e de Aristóteles.

O período clássico, nas suas origens mais remotas revela a notável característica dos gregos do culto ao *nómos*, de onde se originaria a expressão *nomocracia*, que caracterizou a política daquele povo¹⁴⁷. Naquele período o senso de justiça expressava-se sob uma forma teológica, mitológica¹⁴⁸. As primeiras referências gregas sobre justiça constam em textos mitológicos, especialmente em Hesíodo e Homero¹⁴⁹, quando ainda se identificava com a vontade e os caprichos dos deuses¹⁵⁰. Em seu canto à justiça HESÍODO procurou ensinar que há duas formas de luta (*Éris*): uma boa, grata aos deuses, e outra má, punida pelos deuses; aquela seria a luta do trabalhador, “que tenta tirar do solo ingrato o sustento honesto” e esta, a “luta má”, que envolve o excesso, contrário à justiça¹⁵¹.

A inspiração divina de justiça aos poucos se modificou e restou superada quando os chamados filósofos físicos passaram a concebê-la como vinculada à ordem natural¹⁵².

Os pensadores pré-socráticos “concebiam a natureza e a organização da vida humana de maneira integrada, como facetas indissociáveis de uma ordem única e suprema”¹⁵³. Assim, “*justo e injusto* (...) representavam categorias de contornos imutáveis, delineados pela ordem

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Adota-se a divisão da história da filosofia (na perspectiva do direito) na Grécia, até Platão, proposta por Michel Villey, também situada em três períodos: as origens; a crise cética do século V; e a reação de Sócrates. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

¹⁴⁷ O *nómos* pode ser traduzido “não tanto por lei escrita, mas por: costume próprio de uma polis; ordem social; direito”, sendo que “o grego muitas vezes se opõe aos bárbaros por seu culto consciente do *nómos* e da Justiça”. *Ibidem*.

¹⁴⁸ No uso dessa linguagem mítica localiza-se Hesíodo, em passagens da *Teogonia* (v. 185, 223, 901, entre outros) e também Platão, que a adota para exprimir o caráter transcendente do direito. *Ibidem*.

¹⁴⁹ No poema *Os trabalhos e os dias*, Hesíodo dirigiu-se a seu irmão, Perses, em face de quem enfrentava um litígio sobre divisão de terras e de bens herdados do pai. Perses havia dilapidado sua parte do patrimônio e depois tentou, por meio de processo perante um tribunal tomar a parte do irmão. Hesíodo “reivindica uma prática jurídica inspirada na Justiça de Zeus para seu caso e para seus contemporâneos (*Idem*, p. 13-14.). No período – séculos VIII e VII a. C. – havia em grande parte do território grego um Estado de pé-direito, porque não se pode entender a arbitragem dos *basileis* como uma antecipação da justiça dos tribunais ou a de outra instância especializada em fazê-la valer. LAFER, Mary de Camargo Neves. Introdução. **In**: HESÍODO. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.72.

¹⁵¹ HESÍODO. *Op. cit.*, p. 37-39, vv. 213-239.

¹⁵² VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁵³ CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

universal pré-definida”, visão que só seria modificada no século V a.C., ao se inaugurar a filosofia antropocêntrica, “que enfatizava a Ética, a Política e a Estética”¹⁵⁴. Aquele século presenciou grandes reviravoltas sociais, econômicas e políticas, o que tornou propício o desenvolvimento de formas racionais de pensar o Estado e o direito. Ao costume tradicional, ao direito, ao *nómos* de Atenas opôs-se a *justiça* (*dike*) ou então a *natureza* e sua ordem (*phýsis*)¹⁵⁵.

Reflexão crítica de alguns pensadores, especialmente sofistas, levou os círculos intelectuais da época a perder a fé no *nómos*. Passou-se a considerar a lei como “fruto arbitrário, interessado, mortificador, uma pura convenção” e a natureza, não como humana racional, mas “a natureza humana sensível, animal, instintiva”¹⁵⁶.

O período assinalado pelo pensamento de SÓCRATES marcou a queda das idéias céticas e destrutivas de seus adversários sofistas sobre “o caráter arbitrário e convencional das crenças sobre justiça”¹⁵⁷. No seu pensamento, que se depreende dos escritos de Platão e de Xenofonte, as relações entre lei e justiça foram apenas esboçadas. Parece, no entanto, “ter iniciado uma reação a favor do direito e ter tentado, pela primeira vez, fundar racionalmente a autoridade das regras do direito, em resposta à crise cética da sofística”¹⁵⁸. As várias referências sobre justiça em seus ensinamentos apontam para sentidos diversos: retidão¹⁵⁹, verdade¹⁶⁰, razão¹⁶¹, proporcionalidade¹⁶² e mérito¹⁶³ e, ainda, respeito à lei¹⁶⁴. O conjunto de sua obra denota preocupação em compreender se existiria um valor essencial comum aos homens, algo que represente a essência de virtudes como coragem, sabedoria e justiça¹⁶⁵.

A filosofia de PLATÃO, como a de Sócrates mostrou um fim prático e moral, que se realiza intelectualmente por meio da especulação, do conhecimento e da ciência. Suas indagações abrangeram a metafísica e a cosmologia, ou seja, toda a realidade¹⁶⁶.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 6-7.

¹⁵⁵ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 18-19.

¹⁵⁶ PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA Luis. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁷ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 20-21.

¹⁵⁹ PLATÃO. *Diálogos*. Eutífron (ou da religiosidade). São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 46 {Coleção Os Pensadores}.

¹⁶⁰ PLATÃO. *Diálogos*. Apologia de Sócrates. *Op. cit.*, p. 65-66; 96.

¹⁶¹ PLATÃO. *Diálogos*. Críton. *Op. cit.*, p. 102; 104.

¹⁶² PLATÃO. *Diálogos*. Apologia de Sócrates. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁶³ *Idem*, p. 90

¹⁶⁴ *Idem*, p. 84-85

¹⁶⁵ ABRÃO, Bernadete Siqueira (Org.). *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 44 {Coleção Os Pensadores}.

¹⁶⁶ Em cada Diálogo Platão dedicou-se a um tema específico da filosofia: justiça (*República*), conhecimento (*Teeteto*), amor, arte do discurso (*Fedro*) e ao entendimento da piedade, (*Fédon*), entre outros, embora o

Compreendeu a natureza do homem como racional, porque é na razão que o homem realiza a sua humanidade. Para que se realize a sabedoria, a contemplação, a filosofia, a virtude considerou necessário que a alma racional domine, antes, a alma concupiscível, derivando daí a “virtude da *temperança*, e domine também a alma irascível, donde a virtude da *fortaleza*”. Esta distribuição harmônica de atividade na alma constituiria a *justiça*, considerada virtude fundamental ao lado da sapiência¹⁶⁷.

Extraem-se de sua obra as famosas quatro virtudes naturais, depois denominadas virtudes cardeais: prudência, fortaleza, temperança e justiça¹⁶⁸. Quanto à justiça, a *República* tratou, efetivamente, de um diálogo sobre ela – no indivíduo e no Estado – e sobre o direito. Já nos primeiros diálogos ela surgiu como a virtude de atribuir a cada um a sua parte¹⁶⁹, análise que o filósofo perseguiu também em outras obras¹⁷⁰.

Suas principais obras indicam que não é dos fatos aparentes que nos são oferecidos, num primeiro momento, pela natureza, que extraiu o justo, “mas sim das *idéias*”¹⁷¹. Sua noção de direito, portanto, o relaciona com o *ideal* e não o natural.

PLATÃO observara que a justiça seria uma questão simples, se os homens fossem simples. Por trás de problemas políticos está a natureza do homem. Assim, compreender a política exige que se compreenda, também, a psicologia, sabendo-se que “os Estados se compõem das naturezas humanas que neles existem”¹⁷². Este foi o principal problema político, ético e psicológico em torno do qual as suas principais obras lançaram luzes, que até hoje inspiram o pensamento ocidental.

conhecimento mostre-se presente em todos os diálogos (FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico* de F. Von Hayek. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 93).

¹⁶⁷ *Idem*, p. 67.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 68.

¹⁶⁹ No diálogo entre Sócrates e Trasímaco, este afirmava que a justiça seria “a vontade do mais forte”. Platão se contrapôs com vários argumentos para, com apoio na *teoria da idéia*, demonstrar que “o conhecimento da justiça, assim como o domínio de uma arte, iguala os homens” e o homem justo, “não pretenderia jamais ser superior a outro homem justo, mas sim, ao injusto. Trasímaco viu-se forçado a concluir que “a justiça é uma arte e que o justo, assim como o médico, é bom, na medida em que promove o bem do outro”. O diálogo prossegue para, ao final, se admitir que “a justiça é virtude e sabedoria, enquanto a injustiça é vício e ignorância. PLATÃO. *A República - Obra Completa*. Livro I. Tradução de: Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 2007, p. 29-45.

¹⁷⁰ Em *Político* Platão dirigiu o diálogo entre o *estrangeiro* e Sócrates sobre a essência da ciência política, e a investigação filosófica vai girar em torno da função real, a justiça e o papel das leis. Colocou a missão do homem político como a de “descoberta do justo e, acessoriamente, também das leis: *dikaion, nómoi*”. *As Leis*, última obra de PLATÃO, restou inacabada. O diálogo entre três anciãos gira em torno “da finalidade e dos fundamentos da autoridade e dos meios de descoberta de boas leis”. Do aprofundamento do diálogo surgiu a concepção do que seria uma “legislação completa” e incursões sobre a “essência do direito”. O papel do jurista não consistiria apenas “em aplicar ou estudar leis existentes, as leis escritas do Estado” e uma lei injusta, uma lei ruim não seria uma lei, não seria direito. VILLEY, Michel. *Op. cit.* 25-27.

¹⁷¹ *Idem*, p. 31.

¹⁷² DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de: Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 44-46 {Coleção Os Pensadores}.

Tem-se considerado, relativamente à teoria da justiça de ARISTÓTELES, que compreendê-la exige que se conheça, antes, a doutrina de Sócrates, porque esta foi reproduzida e desenvolvida, em parte, na ética aristotélica. Esta, por sua vez, representa “o ponto de partida do desenvolvimento dos conceitos de Justiça Social e Justiça Distributiva, consagrados atualmente nas teorias política e constitucional”¹⁷³.

A vasta obra aristotélica¹⁷⁴ apresentou uma doutrina ética – e em especial uma teoria da justiça – com a finalidade de orientar a ação humana para a consecução do *bem comum*. Este seria a máxima finalidade social, bem de toda a comunidade e não apenas de alguns cidadãos. Tal finalidade liga-se à idéia de que o homem só pode realizar-se plenamente e desenvolver todas as suas potencialidades físicas, morais e intelectuais (e, portanto, atingir sua *felicidade*) em sociedade¹⁷⁵.

No primeiro tratado efetivo sobre a justiça o pensador concebeu o homem como um animal político que encontra na ética o substrato para constituir a *polis*. A justiça seria a responsável por viabilizar a relação entre o homem e a política, pois é por meio desta “que o bem comum pode ser alcançado; o bem supremo – a felicidade na comunidade – se dá com a realização do bem político, que é a justiça”¹⁷⁶. A teoria firmou-se integralmente na ética, refletida na preciosa herança que deixou a seu filho – e à humanidade – a *Ética à Nicômaco*¹⁷⁷.

O filósofo vislumbrou na justiça uma virtude, como também considerara Platão. Sua ética almejou “um sistema de virtudes humanas, entre as quais a justiça é a ‘principal das virtudes’, a ‘virtude perfeita’”¹⁷⁸. A justiça seria, antes de tudo, “a virtude que leva o cidadão

¹⁷³ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁴ A obra é composta, entre outros: pelos escritos *lógicos* (clasificação extraída de *Andronico de Rodes*, primeira edição completa das obras de Aristóteles; os *Escritos lógicos* foram depois denominados *Órganon*, nome que corresponde bem à intenção do filósofo, que considerava a lógica instrumento da ciência); sobre a *física* (abrange a atual cosmologia e a antropologia, a filosofia teórica e a metafísica); os *metafísicos* (na coleção de *Andonico* estes “Escritos” vêm depois da Física, daí a denominação *Metafísica*; compõe-se de quatorze livros, trata da metafísica geral e da teologia); os *morais e políticos* (tratam dos temas da moral e da política e abrangem: a *Ética a Nicômaco*, em dez livros, provavelmente publicada por Nicômaco, o filho a quem Aristóteles dedicou a obra; a *Ética a Eudemo*, inacabada, que significou o refazimento da ética devido a Eudemo; a *Grande Ética*, um compêndio das duas Éticas precedentes; e a *Política*, com oito livros, também obra incompleta); e os *retóricos e poéticos* (a *Retórica*, com três livros e a *Poética*, com dois). PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.*, p. 72-73.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 12.

¹⁷⁶ BACKX, Sheila de Souza. *Justiça social: contribuições para sua resignificação no âmbito do Serviço Social*. 2008. 287 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8132>. Acesso em 20.07.2010.

¹⁷⁷ PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.*, p. 73; 80-82.

¹⁷⁸ KELSEN. Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 115.

a buscar o que é *justo* e a evitar o que é *injusto*”¹⁷⁹. Se, em Platão a virtude foi tratada como uma *capacidade* – capacidade latente, a que todos têm, de conhecer a justiça ou a capacidade intelectual de descobrimento do justo – em ARISTÓTELES surgiu como uma *qualidade* de duas espécies: intelectual e moral. Aquela, em regra, “gera-se e cresce graças ao ensino” e esta “é adquirida em resultado do hábito”¹⁸⁰.

Na *Ética a Nicômaco* a justiça foi analisada a partir de seu contrário: a injustiça. Demonstrou-se que ambas parecem ser termos ambíguos, partindo dos vários significados de *um homem injusto*, para concluir que o justo seria, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto, o homem sem lei e ímprobo¹⁸¹. Chamou-se a atenção para um ponto intermediário entre as duas iniquidades, que é a equidade, pois “em toda espécie de ação em que há o mais e o menos também há o igual”. Se o injusto é iníquo, o justo é equitativo. E, se o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio-termo¹⁸².

Nesse raciocínio, será injusto o homem que ao mesmo tempo viola a lei, toma além do que é seu, e falta com a *igualdade*. O ponto inicial da filosofia aristotélica sobre a justiça e para a sua consolidação no plano político seria, assim, a igualdade¹⁸³.

Ao tratar do gênero *justiça particular*¹⁸⁴, o pensador apresentou algumas categorias que se vinculam ao justo equitativo e proporcional. A primeira, a justiça *distributiva*, que se manifesta na distribuição de honras, dinheiro e outras coisas que são divididas entre os que participam da constituição. Sustenta-se no possível recebimento de quinhão igual ou desigual ao de outro, com base em divisão aritmética e proporcional¹⁸⁵. A segunda seria a justiça

¹⁷⁹ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Op. cit.*, p. 27.

¹⁸¹ *Idem*, p. 81.

¹⁸² *Idem*, p. 84-85.

¹⁸³ A igualdade – *epikeia* – na doutrina aristotélica derivou para duas principais vertentes: a igualdade aritmética e a proporcional. Já, a justiça, resultou dividida entre *política* e *doméstica*. Para a convivência política, sustentou que a *igualdade* é fundamental, porque com ela é possível impedir a prática de injustiças. Quanto à justiça doméstica, que diz respeito às relações familiares, à consaguinidade, não admite discussão sobre igualdade como se faz em relação à polis, pois entre as pessoas integrantes de uma mesma família a relação é de unidade. FERRAZ, Selma. *Op. cit.*, p. 161-162.

¹⁸⁴ O termo se contrapõe à *justiça universal*: “(...) a justiça tomada na sua totalidade tem relação a todas coisas sem exceção que entram na esfera do homem virtuoso”, enquanto que no sentido *particular*, parcial, está relacionada à honra, dinheiro, segurança, ou vantagens semelhantes que tem por motivo o prazer proveniente do ganho. *Idem*, p. 167.

¹⁸⁵ Para Aristóteles, “se, de fato, as pessoas não são iguais, elas não terão partes iguais; mas as contestações e queixas nascem quando, sendo iguais, as pessoas possuem ou se vêem atribuir partes desiguais ou quando as pessoas não sendo iguais, suas partes são iguais”. As dificuldades estão na distribuição de bens. Esta se calca “na mesma proporção que presidiu as relações respectivas dos membros da comunidade” e “todos os homens reconhecem, de fato, que a justiça na distribuição deve se basear em algum mérito”. Quanto a este, “os democratas o fazem consistir numa condição de liberdade, os defensores da oligarquia, seja sobre a riqueza, sobre a nobreza de raça, e os defensores da aristocracia na virtude”. Por fim, o justo seria uma “espécie de termo proporcional” e a proporção seria uma “igualdade de razões” que envolve ao menos quatro termos (proporção

corretiva, com papel corretivo nas transações entre os indivíduos e guarda relação com “a retidão nas relações privadas, sendo aplicável tanto nas ações voluntárias como nas involuntárias”¹⁸⁶. A terceira, a justiça *recíproca*, apareceu na *Ética* principalmente para fundamentar práticas mercantis¹⁸⁷. A elas se pode acrescentar a justiça *comutativa*, associada às relações de trocas e que desempenha função corretiva dessas relações. O termo foi cunhado mais tarde por São Tomás de Aquino para distinguir a justiça distributiva da que rege a transferência de bens entre particulares¹⁸⁸.

Ao final das proposições entre justo e injusto, igual e desigual, proporcional e assimétrico, universal e particular, superior e inferior e entre o bem e o mal, demonstrou que “a justiça é algo essencialmente humano”¹⁸⁹.

A sua morte (322 a.C.) e o gradativo enfraquecimento da cultura grega marcaram o início de um período em que a luz do pensamento e da razão cedeu lugar a crenças e práticas místicas e supersticiosas de origens orientais. A ascensão romana e seu apego à pompa e ao poder – mais do que ao pensamento – e os temores religiosos contribuíram a que, por quase mil anos, a filosofia fosse quase abandonada, até que um novo ambiente histórico propiciasse o seu ressurgimento.

O período *helenista* ou *período ético* mostrou interesse filosófico pelos problemas morais¹⁹⁰. Caracterizou-se pelo desenvolvimento das ciências práticas, pela técnica: “não filosofia teórica, mas filologia, história, literatura; ciências naturais, medicina, geografia, física, astronomia, matemática”. Dois valores universais fizeram-se presentes: “o pensamento

geométrica). O justo será, então, o proporcional; e o injusto o que viola a proporção. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. *Op. cit.*, p. 84-85.

¹⁸⁶ Sobre a *correção* assenta-se “o direito do magistrado de determinar as indenizações”. A justiça corretiva subordina a eficácia da regra moral da equidade, pois, “o justo não existe senão entre aqueles cujas relações mútuas são sancionadas pela lei”. FERRAZ, Selma. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁷ A reciprocidade, em muitos casos, não se coaduna com a justiça corretiva; nas relações de troca ela deve ocorrer de acordo com uma proporção e não na base de retribuição exatamente igual”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. *Op. cit.*, p. 87-88.

¹⁸⁸ A justiça corretiva de Aristóteles foi denominada comutativa em Tomás de Aquino. Em Aristóteles, o sujeito da “correção”, só pode ser o juiz; o sujeito da “comutação” (*commutatio*-troca) pode ser qualquer um que se engaje em determinado tipo de relação social: a justiça comutativa, assim, regula “as trocas que se realizam entre duas pessoas”. Na justiça distributiva igualam-se coisas a pessoas, recebendo cada uma aquilo que é proporcional; Já, nas relações entre indivíduos reguladas pela justiça comutativa, particularmente na compra e venda, iguala-se coisa a coisa, atingindo-se uma igualdade absoluta. BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 28, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm#3.3>. Acesso em 04.10.2009.

Ver também, FERRAZ, Selma. *Op. cit.*, p. 166.

¹⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁹⁰ PADOVANI Humberto; CASTAGNOLA Luis. *Op. cit.*, p. 93.

e a arte dos gregos” e, “o *jus* e a política dos romanos”¹⁹¹. Das diversas orientações e escolas, destaca-se a Escola estoíca¹⁹².

O *estoicismo* considerou como tarefa principal da filosofia a solução do problema da vida, ou seja, “para assegurar ao homem a felicidade”¹⁹³. Como o bem absoluto e único é a virtude, o mal único e absoluto será o vício, do que deriva a concepção de paixão como algo ruim, pois considerada um movimento irracional e um vício da alma¹⁹⁴. Na política estoíca, a sociedade estatal explica-se por um racionalismo cosmopolita radical: o homem, político por natureza, torna-se cosmopolita por natureza. Esta concepção permitiu progresso substancial em civilização humana e moral e abriu caminho a um amplo “sentimento de caridade, de perdão”, desconhecido ao mundo antigo, “onde campeia solitária uma justiça, que existe, porém, apenas para os concidadãos, livres e íntegros”¹⁹⁵.

O *estoicismo* foi bem mais uma “doutrina *moral* que de política e de direito”¹⁹⁶. Ainda assim essa moral afetaria intensamente o conteúdo do direito romano clássico, como ocorreu com o humanismo estoíco, que enfatizou a dignidade superior do ser humano a ponto de provocar “o abrandamento da condição do escravo e do peregrino”¹⁹⁷. Mais tarde inspiraria os moralistas do Cristianismo, com repercussões importantes na filosofia moral e jurídica moderna.

No período de *expansão romana*, no campo da filosofia e sob as marcas do pragmatismo de seu povo, o grande Império beberia em fontes gregas, especialmente do período em que se difundiram correntes de pensamento de caráter pragmático e moral¹⁹⁸.

Se as obras primas dos gregos centraram-se na filosofia e na arte, o que caracterizou o gênio romano foi o *jus*, o direito. Afirma-se que o direito esteve para o mundo romano como

¹⁹¹ *Idem*, p. 93-94.

¹⁹² Entre as demais escolas de destaque pode-se apontar a escola epicuréia, a cética e a eclética.

¹⁹³ *Idem*, p. 95.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 96.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 97

¹⁹⁶ Em Roma os mestres do “estoicismo médio” praticaram a casuística e elaboraram listas de deveres mais concretos e acessíveis; dever de respeitar em cada homem, mesmo que escravo, a razão, a humanidade; de sinceridade; de respeito à palavra empenhada; de respeito aos deuses; de piedade nas relações familiares. Porém, essas recomendações correspondiam mais às disposições interiores que às atividades externas. VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ A cultura romana do período clássico foi, sobretudo, a cultura grega – helenista- pelo empréstimo simultâneo de diversas escolas (VILLEY, Michel, *Op. cit.*, p. 66-67). Os romanos, ao saquear Heléia em 146 a.C. encontraram as várias escolas rivais disputando teorias filosóficas e, “sem terem tempo nem sutileza para especulações, levaram de volta para Roma essas filosofias, juntamente com outros produtos do seu saque (DURANT, Will. *Op. cit.*, p. 11). Difundiu-se em Roma especialmente o *epicurismo*, *estoicismo* e o *ecletismo*. Após a conquista da Macedônia (168 a.C.) a Grécia torna-se parte do império romano, iniciando sua influência sobre este povo. O helenismo era considerado bom gosto, elegância, moda e elemento indispensável da alta

a religião esteve para o Oriente e a filosofia para a Grécia¹⁹⁹. A obra universal e imperecível de Roma – *o jus* – sistematizou-se no *Corpus juris*, que teve como germe jurídico a família, espalhou-se pela cidade e pelo estado e culminou no império²⁰⁰.

Quando o Direito romano surgiu como sistema científico, a influência, antes platônica, passou a aristotélica²⁰¹, com destaque à sua definição de *justiça*: “a justiça é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde”²⁰². Aceitou-se a doutrina de que o direito deriva da justiça; que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto; e que o direito é aquilo que é justo, além da distinção entre distribuições e trocas²⁰³. Os romanos adotaram a noção grega de *dikaion* mais ou menos como Aristóteles a tinha concebido. Definiram a “arte jurídica” como sendo “a procura da definição da medida de uma partilha justa das ‘coisas’, entre cidadãos num grupo social, uma cidade”. A função da arte do *jus* restou definida: dar a cada um o que é seu – *suum cuique tribuere*²⁰⁴.

Há no pensamento ocidental tradicional a tendência de conceber a justiça sob a forma de repartição, o que foi incorporado ao *Digesto*, na parte em que se referiu à disposição ou virtude permanente de dar a cada qual o que lhe é devido. Este adágio sugeriu a necessidade de se distinguir duas dimensões importantes: a *formal* e a *material*²⁰⁵.

As distinções aristotélicas permaneceram desconhecidas durante a alta Idade Média. O termo *jus* era alegado, mas seu sentido era bíblico, “que é a caridade, soma das virtudes, justiça geral e legal, e quase seguia a linha da Torah”²⁰⁶.

No último período do pensamento grego predominavam a filosofia religiosa neoplatônica e a patrística cristã.

O *neoplatonismo* preservou a divisão platônica e aristotélica das virtudes em éticas e dianoéticas, ativas e contemplativas. As virtudes *éticas*, entre as quais estão a temperança, a fortaleza, a prudência e a justiça, garantem “o domínio prático sobre o sensível, por parte da

cultura romana. O mais destacado expoente do *eclétismo* foi Cícero e do *estoicismo* foram Epicteto, Sêneca e Marco Aurélio (PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.*, p. 105-107).

¹⁹⁹ *Idem*, p. 108.

²⁰⁰ *Idem*, p. 115.

²⁰¹ Nesse período, Políbio transmitiu as grandes teses de sua *Política*; Cícero traduziu os *Tópicos*; as escolas de *retórica* difundiram noções aristotélicas de justiça, equidade, lei, direitos naturais. *Idem*, p. 70-71.

²⁰² A definição encontra-se no *Digesto*, 1,1,10. *Idem*, p. 71.

²⁰³ Essas doutrinas confirmam-se no *Digesto*, respectivamente: 1,1,1; 1,1,10; 1,1,11; e 50, 17.144. *Ibidem*.

²⁰⁴ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. Dicionário... *Op. cit.*, p. 444.

²⁰⁵ A *formal* concebe uma igualdade calcada no tratamento idêntico a todos e orienta que as divisões se assentem em parâmetros aceitos por todos; e a *material*, mais substancial, “indica a necessidade de identificação dos princípios a serem utilizados na repartição (necessidades, merecimentos, posições sociais, etc.)”, mas que enfrenta a difícil tarefa de escolher o princípio de distribuição mais adequado e de justificar as desigualdades decorrentes. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 493.

²⁰⁶ ARNAUD, André-Jean. Dicionário... *Op. cit.*, p. 444.

razão, no mundo empírico”, sendo virtudes purificadoras a preparar caminho para as “superiores virtudes dianoéticas”²⁰⁷.

O *Cristianismo*, por sua vez, pressupôs uma específica concepção do mundo e da vida. Proporcionou à filosofia “uma integração imprescindível no tocante à solução do problema do mal, mediante os dogmas do pecado original e da redenção pela cruz”, além de uma justificação histórica doutrinal da revelação judaico-cristã²⁰⁸.

Problema racionalmente insolúvel, que “tem o poder de tornar teoricamente inexplicável a realidade, e praticamente dolorosa a vida”, o mal “físico e moral”²⁰⁹, por não encontrar esclarecimento filosófico fez com que o espírito humano procurasse explicação na revelação divina. A religião apresentou-se, então, para exprimir o fato de “uma queda do homem no começo de sua história” e afirmar esta verdade como “divinamente revelada”: é o dogma do pecado original, racionalmente justificável e historicamente narrado²¹⁰.

Este dogma, que pode explicar o mal no mundo humano, não explicaria, contudo, o sentido deste mal, o que também impulsionou a busca de auxílio na religião revelada, em seu segundo dogma fundamental: o da redenção de Jesus²¹¹.

A redenção teria possibilitado ao homem remir suas culpas, o que significou a justiça manifestada na misericórdia divina. A prática revelou uma moral específica, que se firmou na razão, não isolou o homem de seus semelhantes e não favoreceu o egoísmo, mas “o mais alto

²⁰⁷ O neoplatonismo surgiu no início da era vulgar, mas desenvolveu-se nos últimos séculos do império romano com as Escolas *siriaca* e *ateniense*. Com esta última “acaba, historicamente, o pensamento grego, pelo encerramento dessa escola, ordenado por Justiniano imperador (529 d.C.)”. Porém, as ideias gregas, especialmente platônicas, já assimiladas pelo pensamento cristão patristico seriam difundidas e valorizadas pelo cristianismo. *Idem*, p. 121-129.

²⁰⁸ A história do pensamento cristão pode ser analisada em três momentos: o *cristianismo*, que se encontra no Novo Testamento, enquanto soluciona o problema do mal e tem como fatores históricos a religião israelita, o pensamento grego e o direito romano; a *patristica*, a que se deve, particularmente, a construção da teologia e da dogmática católica; e a *escolástica*, em que se criou a filosofia cristã, verdadeira e própria. *Idem*, p. 127-129; 148-161.

²⁰⁹ O mal é “limitação da natureza, verdadeira imperfeição de um determinado ser. É um problema, se considerada a natureza específica do homem, que é a do animal racional, mas que exige a subordinação do sensível ao inteligível, ao material ao espiritual. Significa exigir que os sentidos sejam instrumento do intelecto e o instinto seja instrumento da vontade (...)”. *Idem*, p. 134.

²¹⁰ O homem primigênio “não só teria possuído aquela harmonia *natural*, de que agora é privado, mas teria sido, outrossim, elevado, como que por nova criação, à *ordem sobrenatural*, com um conveniente conjunto de *dons preternaturais*”. Ele teria participado da vida divina, gozado de uma espécie de deificação, não por direito, mas por graça. Devido a uma culpa de orgulho contra Deus, cometida pelo primeiro homem, do qual, pela natureza humana, devia descender toda a humanidade, o homem teria perdido aquela harmonia e a dignidade sobrenatural, juntamente com os dons. *Idem*, p. 135-136.

²¹¹ O homem contraiu, com o pecado original, uma dívida infinita com a justiça divina, mas que de qualquer forma deveria pagar para ser retirado do estado de desordem. Esta a razão da reencarnação. Cristo assumiria a miserável natureza do homem decaído e absorveria todo o sofrimento humano até a morte e “à morte de cruz”. Esta ação redentora devolveria ao homem sua integração na ordem sobrenatural. *Idem*, p. 136-137.

amor para com o próximo²¹². Propôs o bem dos outros. Neste aspecto, o conceito de caridade, dominante na moral cristã e que contrasta com qualquer forma de egoísmo humano, ocupou o “lugar do clássico conceito de justiça”²¹³.

A *patrística*²¹⁴, em especial no segundo período, refletiu-se na obra de Santo AGOSTINHO, que, influenciado pelo pensamento latino desenvolveu uma moral naturalmente teísta e cristã – e voluntarista. Priorizou o prático, a ação e tornou a vontade do homem livre, que pode querer o mal, pois é um ser limitado.

Muitos textos de sua vasta obra fazem menção indireta às leis terrenas e à justiça²¹⁵. Seu plano de análise foi místico, exclusivamente pastoral, o objeto de suas meditações ligou-se a uma ordem sobrenatural²¹⁶ e sua fonte de inspiração foi divina, o transcendente²¹⁷. Sua noção de justiça, depois da conversão ao Cristianismo passou a ser sinônimo de Deus²¹⁸, mas advertiu que as leis de origem profana “não podem ter pretensão de justiça, são essencialmente injustas”, porém, “devem ser obedecidas”²¹⁹.

O pensador reconheceu publicamente “a autoridade dessas leis injustas” e por várias justificativas, especialmente porque as ordens dos próprios tiranos, “por mais injustas que sejam, tem uma razão de ser oculta, um sentido na história da salvação”²²⁰.

²¹² Com o exemplo, Cristo tornou-se modelo e ideal da vida cristã. Revelou uma moral específica – moral ascética cristã – que garante ao homem “a consecução da felicidade na vida eterna, e de uma felicidade que transcende toda a aspiração e capacidade humana” e faz conformada e voluntária a aceitação do sofrimento. O mundo consideraria esta praxe ascética como *loucura* e *escândalo*. Os gentios consideravam naturalmente loucura a renúncia cristã. Os próprios israelitas sonhavam com o Redentor cercado de grandeza e poder, e não de humildade e sofrimento. *Idem*, p. 140.

²¹³ *Idem*, p. 142

²¹⁴ Comporta os períodos: *pré-agostiniano* (defesa do cristianismo contra o paganismo, o hebraísmo e as heresias; padres foram divididos entre os chamados apostólicos, os apologistas e os controversistas; o século IV representou a sua época áurea, grandeza não tanto filosófica, mas dogmática, teológica); *agostiniano* (período de apogeu da *patrística*; o então padre Agostinho considerou a filosofia como a ciência que resolve o problema da vida, admitiu o conhecimento sensível e intelectual e reconstituiu, à luz do cristianismo, o pensamento platônico) e *pós-agostiniano* (período de decadência da *patrística*, após Santo Agostinho, acompanhado da decadência da cultura). *Idem*, p. 148-163.

²¹⁵ Exemplifica-se com os *Diálogos filosóficos*, como o *De magistro*, em que defende o conhecimento da justiça por meio de Deus, o que levaria à renúncia ao direito natural de Aristóteles e dos juristas romanos; no tratado *De bono conjugali* defende a instituição do casamento; na *Carta 157 ad Ilarium*, defende a propriedade; contra os pelagianos discorre sobre a impotência do homem para encontrar naturalmente a justiça e a necessidade de recorrer à Revelação divina. VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 79-80.

²¹⁶ *Idem*, p. 85.

²¹⁷ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. p. 88-89.

²¹⁸ Assim se verifica nas *Confissões*, em textos como o diálogo sobre o *Livre-arbítrio*, *Contra-Faustum*, *entre outros*. VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 85; 89-90.

²¹⁹ A *Cidade de Deus* contempla inúmeros ataques contra o Estado, mas a ênfase é a crítica das instituições temporais, porque a cidade terrena estaria perseguindo apenas “felicidades falsas, enganosas, provisórias, desprezíveis”; seriam injustas. A obra denuncia a “profunda injustiça do conjunto da ordem jurídica romana” e coloca em discussão a “justiça da *polis*”, pois só seria um grupo político fundado num *direito (jus)*, só seria um direito, se for justo (*justum*). *Idem*, p. 86-88.

²²⁰ Entre as justificativas: a instituição, “na falta de uma justiça plena que pudesse reivindicar (...), possui pelo menos algum valor e uma espécie de embrião de justiça na medida em que é útil à *ordem*, entenda-se: à ordem

Conclui-se, no que se refere ao direito, às leis e à justiça, que conduziu os fiéis a obedecer a César e a respeitar o direito romano; ao mesmo tempo, despiu o direito romano “dessa auréola de justiça que lhe dava, aos olhos dos pagãos, sua autoridade”. O direito da cidade terrena resumiu-se a um conjunto de usos, convenções, costumes de valor incerto ou de “práticas de tribunais, que se sabe distantes da verdadeira justiça celeste; ou de ordens arbitrarias dos reis”. Revelou uma “conversão” a outra espécie de direito – que não o direito romano – que ele encontrou na religião cristã, onde descobriu “um novo tipo de justiça, ao qual somente se aplicam estritamente as palavras justiça e direito”. A Idade Média, então, receberia “uma nova teoria do direito, de suas fontes, de suas fronteiras e de seu conteúdo”²²¹.

Sob a influência de São Tomás de AQUINO a *escolástica*²²² reivindicaria os direitos legítimos da razão. Se a patrística agostiniana “não viu na razão uma capacidade e uma função autônoma da fé”²²³, a escolástica tomista libertaria a razão da fé e procuraria não contrapor, mas coordenar filosofia com teologia, baseando solidamente a fé sobre a razão, agora considerada eficiente e autônoma²²⁴.

Embora outros escritos contemplem ensinamentos afetos ao direito e à justiça²²⁵, a *Suma Teológica* é objeto de análise mais constante.

A noção de justiça que dela se extrai caracteriza-se pela constância e pela perfeição. Ela será “a vontade constante e perfeita de respeitar o direito de cada um”²²⁶. Nessa perspectiva, a justiça foi erigida ao âmbito da filosofia ética, como Aristóteles a havia concebido. Foi considerada uma virtude, aquela “disposição do espírito que leva os homens a

temporal”; o poder de fato, de que a lei emana, “está aí pela Providência, sua autoridade”, já que “tudo o que acontece é obra de Deus”; obedecer às leis de César, para o cristão, significa “curvar-se ante a lei eterna”. *Idem*, p. 91-93.

²²¹ Ser justo passou a estar de acordo com a vontade divina, observar perfeitamente sua lei. A justiça será uma retidão absoluta; concerne à própria “interioridade” do homem e não apenas às relações entre os cidadãos. A justiça assume um caráter caridoso, privado de sanção terrena e que se resume no amor; justiça em que se perdoam as dívidas e os pecadores, os primeiros serão os últimos, não se julga a fim de não ser julgado, deixa-se o joio crescer junto com a boa semente. Esta justiça conduzirá também a ordem social. *Idem*, p. 93-106.

²²² Período entre o começo do século IX até o fim do século XV; abrange a constituição do “sacro romano império bárbaro” até o fim da Idade Média, este marcado especialmente pela descoberta da América. Foi assim designada por que era a filosofia ensinada nas *escolas* da época, pelos mestres escolásticos, especialmente no campo da retórica. Ensinava-se nas escolas medievais as chamadas artes liberais, assim divididas: trívio (gramática, retórica e dialética); e quadrívio (aritmética, geometria, astronomia, música). *Idem*, p. 169.

²²³ *Idem*, p. 170.

²²⁴ A escolástica também se divide em três períodos: escolástica *pré-tomista*, em que persistiu a tendência teológica de Santo Agostinho e vai do começo do século IX (Carlos Magno) até a metade do século XIII (Tomás de Aquino); escolástica *tomista*, período dominado por São Tomás de Aquino e objeto de abordagem neste estudo; e escolástica *pós-tomista*, caracterizada pelo seu declínio como metafísica. Abrangeu os séculos XIV e VI, teve como centro a Universidade de Oxford, Inglaterra, de características tendências empiristas, experimentais, positivas e práticas. *Idem*, p. 172-191.

²²⁵ Há referências nos comentários da *Ética* e da *Política*, de Aristóteles; em algumas passagens dos comentários das *sentenças* de Pedro Lombardo e do opúsculo *De regno*. *Idem*, p. 136.

²²⁶ AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. II, II, questão 57. *Op. cit.* Acesso em: 20.10.2009.

objetivar o justo e a evitar o injusto”²²⁷. Dada a natureza deste conceito ético de justiça, a sua concretização dependeria exclusivamente do bom agir humano, da habitualidade da conduta social pautada pelas virtudes morais²²⁸.

A distinção aristotélica entre *justiça geral* e *justiça particular* foi retomada por São Tomás de AQUINO, porém, à luz da ética cristã.

A *justiça geral* ou *justiça legal* caracterizou-se no fato de “ter como sujeito passivo toda a comunidade”²²⁹. O bem a que se dirige seria o bem dos membros da comunidade e este só se realizaria com a felicidade de cada um e de todos os seus membros²³⁰. Para se concretizar essa felicidade a *justiça geral* imporá a todos os indivíduos a observância das virtudes morais, prescritas na lei, que de qualquer forma só seria plena só no advento da eternidade. Verifica-se, aí, a conciliação da teoria da justiça de Aristóteles com os dogmas da fé cristã.²³¹

A *justiça particular*, na classificação tomista também se aproximou do conceito formulado por Aristóteles. Sua necessidade estaria no fato de que esta busca os bens dos indivíduos de modo indireto, apenas na medida em que estes integram o bem comum. Os indivíduos, embora destinatários finais do bem comum e da justiça legal, não seriam considerados em suas peculiares qualidades, interesses ou necessidades, mas tomados na condição de iguais cidadãos²³². A relação direta entre o bem comum (dos indivíduos, considerados abstratamente) e os bens dos indivíduos (singularmente considerados) decorreria do “caráter inexoravelmente social do ser humano (*politikon zoon*), que só pode encontrar meios e condições para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades no convívio com seus semelhantes”²³³.

Na doutrina tomista, como na aristotélica, subdividiu-se a *justiça particular* em *justiça distributiva* e *justiça comutativa*.

A *justiça distributiva*, que Aristóteles havia concebido de forma mais restrita, correspondeu, na doutrina tomista, a um parâmetro de avaliação de todas as partilhas efetuadas no seio da sociedade: por governantes, concidadãos ou em quaisquer microcosmos

²²⁷ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 24.

²²⁸ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 220.

²²⁹ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 24.

²³⁰ A felicidade aqui referida só surgiria quando todos estivessem dotados dos bens e das condições materiais e imateriais indispensáveis ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. *Idem*, p. 25.

²³¹ *Idem*, p. 26-28.

²³² *Idem*, p. 28-29.

²³³ *Ibidem*.

sociais²³⁴. Nesta também se distinguiu o justo e o injusto distributivos e vislumbrou-se a necessidade de se identificar os critérios distributivos baseados nas qualidades pessoais dos sujeitos, o que se baseia em uma igualdade geométrica²³⁵.

A construção tomista, ao tempo em que serviu às necessidades sociais de seu tempo, com o ressuscitar do método e das fontes do direito Antigo, também foi fiel à política da Santa Sé, em que buscou as riquezas extraídas da experiência cristã. Com essas bases, reconstruíram-se os fundamentos “de uma ordem temporal autônoma, de uma justiça do direito, esta necessária para o vigor da arte jurídica (...), mas sem sacrificar os fins espirituais do homem”²³⁶.

Tal doutrina de justiça, assim como o restante da obra foi considerada fundamental durante quase toda a baixa Idade Média e só passou a perder relevância a partir do século XVII com o surgimento do Iluminismo. O século XIX, no entanto, incumbir-se-ia de lhe dar atenção a partir de alguns estudos, especialmente realizados por jesuítas italianos e franceses, designados *neotomistas*, o que seria determinante para os conceitos contemporâneos de *justiça social e justiça distributiva*²³⁷.

O pensamento *moderno* sobre justiça²³⁸, considerado o período de transição, construiu-se movido por relevantes acontecimentos históricos que repercutiram sobre a sociedade, a política e o direito.

Os elementos de integração dessa nova fase calcaram-se, não mais na religião, mas na ciência e na secularização. Numa perspectiva histórica, a humanidade situava-se no período do Renascimento italiano do século XV até o Iluminismo do século XVIII. Idéias iluministas rompiam com a visão de mundo medieval sobre a natureza, o indivíduo e a finalidade da vida e surgiam novas formas políticas, econômicas e intelectuais²³⁹.

²³⁴ Nestes microcosmos pode-se incluir a família, a comunidade eclesiástica, a comunidade escolástica e outras formas parciais de associação. *Idem*, p. 30.

²³⁵ A doutrina sobre as leis e o direito de Tomás de AQUINO repete, em certa medida, o ensinamento de Aristóteles: a *necessidade das leis positivas* humanas; a *origem da lei*; a *continuidade do direito positivo* humano relativamente ao direito natural; as *qualidades da lei humana positiva*; e a *autoridade da lei humana positiva*. *Idem*, p. 150-152.

²³⁶ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 167.

²³⁷ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 33.

²³⁸ Consideram-se três fases até a consolidação do conceito de justiça social: a) a transição para a modernidade: do Renascimento ao Iluminismo; b) a construção do pensamento moderno propriamente dito; e c) a aproximação do conceito de justiça social. VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 211.

²³⁹ Foram características marcantes do período: o universo tornou-se compreensível pela matemática; a economia e a política libertaram-se da religião; a ciência tornou-se a grande esperança do futuro; pensadores iluministas pretendiam libertar a humanidade da superstição, da ignorância e das tradições que não podiam resistir à prova da razão; acreditava-se na emancipação da cultura, que não estaria mais atrelada ao dogma teológico e à autoridade do clero; rejeitava-se a idéia cristã do pecado original e sustentava-se o homem como basicamente bom, porém, sujeito a um mal decorrente das instituições imperfeitas, da educação precária e da liderança

Na *Renascença* assistia-se a expansão do comércio e da indústria, o capitalismo substituía as formas medievais de organização econômica, os governos centrais se fortaleciam, a unidade do mundo cristão se fragmentava e os cidadãos de classe média, agora mais ricos e numerosos, assumiam papéis cada vez mais importantes política e culturalmente. O clero perdia o monopólio do ensino, a teologia cedia à ciência e a razão tornava-se independente. Renasciam as formas culturais clássicas e apareciam atitudes marcadamente modernas, como o individualismo²⁴⁰.

O humanismo característico daquele período, que diferia substancialmente do que surgiu no final do século XX e que será oportunamente abordado, propunha um programa educacional e cultural baseado no estudo da antiga literatura grega e romana. Pensadores humanistas defendiam que a excelência se alcança pelo esforço pessoal, que tem como objetivo não só a educação, mas a própria vida. O trabalho ganhava novo significado moral e as ações, bem como a vontade humana adquiriam importância na construção dos fatos históricos.²⁴¹ Ao mesmo tempo tomava-se a Idade Média como um período de declínio, um período de “abismo de trevas” que separou o mundo antigo do deles.

Quando os humanistas renascentistas passaram a discutir a condição humana em termos seculares estimularam novas reflexões sobre questões políticas e morais²⁴². Na medida em que “emergia e florescia a sensibilidade científica, surgiam também paixões religiosas – muitas vezes em combinações emaranhadas”, o que o caracterizou pela integração dos contrários²⁴³.

A Revolução científica foi a expressão final do Renascimento e também a sua contribuição definitiva para a moderna visão de mundo²⁴⁴. O período medieval havia

ineficiente. Ainda, construía-se o conceito de uma sociedade livre e racional, em que as pessoas poderiam realizar seu pleno potencial. *Idem*, p. 212.

²⁴⁰ O caráter individual foi retratado por artistas renascentistas, que captaram a rica diversidade da personalidade humana e por escritores que “devassaram seus próprios sentimentos e evidenciaram uma autoconsciência que se tornou característica da visão moderna”. PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental: uma história concisa*. Tradução de: Waltensir Dutra; Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 200-202.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Nicolau Maquiavel (1649-1527) reconheceu que a tradicional teoria política, de propósitos cristãos ideais, não poderia explicá-la de forma adequada. Em um mundo hostil – falta de justificativa dos príncipes italianos para suas diretrizes, guerras, domínio das cidades mais fracas pelas poderosas e uma diplomacia permeada por intrigas, traições e subornos – um mundo em que predominavam esperteza e força, pretendia que os governantes entendessem como preparar e expandir o poder do Estado. Expôs uma nova teoria política, em que não tinha lugar para a moralidade cristã, mas à razão. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de: Maria Lúcia Cumo. 19 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1996 {Coleção Leitura}.

²⁴³ TARNAS, Richard. *A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo*. Tradução de: Beatriz Sidou. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 251-252.

²⁴⁴ O contributo de Nicolau Copérnico, no campo da astronomia (que rompeu com a velha cosmologia); o impulso de John Kepler (e suas leis do movimento dos planetas); os estudos de Galileu Galilei (que com seu princípio racional matemático iniciou a nova filosofia); as reflexões de René Descartes (e seu racionalismo,

reservado à filosofia um papel subordinado na união da fé com a razão e a transição à Era Moderna havia permitido a ela se estabelecer de forma mais independente na vida cultural e intelectual. Com Francis Bacon e René Descartes seriam anunciadas as bases epistemológicas da cultura moderna²⁴⁵, quando o ceticismo e a matemática se combinariam para gerar a revolução cartesiana no âmbito da filosofia.

Em seus respectivos manifestos de empirismo e racionalismo, o mundo natural e a razão humana assumiriam significados modernos. Sobre essa dupla fundamentação a filosofia avançou e a ciência triunfou. Depois de Newton, a “a ciência passou a imperar como autoridade definidora do Universo e a filosofia definiu-se em relação à ciência”. A obra de Newton determinou a moderna compreensão do universo físico²⁴⁶ e do homem²⁴⁷.

A nova filosofia significava a corroboração científica e depois tecnológica do destino feliz do homem, que parecia assegurado, como resultado de sua própria racionalidade e de suas realizações. Com o espírito livre de superstições e preconceitos tradicionais, “poderia apreender a verdade evidente e assim estabelecer para si um mundo racional em que tudo e todos poderiam prosperar”. O sonho da liberdade e da realização agora estava ao seu alcance. E, “finalmente, a humanidade atingira uma era iluminada”²⁴⁸.

O *Iluminismo* propôs suprimir a história e remontar às origens da humanidade. Em outras palavras, suprimiu “a história da civilização para chegar às origens dela, ao homem de natureza, em que julga encontrar o homem segundo a razão”²⁴⁹. Por sua simplicidade, espalhou-se e penetrou toda a vida social, desde a cultura, a literatura e a poesia, até os salões, as cortes e os tronos dos príncipes reformadores. Culminou no maior movimento social, econômico e político dos tempos modernos: a Revolução francesa.

método cartesiano e os critérios da verdade); e as experiências de Isaac Newton, no campo da física, marcariam a um só tempo o fim da Idade Média e do Renascimento e a consolidação da Modernidade. *Idem*, p. 270-294.

²⁴⁵ Francis Bacon proclamava na Inglaterra o nascimento de uma nova era, em que as ciências naturais dariam ao homem “uma redenção material que acompanharia seu progresso espiritual para o milênio cristão”. Com ele a ciência assumiu um papel utilitário, utópico. Enquanto Sócrates havia igualado o conhecimento à virtude, Bacon o equiparava ao poder. No continente europeu René Descartes estabelecia sua fundamentação filosófica. A crescente incerteza epistemológica que decorria das descobertas inesperadas fez a filosofia francesa mergulhar em uma crise de ceticismo. Descartes propôs uma base irrefutável para o conhecimento seguro: o primeiro passo seria duvidar de tudo. E, como excelente matemático, propôs que “somente a rigorosa metodologia característica da Geometria e da Aritmética parecia-lhe prometer a certeza que ele tão fervorosamente buscava nas questões filosóficas”. *Idem*, p. 295-299.

²⁴⁶ Um universo “mecânico, matematicamente ordenado, concretamente material, desprovido de propriedades humanas ou espirituais e não especialmente cristão em sua estrutura”. *Idem*, p. 304.

²⁴⁷ Um homem, “cuja inteligência racional percebera a ordem natural do mundo e o que era um ser nobre, não por estar no de um plano divino conforme a revelação da Escritura, mas porque com sua própria Razão aprendera a lógica subjacente da Natureza e obtivera domínio sobre suas forças”. *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.*, p. 283.

Na França, o movimento caracterizou-se pelo “o culto da deusa razão”, que movia verdadeira guerra contra tudo que não fosse puramente racional, fosse à fantasia, sentimento, paixão. Significou guerra às desigualdades sociais e ao Estado que despreza os direitos naturais dos indivíduos; às divisões nacionais e à guerra, história e a tradição em geral. Seria necessário demolir tudo, “para implantar o reino da razão sobre a terra”²⁵⁰.

Defendeu-se a liberdade humana não apenas como um direito, mas como um dever imprescindível da natureza humana, que exige também a igualdade entre os homens, em virtude da natureza comum²⁵¹. Características iluministas se refletiriam nas concepções sobre direito e justiça. Diferente do direito natural clássico sobre o qual se assentava a filosofia antiga, a filosofia jurídica moderna produziria o direito natural moderno, denominado positivismo jurídico²⁵².

No pensamento clássico, como visto, o Direito se construiu sobre a natureza cósmica, com fundamento na observação da ordem natural. Já, o Direito moderno encontrou fundamento na natureza humana, e assim, no isolamento do homem com o seu direito subjetivo natural²⁵³. Este se afastou do *kósmos* aristotélico, com que se pensava “o todo antes da parte”, em que o homem não estava acima da natureza, mas dentro dela para formar um todo harmônico, e era considerado um “construtor-artista”. O homem da Modernidade apresentou-se como um “construtor-mecânico”, que busca produzir coisas²⁵⁴.

O pensamento moderno logo daria à Europa um incontestável legado, no campo jurídico: o método racionalista, que conduziu ao individualismo jurídico; a exaltação do papel do homem, de sua razão e da invenção humana na produção do direito; a atenção ao indivíduo e explicitação dos seus direitos, com a noção de direito subjetivo, de sujeito de direito e de contrato social; e o progresso do direito relativamente à ordem e à precisão²⁵⁵, entre outros. A filosofia moderna inspirou a construção dos sistemas de direito que se constituíram no movimento da Revolução francesa, e com os quais, em parte, ainda se convive²⁵⁶.

²⁵⁰ *Idem*, p. 285-287.

²⁵¹ Neste sentido, Jean-Jacques Rousseau, nas obras *O contrato social* e *Emílio*.

²⁵² PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.*, p. 288-289.

²⁵³ Esta ruptura se explica por dupla razão, de ordem conjuntural: a conjuntura epistemológica, provocada pelo nascimento da ciência moderna e a conjuntura histórica, marcada pela Reforma, por guerras religiosas, pelo fim do modelo imperial e pelo nascimento do Estado moderno. FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 49-51.

²⁵⁴ *Idem*, p. 52-53.

²⁵⁵ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 172.

²⁵⁶ Muitas Constituições atuais, alguns princípios democráticos, concepções de leis, a estrutura e o plano de muitos códigos e os tratados de Direito civil, os institutos de direito privado como propriedade e contratos, são criações do Direito moderno. Continua-se a tratar de questões de direito “como se ainda acreditássemos na soberania do Estado, pensando em termos de direitos subjetivos, de direito real, de pessoa jurídica ou de propriedade absoluta, assimilando as noções de direito e de lei...” *Idem*, p. 171-173.

Michel VILLEY questiona “o que é a filosofia jurídica moderna?” e explica que existiram, na verdade, climas intelectuais muito diferentes²⁵⁷ que se constituíram, por um lado, no continente e principalmente na Alemanha, com a Escola racionalista; e, por outro, na Inglaterra, por adeptos de um método empirista. Haveria entre eles tendências comuns, como a laicidade e o individualismo²⁵⁸. Na sua estrutura, o Direito moderno demonstrou concordância sobre certas teses, “todas marcadas por um selo individualista”²⁵⁹.

O individualismo – e com ele o positivismo jurídico – e o conceito de direitos subjetivos, originários da corrente nominalista de pensamento²⁶⁰ sustentam-se na idéia de que apenas os indivíduos existem; os únicos valores a que se possa servir serão “o bem estar econômico ou moral dos indivíduos, ou dos grupos de pessoas morais”²⁶¹. O direito resume-se a um conjunto de regras com função coercitiva, uma técnica, um instrumento a serviço da economia ou da moral individual. O pensamento moderno teria se deixado subjugar pelas representações simplistas e artificiais do mundo, “abandonando a via do realismo clássico, ao qual inevitavelmente remete uma reflexão não superficial sobre as relações do direito e da justiça”²⁶².

Neste sentido, basta verificar que a Revolução francesa preocupou-se menos em refletir sobre o conceito de justiça do que em estabelecer a igualdade, como se ambas fossem sinônimas. As leis civis proclamariam essa igualdade, todavia, “restrita aos indivíduos pertencentes a uma mesma classe do estatuto jurídico”, sob uma incômoda hierarquia: à classe do homem “maior proprietário correspondente ao pleno uso da liberdade, da igualdade e da propriedade proclamados pelos legisladores daquele tempo”²⁶³.

²⁵⁷ *Idem*, p. 174; 178-180.

²⁵⁸ A laicidade opôs o direito moderno ao direito do clero da alta Idade Média. O individualismo opôs o direito moderno às concepções dominantes na Idade Média e às doutrinas clássicas da filosofia do direito da Antiguidade. *Idem*, p. 176.

²⁵⁹ Num panorama geral pode-se identificar: os direitos naturais do indivíduo; a construção artificial do Estado pelo contrato social, no interesse e para a utilidade dos indivíduos; o positivismo jurídico, considerado o corolário da tese do contrato social e do estado de natureza anárquico; e a noção de direito subjetivo, que passa a ser o elemento primordial do sistema de direito (tanto positivo como natural), e da qual a teoria do contrato constitui apenas um prolongamento. *Idem*, p. 177-179.

²⁶⁰ Todos os sistemas axiomáticos do século XVII foram construídos na mesma linha do nominalismo: eles são “por princípio, uma lei moral, moral no sentido amplo, regra de conduta racional”. Essa concepção se reflete “na engenhosa máquina imaginada por Hobbes para servir às metas que a elite burguesa liberal designou ao direito: utilidade, seguridade das posses individuais”. Reflete-se também no *Leviatã* “em sua lei civil para constituir e garantir os direitos civis subjetivos dos indivíduos (...)”. ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 444.

²⁶¹ *Idem*, p. 427.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Idem*, p. 445.

Reserva-se a Immanuel KANT o mérito de avançar no rompimento com a tradicional concepção de justiça, que passou a fundar-se na dignidade da pessoa e assumiu a categoria de dever. É a expressão da segunda máxima do imperativo categórico que propôs: “age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca como um meio”²⁶⁴.

KANT considerou que qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos. Esta formulação seria uma lei universal do direito: “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”²⁶⁵. Se a ação ou a condição de um pode coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal, aquele que obstaculizá-las produzirá injustiça. Adotar como máxima o *agir justamente* seria uma exigência que a ética impõe às pessoas.

A noção de justiça, nessa perspectiva, vincula-se à liberdade de escolha do agir, mas que deve considerar, sempre, a escolha do outro, de acordo com uma lei universal.

No período da Modernidade mais próximo à construção do conceito de justiça social deve-se analisar o processo de desconstrução do positivismo jurídico e as formulações em torno do que se poderia considerar a efetiva função do Direito.

O Direito moderno, como se verificou, firmou-se com grandes oposições, especialmente a separação entre ordem natural e ordem positiva e entre justiça e moral. A abordagem de KANT excluiu do direito e da justiça toda tentativa de explicar o motivo e o objetivo da ação, pois ser injusto significa apenas impedir o ‘livre-arbítrio’ de outro. Sem apreciação e julgamento do conteúdo, do objeto ou do fim das ações dos sujeitos, a justiça tornou-se apenas a garantia do “‘livre-arbítrio’ de um sujeito para coexistir com o ‘livre-arbítrio’ de outro sujeito, de acordo com uma lei”²⁶⁶. Em outras palavras, a justiça submeteu-se a uma apreciação puramente formal.

A ciência do direito passou a se ocupar, apenas, do *dever ser*, do sistema de normas postas pelo Estado. Retiraram-se da análise do direito os elementos exteriores a esse sistema, que se viu fechado, e o sujeito, por força do individualismo jurídico, isolado da coletividade. O resultado foi a exclusão de possíveis ordens jurídicas concorrentes, de um pluralismo jurídico²⁶⁷.

²⁶⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação... Op. cit.*, p. 73.

²⁶⁵ *Idem*, p. 76-77.

²⁶⁶ Ressaltam-se as mais recentes interpretações da teoria de Kant, “principalmente aquelas que tentam romper com os dualismos e incorporar a noção kantiana de ‘imperativo categórico’ à justiça, a exemplo da abordagem de John Rawls”. FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 56

²⁶⁷ *Idem*, p. 73-74.

O positivismo jurídico, calcado na unidade da ordem jurídica, na segurança do direito e na paz pública propôs construir uma ciência do direito nos moldes das ciências da natureza, em que o jurista limita-se a conhecer seu objeto, sem proceder a julgamentos de valor. Esse objeto só pode ser o direito posto pelas autoridades políticas, o que exclui o direito natural ou a moral²⁶⁸.

Norberto BOBBIO, que explorou a experiência jurídica enquanto experiência normativa²⁶⁹, o sistema de normas que compõe o ordenamento normativo²⁷⁰ e o positivismo na sua evolução histórica e na sua problematidade teórica²⁷¹, apontou os modos de definir o positivismo jurídico²⁷². Como demonstrou, alguns traços fundamentais lhe caracterizam: toma o direito como fato e não como valor; é individuado pelo elemento da coerção; considera a legislação como fonte principal do direito; concebe-o como comando e como um sistema completo e coerente, sem contradições ou lacunas; limita a atividade do jurista à pura interpretação declarativa ou mecânica da norma; por fim, prescreve obediência estrita ou até absoluta à norma²⁷³.

O positivismo jurídico entrou em crise no século XX, nos anos do pós-guerra, quando contraposto ao jusnaturalismo renascido. Separaram-se, de um lado, o positivismo “enquanto expressão da exigência de austeridade científica” e, de outro, o jusnaturalismo, “enquanto exigência da liberdade moral”²⁷⁴.

Desconfortáveis ante o arbítrio das leis ditatoriais e na tentativa de superar a *injustiça legal*, alguns pensadores conceberam um direito supralegal (de inspiração jusnaturalista) e recusaram a redução da complexidade daquele dualismo (positivismo x jusnaturalismo) a uma única alternativa.

Profundo observador da sociedade, das transformações sociais e do Direito, Norberto BOBBIO percebeu que cada vez mais se somava à função repressiva dos comportamentos indesejados, a função promocional do Direito, que se expressa nos incentivos com os quais o Estado pode induzir aos comportamentos desejados. Constatou que o Direito já não se

²⁶⁸ ARNAUD, André-Jean. *Dicionário... Op. cit.*, p. 608.

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 2003.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

²⁷² Haveria sete modos de definir o positivismo jurídico, enunciados nas seguintes teorias: teoria da coatividade do direito, do normativismo legislativo, teoria imperativa do direito, teoria sistemática do direito, da interpretação não-criativa e, por fim, da obediência incondicionada. LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. Prefácio à Edição Brasileira. **In**: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri-SP: Manole, 2007, p. XXXII-XXXIII.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Idem*, p. XXXIV.

limitava a proibir ou permitir e passava a contemplar “o promover” e “o estimular”. Tornara-se explícita uma “direção social, preocupada com a função de promover comportamentos por meio de estímulos e desestímulos” e o “valor, por excelência, a que o direito está condicionado, seria o valor da justiça”²⁷⁵.

Essa preocupação já havia despertado intelectuais do final do século XIX, quando Pierre-Joseph PROUDHON retomou o ideal kantiano do domínio dos fins, em que os homens deveriam se tratar reciprocamente como fins em si, para sustentar que “o espírito de justiça tende a se realizar nas instituições”²⁷⁶. As suas idéias de outros pensadores sociais conduziram ao conceito de justiça social, que se construiria mais tarde para se firmar como teoria e depois como uma prática socialmente reivindicada.

3.1.2 Consolidação teórica de justiça social: conjuntura epistemológica e histórica

O direito de solidariedade, como se mencionou, referiu-se não a uma natureza *cósmica* (própria do direito clássico), nem a uma natureza *humana* (pretensão do direito moderno), mas a uma concepção de justiça social. Nela, “o direito é referido à sociedade, ao social”²⁷⁷.

O ressurgir do pensamento aristotélico-tomista a partir da segunda metade do século XIX possibilitou contraposição aos postulados do liberalismo político e econômico²⁷⁸ e serviu como alternativa ao “incipiente socialismo marxista que também fora alvo de crítica por parte desta nova corrente”²⁷⁹. O neotomismo fundamentou-se na afirmação do homem como *fim*, possuidor de um valor ético intrínseco e destinado à busca do *bem comum*.

Passou-se a defender a construção de uma sociedade de cooperação interindividual, de que se espera que os indivíduos se esforcem para satisfazer um interesse coletivo superior, o *bem comum*, o que, em síntese, significa instituir uma forma de sociedade solidária. Porque

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função... Op. cit.*, p. 191.

²⁷⁶ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 445.

²⁷⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 58.

²⁷⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 283.

²⁷⁹ A percepção de pensadores eclesiásticos, de que as relações sociais calcadas nos ideais liberais levavam a maior parte da população a condições de existência abaixo do nível aceitável e a movimentação de intelectuais cristãos, dada a expansão da doutrina socialista aceleraram o *neotomismo*. Com este se procurou assegurar o valor intrínseco dos homens contra as nocividades do liberalismo burguês e também evitar que o *marxismo* ateu

o panorama liberal que se instaurou com as Revoluções burguesas consolidou uma espécie de “democracia liberal igualitária” – na realidade um igualitarismo formal – impunha-se reconsiderar o conceito de justiça legal tomista para adaptá-lo àquela realidade política²⁸⁰.

Desde Aristóteles as sociedades distinguiram os indivíduos segundo noções de *honra*, com base em qualidades pessoais, em regra, pela ocupação de determinada posição hierárquica, o que originou o sentimento de valor de cada pessoa e também a mensuração de sua dignidade. O critério de justiça mais adequado às relações intersubjetivas, nesse contexto, só poderia ser o de *justiça distributiva*, que deveria considerar elementos como subordinação e diferenciação para se chegar a uma igualdade proporcional ou geométrica.

Nos conceitos de justiça geral e legal aristotélicos a afirmação de uma justiça inerente à lei decorria apenas do fato de as normas jurídicas terem por objeto o *bem comum*. Os neotomistas, ao retomarem essa idéia adicionaram a ela componentes materiais afetos à sociedade daquele momento. Compreenderem que “a então legalidade, dotada de imanente Justiça, tinha por escopo precípua, na democracia liberal, não mais consagrar os deveres dos cidadãos em relação ao Bem Comum, mas, sim, garantir a igualdade formal de todos os indivíduos”²⁸¹. A justiça legal teria assumido como foco, não mais o meio usado para realizar um fim justo, mas os sujeitos que seriam beneficiados com a concretização do objetivo da norma: a sociedade em seus membros. Tal transformação alteraria, também, a denominação dessa Justiça, que passou a ser conhecida como *justiça social*²⁸².

O novo termo, ao tempo em que sintetizou a igualdade na lei e perante a lei, bem como a noção de solidariedade social propôs perseguir o bem de todas as pessoas. Estas passaram a ser consideradas não individualmente, mas “como membros de um todo social harmônico, voltado à *cooperação mútua* para a realização da *felicidade geral*”²⁸³.

A amplitude do conceito encerrou a idéia de *dignidade* como único parâmetro de avaliação do homem adequado à igualdade liberal. Os neotomistas, sem negar a idêntica valia de todos perante a lei e com base em verdades cristãs concluíram que “todos os indivíduos guardam *dignidade própria*, que determina, necessariamente, que sejam dadas a eles todas as condições materiais e imateriais indispensáveis para a *existência plena*”²⁸⁴. Tal conceito

ganhasse mais adeptos como uma única alternativa plausível ao pensamento liberal. CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 33.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² Atribui-se ao jesuíta italiano, Luigi Taparelli D’Azeglio, a responsabilidade pelo termo *Justiça Social*, hoje amplamente difundido. *Ibidem*.

²⁸³ *Idem*, p. 37.

²⁸⁴ *Ibidem*.

encerrou dupla perspectiva: todos os cidadãos devem *participar* do bem comum (aspecto passivo); e todos devem *colaborar*, simultaneamente, para a obtenção deste fim, pela observância dos deveres insculpidos em leis (conteúdo positivo)²⁸⁵.

A oposição ao arbítrio do Estado e ao liberalismo econômico, a defesa da dignidade humana e a promoção do bem comum marcaram essa concepção filosófica, que deixou um valoroso legado à filosofia do direito do mundo ocidental.

Já no curso do século XIX, como se mencionou, as teses de Pierre-Joseph PROUDHON contribuiriam para a construção progressiva da justiça social. Suas ideias opunham-se ao liberalismo e denunciavam a organização econômica, governamental e educacional, com proposta de criação de sociedades cooperativas de produção. Procurou explicar que o propósito fundamental da ciência social é o de “abraçar a ordem humanitária e não apenas em tal ou qual período de sua duração, nem em alguns de seus elementos, mas sim em todos os seus princípios e na integridade de sua existência (...)”²⁸⁶.

PROUDHON voltou-se à reorganização da sociedade, com base em princípios de justiça. O homem deveria abandonar a condição econômica e moral baseada na sujeição a outros homens, por levar à desarmonia social e propôs que a nova sociedade buscasse apoio no mutualismo, na tentativa de conciliar o coletivo e o individual. A consciência humana seria, ao mesmo tempo, individual e coletiva. Seria “parte integrante de uma existência coletiva”, porquanto o homem “sente sua dignidade ao mesmo tempo nele e em outrem”²⁸⁷.

A proposta almejou uma justiça capaz de “assegurar e aumentar a qualidade da liberdade” e dar à sociedade uma espécie de “força irreversível, uma vida imortal”, por um processo que convertesse a multidão das individualidades em associação, em que a dignidade humana e a sociedade integram uma mesma realidade²⁸⁸. A eficácia da justiça exige mais do

²⁸⁵ A justiça social neotomista, embora construída por pensadores ligados à Igreja Católica foi secular. Reinterpretou-se o humanismo cristão com o personalismo de Emmanuel Mounier e com a leitura do humanismo integral de Jacques Maritain. BRAY, Renato Toller; PAJOLA, Marcelo Tadeu; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. A cultura jusnaturalista de inspiração cristã no Brasil: justiça divina e justiça social. **In:** ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, 15, 2006, Recife. *Artigos publicados nos Anais do Recife-PE*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_da_justica_renato_bray_e_outros.pdf>. Acesso em 28.10.2009.

²⁸⁶ PROUDHON, Pierre-Joseph. *Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria*. Tradução de: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2003, p. 95-96 {Coleção Fundamentos de Filosofia}.

²⁸⁷ PROUDHON, Pierre-Joseph. *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*. Oeuvres complètes. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1930, v. I, p. 311. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 59.

²⁸⁸ Proudhon proclamou: “Nem comunidade então: nós temos hábitos demais de independência, de personalidade, de responsabilidade, de crítica, de revolta (...) nem liberdade ilimitada: nós temos demais interesses solidários, demais coisas comuns, demais necessidades uns em relação a outros do recurso ao Estado (...). Só a Justiça, cada vez mais explícita, sábia, severa: eis o que pede a situação, o que demandava toda voz da humanidade”. *Ibidem*.

que uma ideia, sustentou o autor. Exige que seja “ao mesmo tempo uma realidade, uma força de justiça e não simplesmente uma noção de justiça”. Cogitou-se, então, de uma força excepcional, aquela que, “aumentando para o indivíduo a dignidade, a seguridade e a felicidade, assegure ao mesmo tempo a ordem social contra as incursões do egoísmo: eis aí o que procura a filosofia, e fora do que não há sociedade”²⁸⁹.

A justiça social, nessa perspectiva, encontra fundamento na liberdade. A sociedade passa a ser considerada como um meio de felicidade a serviço do indivíduo, necessário, porque a ação dos indivíduos é contrabalançada pela ação dos grupos sociais. A condição de exercício da liberdade e da justiça está no equilíbrio dialético entre o indivíduo e o grupo e não na sua oposição.

Sustenta-se que o Direito aproximou-se e se articulou com a moral, pois “a regra de direito é precisamente o reconhecimento pela massa das consciências individuais da necessidade do consenso em torno de certos valores morais numa sociedade”²⁹⁰. Ao lado da coisa social, que é o aspecto fático do direito encontra-se o aspecto axiológico, o valor, que é o elemento constitutivo da experiência jurídica. Daí para frente se passaria a exigir do jurista o uso de um método jurídico experimental, baseado tanto na observação dos fatos sociais como na consideração de alguns valores, “como o da justiça social, ou das realidades objetivas comuns partilhadas pela humanidade”²⁹¹.

François EWALD considera que na sociedade de solidariedade a regra sobre a qual há concordância geral é a norma, pois “a justiça social é a justiça da norma”²⁹². Esta seria a forma atual do laço social a contemplar a idéia de equilíbrio e consenso e que substitui o contrato social. Nessa concepção, a norma indica “o preço pelo qual se pagam as vantagens da solidariedade; permite fazer o balanço benefícios-vantagens da pertença à sociedade”²⁹³.

Esta referência à norma, todavia, é diferente do que se propunha sob a inspiração do direito natural moderno. Aqui, a regra de justiça, representada pela norma recusa a oposição do fato e do direito. Neste aspecto, a noção de justiça social é contemporânea à transformação da *epistème* que deu origem às ciências humanas. Ela se caracteriza pelo fato de que “o saber que ela funda não é referido a nenhuma *natureza*, nem mesmo a uma natureza humana, mas à

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Idem*, p. 60.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de: António Fernando Cascais. 2 ed. Lisboa: Vega, 2000, p. 151.

²⁹³ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 115, abr/jun., 2004.

história”²⁹⁴. Esta historicidade implica uma mobilidade constante da vida dos homens, das formas de sociabilidade, das regras de direito e dos valores²⁹⁵.

José Fernando de Castro FARIAS, nessa linha, demonstra que a justiça não encontra expressão adequada em uma igualdade comutativa, nem em uma igualdade distributiva, vistas de forma separada, mas dentro de um “equilíbrio movente” entre elas, que se interpenetram numa única realidade social²⁹⁶. Seria a justiça, ao mesmo tempo, distributiva e comutativa. Justiça social não pode significar só um aumento da qualidade da liberdade e da igualdade, mas também e principalmente, uma mudança expressiva na maneira de pensar as relações indivíduo/sociedade e indivíduo/Estado. Envolve, portanto, um “um processo de associação, de coordenação, de garantias recíprocas, de serviços mútuos”²⁹⁷.

Sob tal perspectiva, as partes (indivíduos e grupos) ingressam no todo não como elementos passivos, mas como atores que se situam em um espaço social “que é referido a ele mesmo como lugar complexo, conflituoso e relacional”. A justiça, por ser elemento integrante desse espaço será sempre inserida no conjunto das relações e dos conflitos sociais e chamada a harmonizá-los ou equilibrá-los, tanto na ordem dos fatos como dos valores. Como um instrumento fundamental na intermediação dos conflitos sociais atuará diante da ruptura entre o ideal moral e a realidade empírica, para “preparar o terreno para a realização da moral”²⁹⁸.

Com o discurso da justiça social procurou-se construir uma concepção própria e inédita de justiça, capaz de conciliar a liberdade individual e o bem-estar social. Sua perspectiva é obter equilíbrio nas contradições, mas sem fazê-las desaparecer. As soluções, nessa linha, só poderão ser provisórias, já que novos conflitos surgirão, e assim, novas soluções serão necessárias e novamente provisórias, adaptadas às novas exigências de equilíbrio da crescente complexidade social²⁹⁹.

Este debate registra a tentativa teórica de John RAWLS de também repensar a justiça. No contexto da filosofia contemporânea, o autor procura parâmetros éticos para redefinir o modelo de justiça distributiva³⁰⁰, que foi “mais ou menos atropelado pela voracidade do liberalismo econômico, o qual, ao extremizar a defesa ilimitada da liberdade de

²⁹⁴ *Idem*, p. 116.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 61.

²⁹⁷ *Idem*, p. 62.

²⁹⁸ *Idem*, p. 63.

²⁹⁹ *Idem*, p. 64.

³⁰⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3.

acumular riquezas acabou por extremizar, por outro lado, a concentração da miséria”³⁰¹. A teoria de justiça por ele proposta – como equidade, lisura, jogo limpo – tem como objetivo “reordenar as instituições, principais responsáveis pela alocação dos bens em sociedades democráticas, ou em outras palavras, sociedades bem ordenadas”³⁰².

O modelo sugere uma abordagem global. Considera a *equidade*, na qual se situa o princípio da tolerância, que parte de uma concepção política de justiça. Há na sua base uma teoria distributiva, que seja “reconhecida como legítima por todos, em que a economia de mercado só pode ser verdadeiramente defendida como sendo, ao mesmo tempo, moralmente equitativa e economicamente eficiente”³⁰³. Trata-se de um contraponto à visão utilitarista de justiça, que a considera apenas com a função de propiciar o bem-estar coletivo e na qual se opõem necessidades coletivas e individuais.

A justiça como equidade tem inspiração kantiana, ligada aos imperativos categóricos. Liberdade e bem estar são dois desses imperativos, a que o autor acresce o “princípio da diferença”, um verdadeiro “princípio de justiça”, chamado a conciliar a ideia de liberdade e suas diferenças entre pessoas e classes com o bem estar social³⁰⁴.

Nessa teoria a sociedade de mercado só se legitima se puder eliminar as desigualdades sociais e naturais, o que, na essência, significa proceder a uma distribuição dos bens primários – direitos, liberdades, obrigações, rendas, riquezas, poderes, chances - de forma equitativa. O problema estaria em pensar a igualdade social e ao mesmo tempo preservar a sociedade de mercado e as liberdades individuais, daí a proposta de alargar e ao mesmo tempo definir a igualdade de chances, no que se poderia encontrar certa “correção das desigualdades desde o começo”³⁰⁵.

A premissa fundamental da teoria é que na cultura democrática a sociedade é um sistema de cooperação social entre pessoas livres e iguais³⁰⁶. A cooperação social seria guiada por regras publicamente reconhecidas e por procedimentos aceitos pelos que cooperam. A teoria persegue a construção de uma sociedade mais justa, por uma forma de pensamento progressista, que guarda preocupações igualitárias³⁰⁷. Procura fornecer um conjunto de

³⁰¹ FELIPE, Sônia. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; SOUSA, José Maria Arruda de (Org). *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. 1. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000, p. 133-162.

³⁰² *Idem*, p. 133-134.

³⁰³ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 65.

³⁰⁴ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 79-89.

³⁰⁵ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 66.

³⁰⁶ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 3-7.

³⁰⁷ Algumas análises consideram a concepção política de John RAWLS como liberal, porém “não como se concebe em nossa sociedade”, pois se trata do “liberalismo norte-americano, de caráter social”, em que o autor

princípios para determinar se as instituições e as ações de uma sociedade são justas e reconhecer o fato de que as concepções de bem das pessoas são irredutivelmente plurais³⁰⁸.

Por entender que há direitos que comportam sacrifício em prol de interesses sociais, o autor sugere que a sociedade contemple um padrão mínimo de equidade. Tomando a justiça como a primeira virtude das instituições sociais e a ideia de que toda pessoa detém uma inviolabilidade fundada na justiça, propõe que em uma sociedade justa, sejam invioláveis: as liberdades da cidadania igual e os direitos assegurados pela justiça, que não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais³⁰⁹.

A desigualdade seria própria da condição do homem na sociedade. Não sendo possível eliminá-la totalmente, John RAWLS propõe que, ao menos, se procure torná-la minimamente aceitável, com o que vislumbra a tolerância como fundamental³¹⁰. Justiça e liberdade, em sua obra estão intimamente associadas, porquanto será difícil realizar a justiça social se as liberdades individuais básicas não forem asseguradas. Por outro lado, se garantir as liberdades individuais mínimas é uma condição necessária, não será, todavia, suficiente para se conquistar uma sociedade justa³¹¹.

José Fernando de Castro FARIAS demonstra como, nesta perspectiva, a justiça, sem se reduzir a um ideal é chamada a desempenhar o papel de *logos* do direito, no qual a justiça social assume duplo papel: dar ao direito um critério de juízo e situá-lo como “meio justo” ou “justa medida”³¹².

Construídas as suas bases teóricas e testada a sua aplicação efetiva a justiça social tornou-se nos últimos tempos uma preocupação mundial. Organismos internacionais, preocupados em fornecer uma resposta efetiva aos desafios crescentes da mundialização do comércio e da economia, bem como às mazelas sociais, somam esforços para promover políticas e programas no sentido de tornar possível uma globalização mais equitativa.

parte do contexto da sociedade democrática que integra para apresentar uma “teoria-prática”, de aplicação efetiva ao encontro de uma sociedade mais justa. ROUANET, Luiz Paulo; CRUZ, Elisa Pires da. Hermenêutica constitucional e justiça social: uma análise à luz da teoria da justiça como equidade de John Rawls. **In:** *Revista Jurídica* -PUC Campinas, Campinas, v. 23, n. 2, p. 65, 2002.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 3-4.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. Artigo. **In:** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 165, p. 41-43, jan/mar, 2005.

³¹² Quanto a esses papéis: 1º - A justiça social tende a tornar universal, ou regra geral, certos valores morais que, sem sua intervenção, continuariam no domínio de cada indivíduo ou grupo. Ela procura dar ao direito um critério de juízo, segundo o qual uma sociedade vai organizar suas relações sociais. 2º - A justiça social tenta situar o direito como “meio justo”, ou “justa medida”, o que significa adotar uma lógica de *equidade* na experiência jurídica. *Idem*, p. 67-68.

Neste sentido, a 97ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 2008, adotou por consenso dos representantes tripartites dos Estados membros da Organização Internacional do Trabalho-OIT a *Declaração sobre a justiça social para uma globalização justa*³¹³. Seu objetivo foi fortalecer a capacidade da OIT de promover o *Programa de Trabalho Decente*, o que tem sido visto como uma “grande mudança no rumo das políticas socioeconômicas mais equilibradas”³¹⁴, além de ser uma ferramenta para promover os princípios e direitos fundamentais no trabalho.

A Declaração institucionaliza o conceito de *trabalho digno* e o coloca no centro das políticas da Organização. Constitui um importante instrumento para promover uma globalização justa baseada no trabalho digno, além de refletir uma perspectiva de desenvolvimento produtivo, com destaque à importância que as empresas sustentáveis têm na criação de mais empregos e oportunidades de rendimento. O documento dá sequência a políticas baseadas nos seguintes objetivos estratégicos: emprego, proteção social, diálogo social e direitos no trabalho³¹⁵.

A temática da justiça social é ampla e instigante, por envolver o papel do Estado, de organismos internacionais, organizações públicas e privadas e da sociedade como um todo.

A justiça, seja ela considerada no aspecto *subjetivo* – uma virtude pessoal, uma regra internalizada, um “hábito (*habitus*) da consciência de não tomar para si mais do que seria lícito e dar a cada um o que é seu, segundo ditames de solidariedade e da ética social”³¹⁶ - ou no aspecto *objetivo* - uma regra moral externa, um imperativo moral de dar a cada um o que é seu – parece condicionar a humanidade à angústia de uma eterna conquista. Daí a inclinação dos mais notáveis pensadores, em todos os tempos, sobre seus elementos e seus limites³¹⁷.

³¹³ SOMÁVIA, Juan. OIT. *Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa*. Prefácio. Conferência Internacional do Trabalho. 97ª Sessão. Genebra, 2008. Disponível em: <www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em 10.11.2009.

³¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. *A declaração da OIT sobre a justiça social*. In: *Revista LTr - Suplemento Trabalhista*, São Paulo, a. 45, n. 43, p. 223-224, 2009.

³¹⁵ SOMÁVIA, Juan. *Op. cit.*, p. 1-2.

³¹⁶ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Estado e a justiça social. In: ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO, 5., 1991, México. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, 1992, v. 56, n. 4, p. 400.

³¹⁷ KELSEN iniciou a obra, *O que é justiça?* com uma precisa colocação. Lembrou registros do julgamento de Jesus de Nazaré perante o pretório romano, quando Pilatos lhe perguntou *O que é a verdade?*; e Jesus não respondeu, por que “dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E por essa justiça, morreu na cruz”. Daquela pergunta de Pilatos, KELSEN extraiu “outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é justiça?”. Como observou, “(...) nenhuma outra questão foi tão passionavelmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 1.

A justiça social, como categoria mais recente e que teve origem na observação e na oposição ao alto custo social do modelo econômico baseado no capitalismo liberal³¹⁸, assume importância e dimensões múltiplas. Um de seus principais significados é a consciência de que são necessárias políticas amplas e conjuntas para assegurar respeito às pessoas, maiores esperanças aos povos e satisfação às necessidades humanas de uma forma mais eqüitativa.

A construção dessa consciência ganhou visibilidade com a Encíclica *Rerum Novarum*, em 1891. O Papa Leão XIII, ao denunciar a iniquidade do modelo econômico e a gravidade da situação social defendeu o dever do Estado de intervir nesses campos em favor dos economicamente mais fracos, especialmente os trabalhadores³¹⁹. São reconhecidas as influências da Carta nas concepções desenvolvidas nas décadas seguintes sobre o papel do Estado, da propriedade e das relações de trabalho. Reformulou-se o direito de propriedade, agora não mais absoluto; o trabalho, agora não mais uma simples mercadoria; a justiça, agora um fim do Estado e do direito; e a sociedade, a política e as relações econômicas e sociais, agora vistas sob o olhar do justo.

A justiça social aproximou a “justiça” das instituições. Torna-se dever das autoridades públicas, organizações sociais, comunidades e dos que podem modificar as estruturas sociais colocar-se a serviço das pessoas. Tal visão, naturalmente, não eliminou a obrigação moral das pessoas de bem agir, “porque é de todos o dever de lutar por estruturas sociais mais justas, mais arejadas, que dêem melhor oportunidade a todos”³²⁰.

Justiça social compreende normas jurídicas, mas não apenas a *justiça legal*. Ela é, “mais ampla, mais generosa, mais fecunda, porque solicita os indivíduos, os grupos, as organizações a desencadearem idéias-forças destinadas a implantar novas atitudes e novas regras de conduta”³²¹. Com ela busca-se incorporar populações marginais e democratizar as oportunidades para uma vida digna, o que abrange acesso ao trabalho, educação, capacitação profissional, consumo, previdência social, cultura, lazer. Ela é o meio pelo qual pessoas,

³¹⁸ É bastante conhecido o custo social do modelo liberal, especialmente no campo do trabalho humano: não intervenção do Estado nas relações econômicas e de produção; condições de trabalho desumanas; trabalho em jornadas extenuantes, inclusive de mulheres e crianças; inexistência de proteção legal ao trabalho; perseguição a movimentos sindicais; ausência de previdência social, enfim, colocação do Estado a serviço dos interesses dos economicamente privilegiados. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 401.

³¹⁹ Na Carta, Sua Santidade proclamou a primazia da lei da justiça natural sobre a vontade livre do patrão e do operário, por considerá-la a mais elevada e mais antiga e que impõe que “o salário não deve ser insuficiente para assegurar a sobrevivência de um operário sóbrio e honrado”. A intervenção do Estado para garantir esse mínimo, não poderia ser tratada como uma *opção política*, mas um *dever ético*, uma exigência de justiça. IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). *Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. Roma, Vaticano, 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 11.10.2009.

³²⁰ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 401.

³²¹ *Idem*, p. 402.

grupos, organizações e entidades sociais “se engajam num processo solidário e contínuo, multiplicador dos recursos e socializador da riqueza”, para que a sociedade possa viver um “processo auto-sustentado de desenvolvimento e justiça”³²².

A solidariedade, que pode ser tratada também na perspectiva de um direito identifica-se com a justiça social e neste viés compõe uma nova forma de experiência jurídica.

3.2 A SOLIDARIEDADE REVELADA

A noção de solidariedade é abrangente. Liga-se a expressões e vocábulos diversos, como dever de reciprocidade, cooperação, lealdade, simpatia e ajuda mútua, fraternidade, sentimento de união em torno de objetivos e interesses comuns, integração, equilíbrio e justiça social. Transcende as dimensões religiosas da caridade, da compaixão ou do assistencialismo, ingressa nos terrenos irrestritos da filosofia e da ética e avança pela sociologia, pela antropologia e pelo direito.

Há quem a inclua entre aquelas coisas que não podem ser ensinadas, porque estão além das palavras, nem produzidas ou ordenadas. Rubem ALVES argumenta que é possível “desenvolver uma psicologia da solidariedade, ou uma sociologia da solidariedade, ou uma ética da solidariedade”; porém, os saberes científicos e filosóficos “não ensinam a solidariedade, da mesma forma como as críticas da música e da pintura não ensinam a beleza da música e da pintura”. Como a beleza, seria inefável – “está além das palavras”³²³. Solidariedade não poderia ser dita, porque as palavras que se ensinam seriam como “gaiolas para pássaros engaioláveis” e a ela seria um pássaro que não pode ser engaiolado. Pertenceria à classe de pássaros “que só existem em vôo”, pois engaiolados eles morrem³²⁴.

O que se ensina seriam as coisas externas, como a astronomia, física, química, gramática, anatomia, números, letras, palavras. O que é interno, que “mora dentro do corpo tem de brotar e crescer como uma semente” e depois de crescer não será necessária nenhuma técnica, nenhum estímulo, para que floresça. A solidariedade, como as rosas e os ipês floridos, nascida, floresceria, porém, não por causa de mandamentos éticos ou religiosos, “pois

³²² *Ibidem*.

³²³ ALVES, Rubem. *A Solidariedade é!* 2008. Disponível em: <<http://palavrastodaspalavras.wordpress.com/2008/08/21/a-solidariedade-e-por-rubem-alves/>>. Acesso em 16.11.2009.

³²⁴ *Ibidem*.

acontece como um simples transbordamento”. Sob essa concepção Rubem ALVES a classifica como um sentimento – o sentimento “que nos torna humanos”- do que conclui que “não se pode ordenar: seja solidário!”³²⁵.

Admite-se nesse raciocínio boa parcela de razão. Se considerada a solidariedade em seu aspecto *intrínseco*, como sentimento humano e expressão de generosidade, compassividade, fraternidade e amor ao próximo; se considerada como projeção da tendência humana ao bem, ou comportamento espontâneo de colocar-se a serviço do outro, efetivamente, não cabe ser dita, ensinada ou imposta. Só pode brotar das profundezas da alma, como transbordam as fontes.

Por outro lado, em uma perspectiva mais *objetiva*, a afirmação “não se pode ordenar: seja solidário!” constitui meia verdade. É que, como mencionado, a solidariedade também pavimenta territórios do comportamento humano onde a solicitude e a boa vontade são débeis, onde há maldades, desvios e injustiças. Nessas situações não cabe idealizar a bondade humana, nem esperar sentimento ou comportamento solidário espontâneo, mas apenas, na medida das necessidades e por critérios de razoabilidade, ditar, impor, determinar o comportamento esperado pelo outro, pelo grupo ou pela sociedade.

É neste sentido a proposta da pesquisa: a possibilidade de se levar à prática uma conduta solidária, independente dela existir no coração e na mente humana, e ainda que se depare com resistências, preferências ou interesses pessoais diversos. O que se toma como relevante, nesta perspectiva, é o fato da conduta solidária poder se vincular a um dever jurídico de conduta individual ou social, que, se não observado, poderá desencadear mecanismos de proteção e de coerção pela via regulatória estatal do direito.

3.2.1 Solidariedade social como fundamento da ordem social e jurídica e da cidadania

Analisar a solidariedade social implica ingressar no campo da natureza humana, especialmente na sua natureza social, assim como no campo do agir.

Tomado o radical *in solidum*, trata-se de enxergar a totalidade, ou o grupo como algo sólido; um todo. Neste sentido, solidariedade implica interessar-se pelo que ocorre com os outros e fazer algo por eles. Não se trata apenas de um sentir, mas, especialmente, de um agir,

³²⁵ *Ibidem*.

de uma postura ativa diante de certos fatos e acontecimentos da vida³²⁶. Trata-se de reconhecer na solidariedade uma expressão da consciência de que não se está sozinho, que todos trilham o mesmo caminho e que depende de cada um – e de todos – a constância e a harmonia do caminhar.

A individualidade deve ser sempre considerada “na sua ligação com a vida social, com o outro e com a coletividade”, do que decorrem relações ou laços de reciprocidade, de comunicação e de troca permanentes³²⁷. Encontra-se aí, o estreito vínculo entre aspiração à *liberdade individual* e à *igualdade social* e a evidência de que “não há liberdade sem solidariedade social e não há solidariedade social sem liberdade”³²⁸.

Já se fez referência a que o discurso solidarista possibilitou construções teóricas em vários sentidos. A sociedade tornou-se complexa e aos poucos se despediu das tradicionais práticas sociais, políticas, econômicas, culturais e jurídicas. Estas passaram a impor desafios e exigir soluções adequadas. Emergiu uma nova ética social, a ética da solidariedade, que nasce da igualdade dos homens, da igualdade de suas necessidades e da urgência igual em satisfazê-las e que só ocorre na vida em comum e pela união de esforços. Assumiu-se a solidariedade como o elemento capaz de manter vivo o grupo social.

Matt RIDDLEY, que estudou a solidariedade em uma perspectiva biológica³²⁹, identificou-a como fato social, por não se poder pensar o indivíduo fora da sociedade. Só se concebe o ser humano, afirmou, como pertencente a determinado grupo social e a sociedade, por sua vez, depende da individualidade de cada humano para ser coletividade.

O autor inspirou-se na experiência e obra de Peter Kropotkin, anarquista russo preso em São Petersburgo e que, graças ao esforço conjunto de várias pessoas, amigas ou desconhecidas, conseguira escapar da prisão. A consciência desse esforço e de seu resultado originou uma teoria da evolução humana.

Kropotkin procuraria demonstrar que a vida não é “uma guerra de cada um contra todos”, mas envolveria tanto a cooperação como a competição, não cabendo afirmar que “o egoísmo é uma herança animal e que a moralidade é produto da civilização”. Teria visto na cooperação uma antiga tradição animal – um dom que o homem compartilha com os outros animais – e constatado maior aptidão entre as espécies que não travam constantes guerras³³⁰.

³²⁶ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário...* *Op. cit.*, p. 766.

³²⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 62.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ RIDDLEY, Matt. *As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 12-13.

³³⁰ *Ibidem*.

Seus enunciados se refletiriam, mais tarde, na economia, na política e na biologia. Ele indagaria: “se a vida é uma competição, por que existe tanta cooperação? E por que, em primeiro lugar, as pessoas são cooperadoras tão ávidas? O homem é, por instinto, um animal anti-social ou pró-social?”³³¹.

Com idêntica inspiração Matt RIDDLEY indagou sobre as raízes da sociedade humana. Esta, como havia afirmado o anarquista russo, “funciona não porque a inventamos intencionalmente, mas por ser um produto muito antigo de predisposições que desenvolvemos. Ela está, literalmente, em nossa natureza”³³². A antiga pergunta – como a sociedade se tornou possível? – encontraria resposta na *biologia da evolução*: “a sociedade não é invenção de pensadores”, mas evoluiu “como parte da nossa natureza”, e, como o corpo humano, é “produto dos genes”³³³.

O autor conclui que as mentes humanas “foram formadas por genes egoístas, mas para serem sociais, fidedignas e cooperadoras”, num paradoxo que tenta explicar: os seres humanos têm instintos sociais, vêm ao mundo equipados com predisposição para aprender e cooperar, distinguir o fidedigno do traiçoeiro, ser leais, conquistar boa reputação, trocar produtos e informações e dividir o trabalho”³³⁴. O sucesso humano, como espécie, seria atribuído aos seus instintos sociais. E, longe de ser uma característica universal da vida animal, afirma que “a tendência a cooperar é a marca de qualidade e legitimidade do ser humano, aquilo que nos distingue de outros animais”³³⁵.

Matt RIDDLEY explica, ao final, para se evitarem equívocos, a exemplo de uma possível interpretação determinista de suas idéias, que a nova compreensão “gene-tilitária” dos instintos humanos conduz a um preceito simples: “os seres humanos têm alguns instintos que fomentam o bem comum e outros que favorecem o comportamento egoísta e anti-social”. O que se faz necessário é “planejar uma sociedade que estimule aqueles e desencoraje estes”³³⁶.

Estudos mais recentes de biologia e psicologia também sugerem que a tendência de contribuir para o bem dos outros é inata aos seres humanos, que teriam uma disposição natural para ajudar. Não se pode afirmar, todavia, que essa sociabilidade básica torne as

³³¹ *Idem*, p. 13.

³³² *Ibidem*.

³³³ Para compreender a sociedade, afirma Matt RIDLEY, “devemos olhar dentro do cérebro, para os instintos de criar e explorar vínculos sociais que lá estão”, além de olhar outros animais para ver que a evolução, na essência uma questão de competitividade, às vezes pode dar origem a instintos de cooperação. *Idem*, p. 15.

³³⁴ *Idem*, p. 281.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Idem*, p. 293.

peças boas umas com as outras o tempo todo, pois “a estrutura social exige que algumas coisas sejam feitas para mantê-la, algumas das quais envolvendo atitudes negativas em relação às outras pessoas”³³⁷.

Leon DUGUIT considerou a concepção individualista da sociedade e do direito insustentável. Mencionou que a idéia de um homem natural, isolado, independente é estranha à realidade: “o homem isolado e independente é uma pura ficção; ele nunca existiu. O homem é um ser social; ele não pode viver senão numa sociedade; ele sempre viveu em sociedade”³³⁸. Considerando os elementos constitutivos da coesão social, que residem na solidariedade social, assim definiu a solidariedade:

A solidariedade social, ou melhor, a interdependência social tal como eu a compreendo, tal como eu a creio, deve compreender-se cientificamente, não é um sentimento, ainda menos uma doutrina; não é sequer um princípio de ação. Ela é um fato de ordem real suscetível de constatação direta: ela é o fato da estrutura social por ela mesma³³⁹.

O autor tomou como incontestável, na esteira da conclusão aristotélica, que o homem vive, sempre viveu e só pode viver em sociedade com seus semelhantes e que “a sociedade humana é um fato primário e natural, e não o produto de uma vontade humana. Todo homem fez, faz e fará sempre parte de um agrupamento humano, embora, ao mesmo tempo, sempre tenha adquirido consciência de sua individualidade. O homem entende-se como pessoa individual, possui necessidades, tendências e aspirações próprias; por outro lado, compreende que elas não podem ser satisfeitas ou realizadas a não ser pela vida em comum com os outros. Seria a consciência humana, mais ou menos clara, “de sua *sociabilidade*, isto é, da dependência de um grupo humano e da sua *individualidade*”³⁴⁰.

Os laços que os grupos humanos, ou grupos sociais criam entre eles constituem a solidariedade social ou *interdependência social*³⁴¹. Esta abrangeria toda a humanidade,

³³⁷ Entre os estudos atuais encontra-se o de Michael Tomasello, psicólogo de desenvolvimento e co-diretor do Instituto Max Planck de Antropologia Evolucionária, em Leipzig, na Alemanha, com a obra *Why we Cooperate* e o de Frans Waal, primatologista, com a obra *The Age of Empathy*. JORNAL GAZETA DO POVO. *A disposição para ajudar*. Caderno de Ciência. Comportamento. Curitiba, 12 de dezembro de 2009, p. 24.

³³⁸ DUGUIT, Leon. *Les transformations générales du droit privé depuis de le Code Napoleon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, p. 18. Tradução livre. Texto original: *L'homme isolé et indépendant est une pure fiction; il n'a jamais existé. L'homme est un être social; il ne peut vivre qu'en société; il a toujours vécu en société*.

³³⁹ *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: *La solidarité sociale ou plutôt l'interdépendance sociale telle que je la comprends, telle que, je crois, on doit la comprendre scientifiquement, n'est pas un sentiment, encore moins une doctrine; elle n'est pas même un principe d'action. Elle est un fait d'ordre réel susceptible de constatation directe: elle est le fait de la structure sociale elle-même*.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Para evitar a expressão solidariedade social, que havia conquistado o descrédito dos políticos, o autor propôs também o termo interdependência social. *Idem*, p. 20.

embora tais laços ainda sejam fracos e incertos porque a humanidade está dividida em grupos mais ou menos extensos e “o homem só se concebe como verdadeiramente solidário daqueles homens que pertencem ao seu grupo”. Na perspectiva do autor, chegará o dia em que a solidariedade humana será capaz de absorver as solidariedades locais, regionais ou nacionais e o homem se considerará cidadão do mundo, mesmo que se considere mais particularmente solidário como os membros de determinado grupo³⁴².

Não obstante as numerosas e diferentes formas sociais e os laços de solidariedade instituídos no curso da história podem-se identificar na solidariedade social alguns elementos essenciais. Os homens do mesmo grupo social são solidários uns com os outros, primeiro, porque “têm necessidades comuns que só podem garantir satisfação pela vida em comum”; e segundo, porque têm “necessidades e aptidões diferentes e asseguram a satisfação das suas necessidades diferentes pela troca de serviços recíprocos, devidos ao desenvolvimento e emprego das suas diferentes aptidões”³⁴³.

As formas de solidariedade podem exprimir-se de maneiras diversas, condicionadas a variantes de espaço e de tempo e uma pode, inclusive, predominar sobre a outra. Porém, a força que mantém a coesão dessa sociedade seria “sempre a solidariedade, por similitude ou por divisão do trabalho”³⁴⁴. Por esse raciocínio a sociedade será mais ou menos forte na medida em que forem mais estreitos ou não os laços de solidariedade que unirem os seus membros. O fato dos homens tornarem-se diferentes uns dos outros, por suas aptidões, necessidades e aspirações, faz com que “as trocas de serviços tornem-se mais freqüentes e mais complexas, e por isso, os laços de solidariedade social se tornam mais fortes”³⁴⁵.

A defesa da solidariedade social como fundamento da ordem social e jurídica é clara na obra de DUGUIT. O homem vive em sociedade e esta só pode sobreviver com base na solidariedade, porém, mediante uma regra básica de conduta: não fazer nada que contrarie a solidariedade em qualquer de suas formas, e fazer todo o possível para consolidar e fomentar a solidariedade social mecânica ou orgânica. A solidariedade, nessa perspectiva, é um fato, sem ser, em si mesma uma regra de conduta. Os homens seriam solidários uns aos outros por suas necessidades comuns, que só podem ser satisfeitas em comum e por suas atitudes diferentes, que só por uma troca mútua de serviços podem ser aperfeiçoadas³⁴⁶.

³⁴² *Idem*, p. 20-21.

³⁴³ *Idem*, p. 21.

³⁴⁴ *Idem*, p. 22.

³⁴⁵ *Idem*, p. 21-22.

³⁴⁶ *Ibidem*.

Com essas ideias objetivou-se inovar a sociedade, que seria construída sobre um *quase-contrato*, já que todos os seus membros nascem como devedores da associação humana. A sociedade nunca será suficientemente social: cada indivíduo está sujeito à relação com o outro e está comprometido com a efetivação do bem-estar de si mesmo e com o bem-estar do outro”³⁴⁷, reservando-se ao Estado um papel de coordenação.

A solidariedade tem laços muito próximos, também, com a construção da cidadania. Ser cidadão implica capacidade de defender interesses e direitos próprios, mas não apenas a eles, pois leva a atuar contra injustiças que recaem sobre os outros. Neste sentido, a solidariedade social torna o grupo sólido, capaz de resistir às forças exteriores e a ameaças que impeçam ou dificultem o pleno exercício da cidadania.

Em uma perspectiva socializante de cidadania, duas ideias básicas se articulam no ambiente social e especialmente no ambiente jurídico: a justiça, como instrumento contra as desigualdades próprias da vida em sociedade; e a solidariedade, como forma de auxílio aos que apresentam dificuldade em galgar espaço e posição que lhes vem sendo negados pela estrutura social. Gravita em torno dessas idéias, além do conceito fundamental de *justiça social*, outro que lhe é comum, em todos os sistemas jurídicos: o de *Direitos humanos*³⁴⁸.

Uma ordem social equilibrada exige políticas públicas sustentadas por programas de desenvolvimento econômico e social definidos, em que prevaleçam os Direitos humanos, o primado do trabalho e a solidariedade social³⁴⁹. As carências humanas individuais e sociais, nos países de tendência democrática vêm sendo atendidas, primeiro, pela inserção, nos textos constitucionais modernos, de um rol de direitos humanos voltados a corrigir falhas e omissões acumuladas na trajetória político-social dos povos. Os Direitos humanos constitucionalizados, notadamente os sociais, seriam o retrato de uma nova arquitetura social, voltada à eliminação de desigualdades e injustiças, em que o Estado Social projeta-se como a fórmula possível a alguns dos problemas gerados pelo liberalismo econômico.

Os Direitos humanos sociais encontraram expressão máxima na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948. O texto revelou o consenso de seus signatários sobre pontos comuns à convivência humana, embora a cultura jurídica dominante à época,

³⁴⁷ WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da idéia de solidariedade. Artigo. **In:** *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11, n. 1, jan/jun, 2008. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/viewArticle/4757>>. Acesso em 27.11.2009.

³⁴⁸ BALERA, Wagner. Direitos de solidariedade configuram cidadania mundial? **In:** *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, out., 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-12/direitos_solidariedade_configuram_cidadania_mundial>. Acesso em 27.11.2009.

³⁴⁹ *Ibidem*.

ainda permeada pelo formalismo, tenha levado à adoção de dois Pactos internacionais para concretizar aquele ideário, o que implicou uma espécie de divisão dos Direitos humanos³⁵⁰.

Como se fez referência, o conceito tradicional de justiça contempla a diretriz de dar a cada qual o que lhe é devido; é a expressão da justiça comutativa, que toma como pressuposto a igualdade e, assim, a igual distribuição entre os homens. Mencionou-se, também, a justiça distributiva, e seu postulado de realizar a igualdade entre os homens pela consideração de seus respectivos méritos. Ambas são fruto de uma concepção individualista da sociedade.

O pensamento social da Igreja viria contribuir de forma substancial para o rompimento dessa dicotomia, ao referir-se à justiça social³⁵¹.

Se a justiça comutativa e a justiça distributiva se afinam com o direito individual, a justiça social volta-se ao coletivo, às suas funções e responsabilidades na sociedade, à busca do bem de toda a comunidade. A comunhão de esforços suplanta posturas egoístas, porque o pleno desenvolvimento da personalidade humana na sociedade só pode ser alcançado pela reunião de esforços, pela integração de todos.

O novo ambiente de justiça exige, por sua vez, um novo passo: “para além da dimensão da justiça, o que se espera é a modificação das atitudes, dos comportamentos”³⁵². Espera-se solidariedade, e esta impõe atitudes de apoio, de atenção e de cuidados para com os outros. Tais atitudes costumam surgir quase espontaneamente em grandes catástrofes, por exemplo, mas podem esgotar-se em situações tópicas, sem modificação nos comportamentos e nas estruturas.

³⁵⁰ De um lado, *direitos civis e políticos*, ou direitos das liberdades, que estabelecem garantias ao cidadão comum diante do Estado, para limitação de poder deste, e que surgiram como desmembramento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produto da Revolução francesa. De outro, *direitos econômicos, sociais e culturais*, nascidos da exigência histórica de trabalhadores, que, mesmo participando da construção do patrimônio nacional acumulado ao longo do tempo, não tinham acesso à sua parte desse patrimônio; estes resultam do documento de Leão XIII, sobre a condição dos operários, de 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*. *Ibidem*.

³⁵¹ O Papa Pio XI assinalaria: “Existe, realmente, além da justiça comutativa, a justiça social, que impõe deveres, a que se não podem subtrair nem patrões nem operários. Compete-lhe propriamente exigir de cada um tudo quanto é necessário para o bem geral. Mas, como, em relação ao organismo do vivente, não se provê ao todo, se a cada uma das partes e a cada membro não se der quanto lhes é necessário ao exercício de suas funções, assim também não se pode prover acerca do organismo social e do bem de toda a sociedade, se a cada uma das partes e a cada membro que são homens que possuem a dignidade de pessoas, não se der tudo aquilo que lhes é necessário para exercer as próprias funções sociais. Praticada também a justiça social, dela resultará, na tranqüilidade e na ordem, intensa atividade de toda a vida econômica, mostrando que o corpo social está são, como acontece no corpo humano, cuja saúde se reconhece na imperturbável e ao mesmo tempo plena e benéfica energia de todo o organismo”. IGREJA CATÓLICA. Papa (1922-1939: Pio XI). *Carta Encíclica Divini Redemptoris*. Sobre o comunismo ateu. Da justiça social, ponto 51. Roma, Vaticano, 19 de março de 1937. Disponível em: <<http://permanencia.org.br/revista/politica/comunismo/Divini%20Redemptoris.pdf>>. Acesso em 02.12.2009.

³⁵² *Ibidem*.

A solidariedade social que hoje se propugna refere-se a um compromisso geral de apoio mútuo, capaz de reduzir as desigualdades sociais e individuais pelo equilíbrio entre as estruturas sociais e econômicas dos povos, com o fim de obter mais justiça ao maior número de pessoas possível. Tal compromisso não pode ser unilateral, atribuível apenas ao Estado, mas a toda a sociedade, como já havia proclamado a França na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1793: “os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”³⁵³.

Viria também da França a proposta de solução ao dilema público/privado, quando lá se adotou como política, em 1902: “a República deve instituir um serviço público de solidariedade social”³⁵⁴. A solidariedade refletiu-se principalmente na idéia de que, por não ser a saúde humana um negócio, dever-se-ia rejeitar toda discriminação e seleção de riscos financeiros e assegurar igualdade de tratamento a todos os aderentes. Despontavam as bases para a superação da etapa individualista, o que, em boa medida, se concretizaria com o surgimento dos Direitos sociais.

O Direito social, na expressão de Georges GURVICH é um direito comunitário, que “faz o todo participar, de uma maneira imediata, da relação jurídica decorrente, sem transformar esse ‘todo’ em um sujeito descolado de seus membros”³⁵⁵. Os Direitos sociais – comunitários ou de comunhão – marcados pelo ideal de solidariedade, foram concebidos “à família, à classe trabalhadora, às sociedades de ajuda mútua” e constituíram o embrião do abrangente projeto de seguridade social da atualidade. Na perspectiva de classificação dos Direitos humanos em gerações, situam-se na sua segunda geração.

Os direitos de solidariedade ou de fraternidade relacionam-se com as excepcionais mudanças após a Segunda Guerra mundial. Lembra-se, neste ponto, que “consolidados os direitos individuais e definidos os direitos sociais, cumpria à sociedade humana encontrar o ideal comum de convivência”³⁵⁶. Daí surgiria o direito à paz, pressuposto para o exercício dos demais direitos humanos, como assinala a Encíclica *Pacem in Terris*³⁵⁷; o direito ao

³⁵³ FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão*. Item XXI. *Op. cit.* Acesso em 02.12.2009.

³⁵⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.* p. 185.

³⁵⁵ GURVITCH, Georges. *L’Idée du Droit Social: notion et système du droit social*. Histoire doctrinale depuis le XVIIème siècle jusqu’à la fin du XIXème siècle. Paris: Recueil Sirey, 1932, p. 15-16. **Apud:** BALERA, Wagner. *Op. cit.* Acesso em 28.11.2009.

³⁵⁶ BALERA, Wagner. *Op. cit.* Acesso em 28.11.2009.

³⁵⁷ IGREJA CATÓLICA. Papa (1958-1963: João XXIII). *Carta Encíclica Pacem in Terris*: a paz de todos os povos, na base da verdade, justiça caridade e liberdade. Roma, Vaticano, 11 de abril de 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em 03.12.2009.

desenvolvimento, ou, como na Encíclica *Populorum Progressio*³⁵⁸, a comum aspiração de todos a um progresso econômico e social eqüitativo, que implique melhores condições a todos os homens. Os direitos de solidariedade inspiraram, também, o uso do patrimônio comum da humanidade sob novas bases de convivência mundial, o que envolve uso moderado e adequado dos recursos naturais, que devem servir a todos.

A solidariedade social implica, como se mencionou, a construção da cidadania. Pode-se cogitar, inclusive, de uma *cidadania mundial*, como referido na Mensagem para o Dia Mundial da Paz de 2005, a derradeira mensagem proferida pelo Papa João Paulo II, em 08 de dezembro de 2004³⁵⁹.

Como proclamaria o Sumo Pontífice, o bem comum exige respeito e promoção da pessoa e de seus direitos fundamentais, assim como o respeito e a promoção dos direitos da nação em uma perspectiva universal. O Concílio Vaticano II, em 1961 já traria à lembrança que a interdependência, cada vez mais estreita e extensiva a todo o mundo, faz com que o bem comum se torne cada vez mais universal e implique direitos e deveres, que dizem respeito a todo o gênero humano³⁶⁰.

O sentimento de unidade, que vem da sensação de interdependência e que conduz à consciência de uma origem comum determinaria os diversos tipos de agrupamentos humanos e a necessidade de se instituir a sua ordem interna, do que surgiram as primeiras formas de direito. Essa compreensão tornou evidente que o ponto de partida de qualquer análise no campo das ciências sociais é o conceito de sociedade humana, e que toda ordem jurídica, desde suas fases iniciais consiste, como assinalou Eugen EHRLICH, “na ordem interna das associações humanas, entre as quais também está o Estado”³⁶¹.

³⁵⁸ IGREJA CATÓLICA. Papa (1963-1978: Paulo VI). *Carta Encíclica Populorum Progressio*. Sobre o desenvolvimento dos povos. Roma, Vaticano, 26 de março de 1967. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html>. Acesso em 03.12.2009.

³⁵⁹ “O fato de pertencer à família humana confere a cada pessoa uma espécie de *cidadania mundial*, tornando-a titular de direitos e de deveres, visto que os homens estão unidos por uma *comunhão de origem e de supremo destino*. Basta que uma criança seja concebida para que se torne titular de direitos, mereça atenção e cuidados e alguém tenha o dever de lhes providenciar. A condenação do racismo, a tutela das minorias, a assistência aos prófugos e refugiados, a mobilização da solidariedade internacional em favor de todos os necessitados não passam de aplicações coerentes do princípio da *cidadania mundial*”. IGREJA CATÓLICA. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Mensagem para a celebração do XXXVIII Dia Mundial da Paz*. Roma, Vaticano, 08 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20041216_xxxviii-world-day-for-peace_po.html>. Acesso em 02.12.2009.

³⁶⁰ IGREJA CATÓLICA. Concílio Vaticano II. Roma, Vaticano, 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_po.htm>. Acesso em 02.12.2009.

³⁶¹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de: René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986, p. 27-31.

A defesa de que o ponto fundamental do Direito estaria na sociedade e não nas leis ou na jurisprudência tornou necessária a aproximação entre Sociologia e Direito. Passou-se a exigir uma análise sociológica do Direito, capaz de comparar as prescrições jurídicas com a realidade para identificar as determinações sociais – ao lado das históricas e econômicas – dos diferentes aspectos da vida e das necessidades a serem juridicamente prescritos.

3.2.2 Aproximação entre Sociologia e Direito: o fato social como referência jurídica

Já se observou que no fim do século XIX e início do século XX a metodologia do Direito sofreu mudanças, determinadas “por uma nova atitude que procurava incorporar o fato social à racionalidade jurídica”³⁶². O fato social tornou-se referência aos juristas, que procuraram introduzir um método objetivo na análise do Direito. Assim, a “manifestação de rebeldia de alguns juristas contra o formalismo jurídico, contra o ‘fetichismo da lei’ passava obrigatoriamente pela articulação entre o fato e o direito”³⁶³. Quando este se viu analisado a partir da sociedade, tornou-se necessária a criação da Sociologia jurídica³⁶⁴, o que se verificou no século XX.

A Sociologia do direito no início do século XX apresentou-se como uma disciplina teórica, próxima à teoria geral e à Filosofia do direito e pouco interessada em pesquisas empíricas³⁶⁵. Por influência norte-americana transformou-se, na década de 1960 em uma disciplina preocupada com pesquisas empíricas e, em meados dos anos 70, ressurgiria com interesse teórico. Atualmente, estaria a manter certo equilíbrio entre pesquisas empíricas, sobre temas específicos e estudos teóricos e sobre problemas gerais, entre os quais a função do direito na sociedade.

³⁶² FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 84.

³⁶³ *Idem*, p. 85.

³⁶⁴ A Sociologia do direito afirmou-se com caráter próprio nos anos que imediatamente precederam a Primeira e a Segunda Guerra mundial e aqueles imediatamente seguintes à Segunda. *Op. cit.*, p. 754-755.

³⁶⁵ No período foram relevantes as obras de Eugen Ehrlich, Max Weber, Nicholas Timacheff, Georges Gurvich e Theodor Geiger. É possível considerar, também, que o jusnaturalismo racionalista, desde Hugo Grocio, inspirou a análise sociológica do direito, embora esta perspectiva tenha despontado com Giambattista Vico, quando este se interessou pela especificidade das ciências sociais e dedicou-se a estudar o desenvolvimento da história do direito. CARRIELO, Bruno Vigneron; GODOY, Maximiliano Vieira Franco de; PEDRETE, Leonardo do Amaral. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. **In:** *Revista Habitus – IFCS/UFRJ*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 3, 2004. Disponível em: <www.ifcs.ufrj.br/~habitus/pdf/2brunomaxleo.pdf>. Acesso em 20.11.2009.

Disputam a condição de precursores da Sociologia do direito vários pensadores notáveis, a exemplo de Karl Marx, Émile Durkheim e Max Webber³⁶⁶.

Embora Karl MARX não tenha abordado especificamente o Direito, sua obra contribuiu significativamente para a Sociologia do direito. A teoria do conflito, que desenvolveu em torno das relações entre direito, estado, economia e sociedade e o seu materialismo histórico permearam a criação de sua teoria social. A infra-estrutura social conflituosa que detectou no modo de produção capitalista – classe dominante, detentora dos meios de produção, que impõe seus interesses econômicos sobre a classe proletária – geraria uma superestrutura jurídica e estatal “a fim de manter a dominação de classes”. Como variáveis que dependem da estrutura econômica e da relação de dominação, surgiriam o direito e o Estado “como instrumento de coerção da classe dominante, servindo à imposição de sua ideologia”³⁶⁷.

Émile DURKHEIM refletiu sobre a estreita relação entre o direito e a sociedade. Problematizou a manutenção da ordem social e propôs como solução o reconhecimento da existência, na sociedade, de um conjunto de normas (direito) que regula a ação dos indivíduos. Sua teoria do controle social se baseou no consenso dos indivíduos a respeito do direito – símbolo da coesão social – quando identificou dois tipos de estrutura social, a que corresponderiam dois tipos de direito. Essas, como se abordou, caracterizar-se-iam pela solidariedade mecânica (mais primitiva, envolve interesses e valores compartilhados pelos membros da sociedade e não distingue o direito da moral), e pela solidariedade orgânica (caracterizada pela definição de funções entre os diversos grupos sociais, o que resulta em uma estrutura social diferenciada). A passagem de um tipo social a outro ocorreria pelo aumento na divisão do trabalho social, quando, então, o direito repressivo dá lugar ao direito restitutivo, como se verifica nas obras *Da Divisão do Trabalho Social* e *As Regras do Método Sociológico*.

Max WEBBER, por sua vez, desenvolveu uma Sociologia do direito de caráter histórico. Apresentou paradigmas epistemológicos às divergências de métodos entre a dogmática jurídica e a Sociologia do direito e distinguiu entre o método sociológico (que busca saber o comportamento dos membros de um grupo em relação à ordem jurídica) e o

³⁶⁶ Além dos mencionados, aponta-se: Hobbes, Locke e Rousseau; Montesquieu; J. Bentham, como representante do utilitarismo inglês; Savigny, como representante da Escola histórica do direito, e mais recentemente, Hauriou, Duguit e Ehrlich.

³⁶⁷ Podem-se considerar como obras referenciais nesses temas, entre outras: *Manuscritos Econômico-filosóficos* (1844), *O Manifesto do partido Comunista* (1848), *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte* (1852) e *O Capital* (1867, primeiro volume).

método jurídico-dogmático (que visa estabelecer a coerência lógica das propostas jurídicas). Sustentou que essas perspectivas estão em planos distintos: uma no plano do que *é* (sociológico) e outra no plano do *dever-ser* (jurídico). Realçou o método sociológico para análise da ciência jurídica, que pode se relacionar de forma complementar com o método dogmático-jurídico, com o uso de tipos ideais e da antítese formal/material³⁶⁸.

Faz-se referência especial, também, a Eugen Ehrlich, Leon Duguit e Maurice Hauriou, com quem o eixo fundamental da análise do direito deslocou-se para a sociedade³⁶⁹, ou seja, o direito passou a ser compreendido a partir da sociedade.

Eugen EHRLICH identificou essa experiência como *direito vivo*. Como esclareceu: “também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental do desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade”³⁷⁰. O direito vivo, real ou livre seria o que regula a vida social de modo espontâneo, e, portanto, não está apreendido pela dogmática jurídica. Apesar de não fixado em prescrições jurídicas ele dominaria a vida e seria encontrado em várias fontes, especialmente documentos. A análise sociológica do Direito, assim, “terá de comparar com a realidade não só as prescrições jurídicas, mas também os documentos; ela também neste particular terá de distinguir entre direito vigente e direito vivo”³⁷¹.

O autor demonstrou que as prescrições jurídicas não podem conter todo o Direito. As relações jurídicas com que lidam os códigos “são tão inigualavelmente mais ricas, complexas e cambiantes do que antes, que a própria idéia de esgotá-las num código seria uma monstruosidade”³⁷². O Movimento do Direito Livre³⁷³, que contou com sua influência, incidiria em outro paradigma, o do pluralismo jurídico, porque ampliou o conceito de

³⁶⁸ Merece destaque um de seus trabalhos mais conhecidos: *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*.

³⁶⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 85.

³⁷⁰ EHRLICH, Eugen. *Op. cit.* Prefácio, p. 7.

³⁷¹ O autor esclarece que “direito vigente (norma de decisão) parece ser o conteúdo decisivo do documento, pois em caso de processo é ele que conta; mas ele só é direito vivo na medida em que as partes o observam, mesmo que não pensem em processo”. EHRLICH, Eugen. *Op. cit.*, p. 381.

³⁷² O autor assim completou sua idéia: “querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se, além disso, se levar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia está sendo mais superada, então deve-se reconhecer o imenso campo de trabalho, praticamente virgem, que aqui se abre ao pesquisador de direito”. *Idem*, p. 374.

³⁷³ O Movimento do Direito Livre defendia uma nova ciência jurídica, sociológica e empírica, assentada na crítica ao formalismo, ao legalismo e ao idealismo da jurisprudência dos conceitos, por parte da jurisprudência dos interesses. Teve como características: concepção sociológica das fontes formais de produção do direito; desvalorização científica da dogmática jurídica e sua substituição pela sociologia do direito; reconhecimento de lacunas em qualquer sistema jurídico e a função judiciária como criadora do direito. CARIELLO, Bruno Vigneron; GODOY, Maximiliano Vieira Fanco de; PEDRETE, Leonardo Amaral. *Op. cit.*, p. 5. Acesso em 20.11.2009.

juridicidade para admitir diferentes sistemas jurídicos que coexistem e são independentes em relação ao direito estatal, paradigma que será abordado oportunamente.

Em defesa da aproximação entre Direito e Sociologia, Leon DUGUIT insistiria sobre o duplo papel da Faculdade de Direito – intelectual e científico – e sua designação como “Faculdade de Ciências Sociais”. Na segunda fase de sua obra recorreria à sociologia de Durkheim “para renovar a análise jurídica, notadamente o conceito de ‘solidariedade social’”³⁷⁴. Propôs considerar o Direito como produto natural do desenvolvimento da sociedade, de forma que o direito estatal somente reconheceria e institucionalizaria as regras da vida social.

Maurice HAURIOU também afirmaria: “um pouco de sociologia afasta o jurista do direito e muita sociologia o aproxima do direito (...); os fenômenos jurídicos são fatos sociais a mesmo título que os fenômenos econômicos ou políticos”. Defendeu, por fim, que os jurisconsultos devem ser “ao mesmo tempo sociólogos e inversamente”³⁷⁵.

Com essas influências, conceitos diversos passariam a ser utilizados na análise jurídica. Entre esses vários conceitos encontram-se os de sistema, ação, conflito, equilíbrio. Esses precursores compreenderam que “para tratar, simultaneamente um conjunto de variáveis interdependentes, era preciso estabelecer uma ligação entre elas, exprimindo as relações de interdependência através de um sistema jurídico formado por equilíbrios sociológicos e por jogos de solidariedade”³⁷⁶.

Não há grandes discussões, na atualidade, de que as prescrições jurídicas e as decisões judiciais não oferecem um quadro completo da realidade da vida e das condições que as determinam, dadas as suas infinitas variantes. Este quadro leva a sustentar, como fez Eugen EHRLICH³⁷⁷, que para um conhecimento real da situação jurídica deve-se investigar tanto as realizações da sociedade, como o direito estatal e as reais influências sobre o direito da sociedade, o que exige abertura a infinitas possibilidades, em termos de experiências e métodos de investigação.

³⁷⁴ DUGUIT, Leon. *Le droit constitutionnel et la sociologie*. Paris: Armand Colin et Cie. Éditeurs, 1889, p. 4.
Apud: FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 86.

³⁷⁵ HAURIOU, Maurice. *Les facultés de Droit et la sociologie*. Paris: E. Thorin et Fils Éditeurs, 1893, p. 3-4.
Apud: FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 88.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ EHRLICH, Eugen. *Op. cit.*, p. 386.

3.2.3 Discurso jurídico solidarista e os sistemas teóricos do século XIX e XX

Afirma-se que o discurso solidarista está na base da construção da contemporaneidade, embora tenha sido, em grande medida, ignorado pelo homem contemporâneo³⁷⁸.

Filósofos, sociólogos e juristas do final do século XIX e início do século XX vislumbraram algo capaz de suplantar os valores disseminados pela então sociedade individualista: “a possibilidade de uma sociedade solidária baseada numa democracia social e pluralista, cuja força motora estivesse, ao mesmo tempo, no pluralismo da vida social e em políticas públicas efetivadas por um Estado socialmente ativo”³⁷⁹.

Tal forma de sociedade sugere uma racionalidade calcada em rupturas e transformações. Rupturas, porque o discurso solidarista opôs-se ao imaginário jurídico-político liberal, quando defendeu a atuação intervencionista do Estado e seu papel como agente da solidariedade social. E, transformações, diante do estímulo a novas práticas sociais e nova maneira de conceber o Direito e o Estado. A conjuntura epistemológica específica daquele ambiente europeu designa o direito de solidariedade, considerado um dos aspectos da cultura jurídica ocidental contemporânea³⁸⁰.

O direito de solidariedade, no sentido que lhe atribuiu José Fernando de Castro FARIAS expressa “uma positividade *sui generis* mais complexa, mais flexível, de uma maior mobilidade, a fim de garantir a governabilidade da sociedade contemporânea”. Expressa “uma forma *sui generis* de *epistème* (ciência, saber) sobre o direito”; é um paradigma jurídico e uma regra de juízo para as práticas jurídicas:

O direito de solidariedade é um conjunto de práticas jurídicas vistas como espaço fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual se procura fazer a articulação entre o direito e o social sem nenhuma relação de causalidade ou de reflexo. Busca-se uma perspectiva de imanência e de estratégia cognitiva capaz de permitir a superação das clivagens cristalizadas no direito (como aquelas entre sujeito e objeto, romantismo e sociologismo, público e privado, coletivo e individual, ordem e desordem), para adotar-se uma relação de complexidade, de complementaridade e de comunicação³⁸¹.

³⁷⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 3.

³⁷⁹ *Idem*, p. 3-4.

³⁸⁰ *Idem*, p. 4-5.

³⁸¹ *Idem*, p. 5.

A racionalidade jurídica a que se liga esse direito indica uma maneira específica de produzir e articular normas e de pensar a relação entre o fato e o direito, o critério de juridicidade e de legitimidade, entre outros aspectos.

Na arqueologia que propõe do direito de solidariedade³⁸² o autor faz referências a *epistème*, descontinuidade, prática discursiva, paradigma. Aponta, em termos de pensamento jurídico geral, três *epistèmes*: o direito clássico (composto pelo pensamento grego e pelo direito romano); o direito moderno (constituído, notadamente, nos séculos XVII e XVIII, a que corresponderia o individualismo jurídico); e o direito contemporâneo ou direito pós-moderno (constituído no fim do século XIX e início do século XX). Neste último insere o direito de solidariedade.

A história do saber jurídico, como a história geral da humanidade não é linear; é feita por descontinuidades e rupturas, epistemológica ou historicamente. Neste sentido, o direito de solidariedade estaria em ruptura ou em descontinuidade com os enunciados do Direito clássico e do Direito moderno.

Já se mencionou que a descoberta do espaço social e as conquistas no campo das ciências sociais e naturais contribuíram para evidenciar ainda mais o anacronismo e o isolamento das teorias tradicionais do Direito. O pensamento solidarista percebeu essas mudanças e os limites do conhecimento jurídico tradicional para atender os novos dados da vida social. Quando se reconheceu que era necessário reformular o saber jurídico para adaptá-lo às mudanças, deu-se um primeiro passo: “libertá-lo da dogmática exegetica que o fechava numa visão unitária e formal do imaginário da lei”. Pode, assim, assumir uma forma polêmica, “de liberdade acadêmica e de pluralidade doutrinal, com a pretensão de aplicar um método científico, a fim de assegurar à experiência jurídica uma dimensão supostamente explicativa e realista”³⁸³.

No Estado burguês do século XVIII o Direito se identificava com a lei e a justiça oficial atuava como única instância de resolução de conflitos. Fazia-se presente o que se pode denominar de *estadualismo*³⁸⁴, que no Direito, contribuiu para abrigar o legalismo e o

³⁸² Uma prática é indissociável do tipo de racionalidade pela qual ela se reflete, se ordena e se finaliza, o que inclui a prática jurídica. A arqueologia do direito procura estabelecer as regras que determinam a sua função enunciativa, levando a uma reflexão sobre as condições nas quais aparece e se desenvolve o saber jurídico, enfim, a história da cultura jurídica. *Idem*, p. 10-12.

³⁸³ *Idem*, p. 89-90.

³⁸⁴ Utilizou-se o vocábulo, segundo os autores, “para não cair no terreno reducionista do estatismo, embora a idéia de base seja, no fundamental, a mesma, relativa ao *público estatal*”. BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. **In:** RAMOS, Carmem Lucia Silveira [*et. al.*]

positivismo, sendo captado, também, pelo campo político. Historiador e jurista conduziam-se por algumas orientações basilares de pesquisa, como a neutralidade objetiva e a hermenêutica exegetica³⁸⁵.

O *estadualismo* no Direito revelou-se em algumas escolas jurídicas do século XIX, em especial na do chamado *legalismo*. A redução do Direito à lei sintetizou as tendências simultâneas “à suposta neutralidade, abstração e a virtualidade na compreensão dos sujeitos, das coisas e das relações jurídicas, direito e lei, o posto e o positivado”³⁸⁶. O movimento de codificação que iniciou com o Código Napoleônico, em 1804, sob essa inspiração e se espalhou a outros sistemas jurídicos só teria sua importância relativizada com as primeiras manifestações doutrinárias ligadas à Escola histórica ou Escola romanista e costumeira. Juristas a ela ligados já não aceitavam que a lei fosse considerada fonte exclusiva e sugeriam que os códigos e outras leis fossem explicados com o auxílio do Direito romano e do Direito costumeiro francês.

Nesse ambiente polêmico do saber jurídico é que se delinearam, ao final do século XIX, os esforços de alguns juristas que procuravam superar as contradições do discurso jurídico. Tratava-se de verdadeira mudança estrutural da esfera pública, o que corresponderia “ao nascimento de uma nova positividade político-jurídica: a do Estado de solidariedade”³⁸⁷.

O ambiente era de renovação da ciência jurídica, propício ao surgimento de um novo saber e a uma ruptura real com a forma de análise e interpretação do Direito. O programa do direito de solidariedade significou, justamente, essa mudança real, por sua oposição ao formalismo e ao dogmatismo que tinham absorvido a maioria dos juristas.

Rudolf Von IHERING, nesse ambiente, advertiria que “o direito não é uma simples idéia, é uma força viva” e que a sua construção “é um trabalho sem tréguas, não só do Poder Público, mas de toda a população”³⁸⁸. O Direito não poderia ser compreendido como algo estático, mas como “o espetáculo de um esforço e de uma luta incessante” e “qualquer pessoa

(Org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50-51.

³⁸⁵ A Escola da Exegese marcou o momento máximo de primazia da lei em vários sistemas, inclusive no Brasil. Se o direito identifica-se com a lei, ou seja, com a expressão geral e abstrata dos governantes, não há valor jurídico superior à lei e os momentos da vida jurídica reduzem-se à sua mera aplicação aos fatos, não se reconhecendo qualquer legitimidade criadora ou inovadora. *Idem*, p. 52; 58.

³⁸⁶ *Idem*, p. 55.

³⁸⁷ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 91.

³⁸⁸ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 27.

que se veja na contingência de ter de sustentar seu direito participa dessa tarefa de âmbito nacional e contribui para a realização da idéia do direito”³⁸⁹.

Maurice HAURIOU insistia no fato de que todo o direito não se encerra na legalidade:

a lei escrita domina, controla e limita o juiz; por consequência, ela restringe a jurisprudência discricionária. Contudo, em retorno, para ser aplicada, a lei precisa da jurisprudência do juiz (...); ela estará então, ela mesma, numa certa medida, sob o domínio do juiz. Assim, se limitando e se controlando um ao outro, a lei escrita e o juiz encontram o exato ajustamento do racional e do real (...); a lei não é tudo no direito; ela é apenas um dos fatores de equilíbrio do direito³⁹⁰.

O autor insistia em denunciar, também, que a regra de direito havia tomado o lugar “da pessoa jurídica, negada e rejeitada como conceito sem valor, não somente no que tange às instituições corporativas, mas até no que tange aos indivíduos”. Considerava ele que, no evoluir dessa polêmica “toda virtude jurídica foi concentrada na regra de direito” e que “os atos dos homens só puderam produzir efeito de direito por meio de sua conformidade com a regra”, o que seria inaceitável³⁹¹.

Combatia-se a Escola da Exegese por sua tentativa de construir um discurso científico do direito, o que levou alguns juristas a estabelecer duas formas de procedimentos no interior da experiência jurídica: “o da *ciência* e o da *técnica*”³⁹². Essa análise propiciou a que se buscasse uma forma de “dizer o direito” de maneira mais ativa, o que resultou em “um entrecruzamento das respectivas tarefas do legislador e do jurista”³⁹³, porém, sem se cogitar de confusão entre as suas distintas atividades.

Maurice HAURIOU enfatizava que “enquanto criador de construções de ordem social e de justiça o direito é uma arte”, que seria rebaixar o direito reduzi-lo a uma técnica e que o jurisconsulto não deveria ser confundido com o prático, pois o direito não é uma prática³⁹⁴.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ HAURIOU, Maurice. *Leçons sur le Mouvement Social*, p. 139-140 ; 161. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *Ibidem*.

³⁹¹ HAURIOU, Maurice. *Teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução de: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 12-16.

³⁹² François GÉNY esclareceu que o procedimento *científico* relaciona-se com a constatação dos dados e dos fatos e o procedimento *técnico* “a uma idéia de profissão, de técnicas aplicadas, de esforço profissional”. (GÉNY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Parte I. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 95-99. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 96-98).

³⁹³ *Idem*, p. 98.

³⁹⁴ HAURIOU, Maurice. *Police Juridique et fond du Droit*, p. 190. **Apud:** *Idem*, p. 97

Leon DUGUIT, por sua vez, acentuaria que o trabalho científico do jurista está em “descobrir sob os fatos sociais a regra costumeira ou escrita”; já, o trabalho técnico se caracteriza nos atos de “preparar a regra costumeira ou escrita, regra construtiva tendendo a determinar o alcance e a garantir a realização da norma”. A missão do jurista seria preparar e facilitar a obra legislativa e neste sentido, “os juristas podem também edificar uma verdadeira obra de arte jurídica”³⁹⁵.

O rompimento com a Escola da Exegese implicou, também, rompimento com os postulados do voluntarismo e do positivismo jurídico.

Uma das ideias centrais do voluntarismo está em que a vontade atua como agente de formação dos atos jurídicos privados. Neste aspecto, destacam-se as contribuições de Jean-Jacques ROUSSEAU e de Immanuel KANT, considerados os fundadores do voluntarismo jurídico: de Rousseau, as elaborações teóricas em torno do contrato social e de Kant, a influência sobre o desenvolvimento da teoria da autonomia da vontade³⁹⁶.

O conceito de autonomia adquiriu com KANT extraordinária relevância filosófica e foi recepcionado por diversas ciências. A autonomia da vontade significou um princípio supremo de moralidade. Por que o homem não deve ser tratado como instrumento, não pode ser um simples objeto da lei universal imposta pela lei moral, mas o seu próprio autor³⁹⁷. A autonomia explica porque o homem deve sujeitar-se à lei moral: “a lei moral obriga porque é produzida pelo próprio agente, enquanto ser autônomo” e é o que distingue o ser humano dos outros seres e lhe confere dignidade absoluta³⁹⁸.

No pensamento jurídico moderno, a noção kantiana de autonomia da vontade determinou, por exemplo, que a força obrigatória dos atos jurídicos privados tivesse como “fonte primeira a vontade dos autores do ato”³⁹⁹. Sob esse enfoque, o direito subjetivo adquiriu primazia sobre o direito objetivo, o que motivou intenso debate doutrinário⁴⁰⁰.

O voluntarismo jurídico teria suas premissas questionadas já ao final do século XIX por autores socialistas, autores ligados à doutrina social cristã e especialmente os vinculados à

³⁹⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris: A. Fontemoing, 1927, t. I, p. 162.

³⁹⁶ A autonomia, como direito de se determinar independente de outro poder foi categoria política central na Grécia antiga, onde o termo também assumia sentidos ético e estético. Roma usava o termo grego para designar a autodeterminação política. Na Idade Média, foi utilizada depreciativamente para designar a exigência protestante de liberdade de crença, que foi acusada de ter conotação não apenas religiosa, mas também política. Somente depois da *Paz de Westphalia* a autonomia, como liberdade de crença e de consciência passou a ser considerada uma conquista positiva. BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 76.

³⁹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação... Op. cit.*, p. 78-79; 81.

³⁹⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário... Op. cit.*, p. 77.

³⁹⁹ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 831.

⁴⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 143.

sociologia solidarista. A primeira metade do século XX já demonstrava claro processo de transformação da ordem social, política e filosófica, potencializado pela idéia de justiça social e que resultaria em posterior desestruturação do dogma da autonomia da vontade.

Na metade do século XX o que se perseguia por muitos pensadores era o afastamento do voluntarismo e do racionalismo jurídicos. Na expressão de José Fernando de Castro FARIAS, procurava-se “dar ao direito natural um valor objetivo, uma referência que não viesse da autonomia da vontade, ou da razão humana”⁴⁰¹.

Quanto ao positivismo, que num sentido genérico designa as correntes filosóficas marcadas pela adesão à realidade, e assim, pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico⁴⁰², da mesma forma, marcaria profundamente o Direito. Caracterizou-se, primeiro, pela tentativa de “compreender o Direito como um fenômeno social objetivo”; segundo, por recusar “uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo)”; e terceiro, por negar a dependência do Direito de “juízos morais particulares”⁴⁰³.

Analisado na perspectiva de um dos problemas centrais da Filosofia do direito, a axiologia jurídica, o positivismo caracterizou-se pelo relativismo moral. O jusnaturalismo clássico acentuava a justiça como valor fundante do direito, este concebido como “a justiça efetiva, concreta, real”⁴⁰⁴ e sendo o direito costumeiro, teria a mesma fonte que a moral. Já, para o jusnaturalismo moderno, “a autoconservação é o valor fundante”⁴⁰⁵.

O positivismo jurídico de Hans Kelsen encontrou rejeição no discurso do direito de solidariedade. Sua tentativa de resolver a impossibilidade lógica do dualismo criado pela coexistência entre direito natural e direito positivo levou alguns autores a repensar globalmente o direito natural, para lhe dar novas bases teóricas. Os autores comprometidos com o direito de solidariedade pretendiam, por um lado, descartar o voluntarismo jurídico e o racionalismo jurídico, e, por outro, o positivismo jurídico da Kelsen. O desafio seria, sem

⁴⁰¹ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁰² BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 642.

⁴⁰³ *Idem*, p. 643.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 646.

⁴⁰⁵ Por ser a interação entre os indivíduos conflituosa, tornou-se “fundamental estabelecer um Estado que proteja a todos da investida dos demais” pela imposição de normas garantidoras de ações imunes à intervenção alheia. Os valores tornaram-se relativos e por falta de consenso valorativo permanente da sociedade em torno de outros valores restou ao positivismo garantir a segurança social, que foi concebida sobre os parâmetros do normativismo, ou seja, a identificação do direito como norma, o formalismo na aplicação do direito e a separação dos poderes. *Ibidem*.

aderir ao positivismo kelseniano, “reformular o critério de juridicidade, ou de positividade do direito”⁴⁰⁶. Para este fim tentou-se uma revisão do conceito de positividade do Direito.

Tal revisão voltou-se à construção de uma doutrina “puramente social do direito sobre a base da teoria dos valores humanos objetivos”⁴⁰⁷. Maurice HAURIOU propôs renovar o direito natural sob uma referência objetiva: a espécie humana, o *homo sapiens*, a humanidade”. Sua concepção de direito natural combinou os elementos *espécie humana*, *sociedade* e *indivíduo*, para extrair dele uma visão objetiva, “um corpo de direito que faz a articulação entre a moral, a justiça e a ordem social”. Para evitar o subjetivismo jurídico, o historicismo e o sociologismo, que seriam os responsáveis pela desorganização do direito natural, chamou-o a “desempenhar o papel de uma espécie de garantia do Estado de Direito”⁴⁰⁸.

Esse movimento significou a tentativa de propor algum critério para explicar a aceitação das normas jurídicas, “que só podem existir pelo conteúdo social, histórico e ético da norma, e pelo grau de conscientização desse conteúdo por parte dos indivíduos”. A regra de direito normativa seria o elemento que “determina o nível de articulação entre o conteúdo social e o imperativo jurídico e que é chamada a dar um sentido à experiência jurídica imanente baseada na *solidariedade*”⁴⁰⁹.

Nessa reformulação do critério de positividade, portanto, procurou-se articular o *ser* (*sein*) e o *dever ser* (*sollen*) na experiência jurídica. A norma jurídica só se mostraria válida quando os elementos objetivos de seu conteúdo (o *ser*) fossem capazes também de determinar seu imperativo – o seu *dever ser*. Com esse movimento resultariam determinadas as qualidades de *eficiência*, de *eficácia* e de *realidade* da norma jurídica⁴¹⁰.

A ideologia jurídica positivista seria abalada, ainda, por um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica. De bases filosóficas ecléticas, surgiria a partir da segunda metade do século XX o movimento que se denominou de pós-positivismo⁴¹¹ e que exerce importante influência sobre o pensamento jurídico atual.

⁴⁰⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 113.

⁴⁰⁷ Explica-se: “se o direito guarda uma autonomia em relação à moral, essa autonomia é relativa, pois o direito e a moral teriam a mesma base e a mesma finalidade de ‘valores humanos objetivos’”. *Idem*, p. 115.

⁴⁰⁸ HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho publico x constitucional*. Libro Primero. 2 ed. Madrid: Réus, 1927, p. 49-65.

⁴⁰⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 117.

⁴¹⁰ A *eficiência* “implica uma representação das consciências individuais em relação à necessidade de obedecer à norma”; a *eficácia* seria “a obediência de fato; e a realidade seria a “transformação do *dever ser* em *ser*”. *Idem*, p. 118.

⁴¹¹ As bases filosóficas do pós-positivismo remetem a vários autores que possuem ponto de contato com as idéias “de Gustav Radbruch tardio”, com as concepções de John Rawls sobre justiça, com a incorporação de elementos

Descrito ora como uma terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista; ora como uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pela principiologia jurídica; ou, ainda, apenas como uma variante tênue do jusnaturalismo, o pós-positivismo designa a configuração contemporânea do pensamento jurídico. Implica ruptura com a forma positivista de compreender o Direito e com suas premissas básicas. Defende que o Direito deve servir a outros valores que não apenas à segurança e que devem ser aplicados de forma racional e medidos por um procedimento, como propõe Robert ALEXY⁴¹² ou sob uma teoria dos princípios, como referida por Ronald DWORKIN⁴¹³.

Essas teorias, ao proporem revisão do critério de juridicidade e criticar a Escola da Exegese, o individualismo e o formalismo jurídico levaram a uma visão pluralista do Direito. Como antítese do formalismo, o pluralismo jurídico, que encontrou em Georges Gurvitch o mais expressivo defensor representa uma maneira nova de se pensar sobre as fontes do Direito, não mais identificadas exclusivamente na lei. Fontes espontâneas passam a ser admitidas e elas remetem a experiência jurídica ao centro de um “direito intuitivo”, a um “pluralismo de fontes do direito”, sem que se comprometa a unidade imanente.

A partir de então estariam marcados de forma indelével o discurso e a experiência jurídica ocidental. A solidariedade assumiria, definitivamente, dimensão jurídica para integrar-se a ela, e de forma evolutiva firmar-se como categoria presente em Constituições contemporâneas de muitos países de tendência democrática.

da filosofia hermenêutica e com a teoria do discurso de Habermas. BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário... Op. cit.*, p. 650.

⁴¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 472-474.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7-9; 41-43; 100-103.

3.3 SOLIDARIEDADE E DIMENSÃO JURÍDICA

Com o surgimento da Sociologia jurídica o eixo fundamental da análise do Direito deslocou-se para a própria sociedade⁴¹⁴. A concepção de direito vivo, de Eugen Ehrlich, o pluralismo jurídico, de Georges Gurvitch e a aproximação entre Sociologia e Direito defendida por Leon Duguit e Maurice Hauriou, entre outros, resultaram em uma proposta de nova percepção jurídica, com uma nova racionalidade: ruptura com o modelo político-jurídico liberal, mudanças na maneira de se conceber o Direito e o Estado e impulso a novas práticas sociais.

Nessa conjuntura epistemológica podem ser encontradas as bases de construção do pensamento jurídico solidarista, vinculado à solidariedade social. Esta, em uma concepção contemporânea, diz respeito à promessa geral de apoio mútuo, de redução de desigualdades sociais e individuais e de propiciar, ao final, mais justiça ao maior número possível de pessoas. No mesmo contexto desenvolveram-se os *deveres e direitos de solidariedade*.

Leon DUGUIT investigaria os fundamentos do Direito⁴¹⁵, que tendem a se agrupar em dois segmentos – doutrinas de Direito individual e doutrinas de Direito social. O autor partiu do fato incontestável da vida humana em sociedade e da premissa de que os homens estão unidos por laços de solidariedade social. A sociedade não subsistiria senão pela solidariedade que liga os indivíduos que a compõem e a esse homem social impõe-se uma regra de conduta, que decorre da força das coisas, dos fatos, e que poderia ser assim enunciada: “não fazer nada que cause prejuízo à solidariedade social em qualquer de seus aspectos, e fazer tudo o que, por sua natureza, é necessário para realizar e desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica”⁴¹⁶.

O direito objetivo, em sua totalidade, estaria condensado nessa fórmula. A lei positiva, por sua vez, para se legitimar, deveria ser a expressão, o desenvolvimento ou a aplicação prática desse princípio. Com esse raciocínio procurou afirmar a solidariedade social como o verdadeiro fundamento do Direito⁴¹⁷.

⁴¹⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 85.

⁴¹⁵ DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Colmares, 2005, p. 2-9 {Colección Crítica del Derecho}.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 9. Tradução livre. Texto original: *no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos, y hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica*.

⁴¹⁷ De acordo com Leon DUGUIT a regra de conduta, a regra de direito, que nasce da solidariedade social, modela-se conforme esta mesma solidariedade e parece conter os mesmos caracteres desta, sendo às vezes

A regra jurídica, nessa concepção, não seria “uma regra ideal e absoluta. Seria, sim, “uma variável e contingente, e o papel do jurista consiste em determinar qual é a regra de direito que melhor se adapta à estrutura de uma determinada sociedade”⁴¹⁸. Por defender que o direito objetivo funda-se na solidariedade social, dele sustentou derivar, direta e logicamente, o direito subjetivo. Embora todo homem que vive em sociedade tenha direitos, estes não seriam prerrogativas que lhes pertençam, mas faculdades que lhes correspondem porque, como homem social, tem deveres e necessariamente a faculdade, o poder de cumpri-los.

Tal concepção de direito, fundada no dever, “exige a todos e de todos o mais profundo e consciente conhecimento do próprio dever, para atingir o maior respeito pelo direito dos demais”⁴¹⁹.

A solidariedade, assim, nasce da igualdade entre os homens e das suas necessidades e urgências, que só podem ser satisfeitas pela vida em comum e pela união de esforços. Por sua conotação edificante, de orientação transformadora e de finalidade integrativa o pensamento de Leon DUGUIT é reconhecido como o condutor da criação do Direito social. Suas considerações e de outros pensadores que lhe foram contemporâneos levaram a uma gradativa revisão do constitucionalismo liberal, para transformá-lo em constitucionalismo social. Sua marca é, justamente, uma postura ética capaz de promover justiça social e harmonização jurídica entre a esfera individual e social da pessoa humana.

O panorama descrito reflete-se, ainda que de forma circunspecta, no mundo jurídico contemporâneo. Autores comprometidos com uma direção reformista consideram a complexidade e o fato evidente do pluralismo social para propor um horizonte novo ao direito: um direito voltado à pessoa, ao atendimento de suas reais necessidades, sem menosprezar a necessária comunicação entre o individual e o coletivo.

individual e às vezes social. Será social por seu próprio fundamento, pois existe porque os homens vivem em sociedade. Será individual porque está contida na consciência individual e porque não se aplica e nem se poderia aplicar senão aos indivíduos. Sendo individual, será por isso mesmo diversa, pois toda vez que ela impõe a todos a cooperação com a solidariedade social, também impõe a cada um, obrigações diferentes, porque as atitudes e as condições dos homens são diversas e estes devem cooperar de formas também diversas. A regra de direito será, ao mesmo tempo, permanente e variável. É que as relações sociais sempre foram e serão relações de similitude ou afinidade natural ou de divisão do trabalho, de onde se infere a permanência da regra de direito e de seu conteúdo geral. Porém, ao mesmo tempo, a forma como se revestem pode variar até o infinito; sua aplicação variará como variam as formas da solidariedade social. *Idem*, p. 10.

⁴¹⁸ *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: (...) *una regla ideal e absoluta* (...). (...) *una variable y contingente, y el papel del jurista consiste en determinar cuál es la regla de derecho que mejor se adapta a la estructura de una sociedad determinada*.

⁴¹⁹ ACUÑA, José. Prólogo de la primera edición. **In:** DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. *Op. cit.*, p. LXI. Tradução livre. Texto original: (...) *exige a todos y de todos el más hondo y consciente conocimiento del propio deber, para llegar al mayor respeto del derecho de los demás*.

3.3.1 Direito contemporâneo: coexistência, complexidade social e pluralismo

Abordar o Direito contemporâneo exige situá-lo em uma perspectiva temporal, do que resulta a necessária tarefa de associá-lo a outros sistemas jurídicos, naturalmente anteriores. Implica revolver, primeiro, sua historicidade. Afinal, como observa John LUCKACS, “tudo tem sua história, inclusive a história”, ao tempo em que alerta que justamente a força histórica das coisas a torna propensa a não ser perfeita, completa, nem eternamente imutável⁴²⁰.

O desenvolvimento do Direito, como das demais ciências, corresponde a um processo de seguidas mudanças, de movimentos ou revoluções tendentes a instaurar uma nova racionalização. Novos fenômenos, fatos, conceitos e teorias determinam a produção de novo saber, que passa a conviver com o anterior, ou a lhe substituir, ainda que não de forma linear⁴²¹. Essa evolução pode culminar com a mudança de paradigma, quando se instaura uma nova racionalidade. Daí se afirmar, como na expressão de Edgar MORIN, que “nenhuma teoria tem o privilégio da verdade sobre as outras; nenhuma funciona mais ou menos, e sua concorrência é a única condição do progresso científico”, e que é necessário repudiar “toda a deusa razão, isto é, toda a razão absoluta, fechada, autosuficiente”⁴²².

Situar o Direito contemporâneo em seus limites históricos ou temporais não é tarefa branda. A começar, porque “o Direito é, sobretudo, essa noção de temporariedade ilimitada. No Direito, a única coisa que não se revoga é o tempo, em sua fatalidade inconsútil”⁴²³, o que significa dizer que ele se sujeita a esse estado de inevitáveis mutações. Fixar um marco ao surgimento ou ao fim de alguma de suas etapas torna qualquer tentativa uma tarefa cautelosa e sempre provisória. A reunião de alguns elementos característicos ou acontecimentos marcantes é a via de análise que tem movido muitos pensadores.

⁴²⁰ LUCKACS, John. *O fim de uma era*. Tradução de: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 181.

⁴²¹ Registra-se posição distinta do sociólogo e filósofo Pierre Lévy: “Nós raciocinamos sempre em termos de substituição, isso é um erro, como no caso, por exemplo, da inteligência artificial: agora as máquinas substituem os homens; mas não, não é isso. Com o telefone disseram: agora ninguém mais vai se deslocar; ao contrário, temos o telefone e as pessoas se deslocam cada vez mais, usamos o telefone para marcar um encontro, logo para nos deslocarmos. Assim, a idéia não é de forma alguma de substituição (...)”. LÉVY, Pierre. *Limiares do contemporâneo*. Entrevista. COSTA, Rogério da. (Org.). São Paulo: Escuta, 1993, p. 68.

⁴²² MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de: Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 166.

⁴²³ CRISPIM, Luiz Augusto. O direito contemporâneo e a era dos princípios. In: *Prima Facie – Direito, História e Política*. João Pessoa, v. 2, n. 2, jan/jun., 2003. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/viewFile/4406/3320>>. Acesso em 10.02.2010.

Miguel REALE já observara que “nesse esforço ingente de compreensão do humano, alternam-se as perspectivas históricas” e que cada época “escreve a ‘sua’ história dos romanos e dos gregos (...)”⁴²⁴. As diferentes perspectivas históricas podem explicar o predomínio sucessivo de muitas, às vezes contraditórias, reconstituições dos principais momentos do desenvolvimento cultural humano. É expressivo, porém, que toda história humana liga-se essencialmente à história do Direito, porque tudo o que o homem faz, desde “as grandes realizações artísticas até a mais humilde das utilizações domésticas, tudo está condicionado, direta ou indiretamente pelo Direito ou se manifesta mediante formas jurídicas”⁴²⁵.

A história do Direito, sobretudo a partir do uso da escrita, assenta-se em fatos reveladores de grandes mudanças e transformações sociais, econômicas e políticas ou em fenômenos de duração mais ou menos longos, do que resulta sua divisão em grandes etapas, ou fases. A classificação do direito em etapas mais ou menos coincidentes com a divisão da história geral da humanidade – Antiguidade, Idade Média, Era Moderna – fornece elementos suficientes para assim se classificar: Direito antigo, Direito medieval e Direito moderno⁴²⁶. Nesse viés histórico, a etapa seguinte comporta o Direito contemporâneo.

Reflexões produtivas sobre o saber jurídico exigem análise crítica das condições epistemológicas e sociais que tornaram possíveis certas experiências do mundo social, entre as quais se situa o direito. As contribuições de Michel FOUCAULT sobre arqueologia, *epistême*, descontinuidade e prática discursiva são, para tal análise, absolutamente adequadas⁴²⁷. O conceito de *epistême* que formulou relaciona-se com o modo como o saber se caracteriza em determinada época, quando se pensa a realidade a partir de certos pressupostos, de forma que tal realidade será aquilo que esses pressupostos determinam⁴²⁸.

O autor parte do fim do Renascimento e encontra na virada do século XIX o limiar da Modernidade, em que detecta duas grandes descontinuidades: “aquela que inaugura a idade clássica (meados do século XVII) e aquela que, no início do século XIX, marca o limiar de nossa modernidade”⁴²⁹. Por essa análise, estaria no início do século XIX a segunda descontinuidade ou ruptura na *epistême* da cultura do ocidente, da qual a sociedade ainda não

⁴²⁴ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3.

⁴²⁵ *Idem*. Prefácio, p. XIX-XX e p. 284.

⁴²⁶ Destaca-se, aqui, a posição de John Lukacs, no sentido de que “a divisão cronológica em Antigo-Medieval-Moderno não é aplicável a países e civilizações fora do mundo ocidental”. LUKACS, John. *Op. cit.*, p. 12-13.

⁴²⁷ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Prefácio. Tradução de: Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴²⁸ São os códigos fundamentais de uma cultura, “os que regem sua linguagem, seus esquemas perceptivos, suas trocas, suas técnicas, seus valores, a hierarquia de suas práticas” e que “fixam, logo de entrada, para cada homem, as ordens empíricas com as quais terá de lidar e nas quais há de se encontrar”. *Idem*, p. XVI-XIX.

⁴²⁹ *Ibidem*.

teria saído e que marcaria a contemporaneidade. A ordem do pensamento contemporâneo diferiria do modo de ser verificado na Idade clássica, marcada pela coerência entre a representação e a linguagem, entre outros aspectos⁴³⁰.

A mesma linha de investigação norteia-se, também, pelas noções de paradigma, como introduzida por Thomas KUHN⁴³¹, de *themata*, oriunda da Filosofia da ciência e desenvolvida por Gerald HOLTON⁴³² e do conceito também oriundo da Filosofia da ciência, de núcleo rígido, de Imre LAKATOS⁴³³.

John LUKACS, por sua vez, cogita do fim de uma era. Refere-se à Era Moderna e às formulações que surgiram ao final do século XX, acompanhadas de expressões como pós-moderno, principalmente no âmbito da crítica literária e artística, o que parece designar, efetivamente, o fim da Era Moderna, pensamento que se fundamenta em consideráveis indícios⁴³⁴.

⁴³⁰ A obra destaca a coerência durante toda a Idade clássica “entre a teoria da representação e as da linguagem, das ordens naturais, da riqueza e do valor” e que a partir do século XIX teria mudado completamente. A mudança fez desaparecer a teoria da representação como fundamento geral de todas as ordens possíveis e permitiu uma profunda penetração da historicidade no coração das coisas. O ponto fundamental está na constatação de que, ao se abandonar o espaço da representação, o homem ingressa, pela primeira vez, no campo do saber ocidental. O homem, não obstante as seculares buscas em torno de si, fora “nada mais que uma certa brecha na ordem das coisas, uma configuração, em todo caso, desenhada pela disposição nova que ele assumiu recentemente no saber”. Assim, “(...) o homem não passa de uma invenção recente, uma figura que não tem dois séculos, uma simples dobra de nosso saber e que desaparecerá desde que este houver encontrado uma nova forma”. *Idem*, p. XIX-XXI.

⁴³¹ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

⁴³² Seriam os “*themata*” os organizadores das argumentações científicas, que operaram por meio de pares antitéticos, ou seja, que contém ou constituem antíteses. A análise temática dos enunciados científicos estaria vinculada ao esclarecimento do diálogo entre os cientistas, que expressa “a natureza dialética da ciência como atividade pública e que busca o consenso”. HOLTON, Gerald. *L’invention scientifique: themata et interprétation*. Paris: PUF, 1982, p. 27.

⁴³³ As pesquisas, ao fornecerem programas coerentes como guias futuros possibilitariam avaliar de forma objetiva o progresso da ciência. Sua metodologia de pesquisa propõe que esses programas possuam um “núcleo rígido”, ou seja, um conjunto de leis consideradas irrefutáveis, que são os princípios fundamentais de uma teoria. LAKATOS, Imre. O falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica. **In:** LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan. (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1979, p. 109-243.

⁴³⁴ Esses seriam os indícios: a passagem da era aristocrática para a era democrática; declínio do poder e da autoridade do Estado e do respeito por ele; desintegração estatal; rápida diminuição do valor dinheiro, pela inflação monetária, pelas ações e por outros instrumentos financeiros, como transações inteiramente eletrônicas e de seus registros, a exemplo dos cartões de crédito; a produção do consumo mais importante que a de bens; declínio das cidades, da associação entre urbanidade e vida citadina e da classe média refinada; declínio da chamada família “nuclear”; ampliação e extensão do papel das escolas, com redução das anteriores responsabilidades dos pais; declínio da leitura e da influência dos livros; desvio drástico das tradições e realizações da Era Moderna no campo das artes, que tende para a feiura: influência contínua dos hábitos, instituições e práticas ocidentais em todo o globo e a transformação do não-ocidente; aceleração do mau funcionamento das instituições e ideais da Era moderna; mudança das características, das instituições e dos hábitos em países avançados do mundo ocidental, como os Estados Unidos, que tornaram-se a única superpotência do mundo, e a gradativa perda de influência do Cristianismo. LUKACS, John. *Op. cit.*, p. 11-35.

Por outro lado, realizações duradouras e permanentes e outras ainda em andamento, surgidas na Era Moderna, demonstrariam que “a história e a vida consistem numa coexistência de continuidade e mudança” e que “nada desaparece por completo”⁴³⁵. O respeito por algumas criações da Era Moderna tende a continuar e aumentar, como forma de reconhecimento ao fato de que os últimos quinhentos anos foram “uma das duas maiores eras da história da humanidade”. A grande diferença entre os dias atuais e o que ocorreu há quinhentos anos seria a imperfeita e incompleta consciência histórica daquela época, que idealizou e imitou a Era clássica, mas descartou quase por completo a Idade Média. Hoje, estar-se-ia a demonstrar respeito e admiração pela Era que passa, o que denotaria evolução da consciência histórica da humanidade⁴³⁶.

O sentimento de incômodo pela sensação de se estar ao fim de uma época é que teria introduzido, ao final do século XX, o termo pós moderno, com significado ainda vago e impreciso. Contudo, já seria possível reconhecer que, “se ‘pós-moderno’ tem algum significado apropriado, deve ser o de um avanço para um senso novo e crescente de historicidade”⁴³⁷, ou seja, um novo significado da história, uma consciência histórica⁴³⁸.

Parece mais apropriado considerar que a sociedade caminha à fase pós-moderna. Significa dizer “que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social”⁴³⁹.

O direito de solidariedade, que José Fernando de Castro FARIAS situa na *epistémé* do Direito contemporâneo ou pós-moderno representa um dos aspectos do pensamento jurídico ocidental atual, em *descontinuidade* com o Direito moderno e o clássico⁴⁴⁰. Expressa uma forma específica de racionalidade e exprime “uma positividade *sui generis*, mais complexa, mais flexível, de uma maior mobilidade”, que busca garantir a governabilidade da sociedade contemporânea. Suas práticas peculiares propõem considerar um espaço “fático, valorativo, normativo e cognitivo, no qual se procura fazer a articulação entre o *direito* e o *social* sem nenhuma relação de causalidade ou de reflexo”⁴⁴¹. Sua proposta fundamental

⁴³⁵ *Idem*, p. 36

⁴³⁶ *Idem*, p. 37-41.

⁴³⁷ *Idem*, p. 42-45.

⁴³⁸ A sociedade ainda não vive em um mundo que muitos denominam pós-moderno. Os aspectos que no final do século XX passaram a distinguir as instituições revelariam, na verdade, a emergência de uma “alta-modernidade”, embora não afaste a possibilidade de que a pós-modernidade já esteja a caminho. Os seus traços distintivos ainda não estariam claros, ao passo que os elementos que separam o moderno do pré-moderno seriam indiscutíveis. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 52-58.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 4-5; 11-12.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 5

vincula-se à obtenção de meios para superar “as clivagens cristalizadas no direito” e elaborar uma relação de “complexidade, de complementariedade e de comunicação”⁴⁴².

A noção de complexidade associa-se, em regra, à multiplicidade e à diversidade de elementos e de relações que entre eles se estabelecem. A maioria dos sociólogos clássicos já havia observado – e com surpresa – uma tendência geral “de passagem do simples ao complexo” na história das sociedades, o que se associa à modernização, racionalização e transformação profunda da organização social, das suas estruturas e das formas de sociabilidade⁴⁴³. A consciência dessa complexidade, por sua vez, é inseparável da criação de estratégias para sua redução, que podem derivar dos sistemas de normas e valores e da institucionalização de comportamentos⁴⁴⁴.

A complexidade do Direito, especificamente, pode ser retratada pela comparação entre a epistemologia da Modernidade, amparada em uma concepção “monolítica e mecanicista do real”⁴⁴⁵ e a perplexidade com que se deparou a sociedade do século XX diante de várias descobertas em distintas áreas do saber.

Estas descobertas mostraram que a ontologia do real “não pode ser reduzida a padrões identitários simples, previsíveis, dedutíveis e imutáveis, na forma da lógica clássica”⁴⁴⁶, mas exige formas mais criativas e dinâmicas de explicar e representar o mundo. Se na “filosofia crítica” da ciência e na crítica da “filosofia da ciência” chegou-se a anunciar “o fim da arrogância totalitária da ciência moderna”, que julgava ser possível conhecer qualquer realidade com padrões próprios e produzir certezas universais e inabaláveis no saber jurídico passou-se a recusar certezas e determinismos.

Compreendeu-se que a aplicação cega da norma foi mais nociva que o próprio conflito de interesses, pelas injustiças que gerou. Abalaram-se as certezas, as ilusões e o

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Caracterizam as formas de sociabilidade típicas das sociedades complexas: a segregação dos papéis, segmentação das redes e pluralidade das relações primárias como relações de parentesco, relações de amizade, relações de vizinhança e relações profissionais. Na medida em que as sociedades crescem em tamanho e em complexidade, “a competição se torna mais viva no seio de uma população mais densa, onde as relações sociais se multiplicam”. ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário.... Op. cit.*, p. 113-114.

⁴⁴⁴ Processos sistemáticos de redução de complexidades foram adotados por *Durkheim* (principalmente pela redução à dicotomia: sociedades segmentares fundadas sobre a solidariedade mecânica e as sociedades complexas baseadas na solidariedade orgânica) e por *Max Weber* (na sua metodologia, o tipo ideal constitui o principal elemento de redução de complexidade; é o princípio de pertinência autônoma, que opera na base de um sistema de valores). A redução da complexidade marca, também, a obra de *Niklas Luhmann*, que enfatiza o afastamento que há entre a complexidade do mundo e as aptidões do ser humano em dominar essa complexidade. Os sistemas de normas e valores, e geralmente os sistemas simbólicos, além da institucionalização dos comportamentos seriam processos de estabilização das condutas. *Idem*, p. 115-116.

⁴⁴⁵ CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade: ciência, incerteza e pluralidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 229.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 229-230.

determinismo. Práticas hermenêuticas e demandas sociais novas, exigências éticas e inserção de princípios no sistema jurídico revelaram-se como práticas afinadas a um mundo em constante movimento, transformação e interação. Essas variáveis confirmam a ruptura com a tradição do pensamento ocidental⁴⁴⁷.

Na passagem do simples ao complexo, o Direito moderno, que se fundou em uma racionalidade simples, precisa e linear, abrandou-se⁴⁴⁸. O direito significava expressão da ordem, capaz de organizar a sociedade, porque tudo parecia previsível, determinável e seguro. Essa lógica não subsistiria à crescente complexidade. Categorias e institutos jurídicos tradicionais como propriedade e contratos seriam modificados. Analisar o Direito exigiu considerar fatores diversos, entre movimentações políticas, econômicas, culturais e científicas e suas contradições. A realidade, a regulamentação e o fenômeno jurídicos tornaram-se “necessariamente complexos e, em alguns casos, hipercomplexos”⁴⁴⁹, especialmente quando passaram a coexistir diversos sistemas jurídicos, cada qual com racionalidade própria e com uma concepção particular da normalidade⁴⁵⁰.

A Sociologia do direito explica o pluralismo jurídico⁴⁵¹ como sendo a “coexistência de pluralidade de quadros ou sistemas de direito no seio de uma determinada unidade de análise sociológica (sociedade local, nacional, mundial)”; na Antropologia jurídica associa-se ao fato de que “à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação”⁴⁵². Na base do programa do pluralismo tradicional encontram-se autores de tendências teóricas

⁴⁴⁷ A complexidade ganhou consistência teórica no final do século XX, quando mudanças especialmente nos campos da física, matemática, biologia, sociologia e antropologia levaram a buscar “algo em comum entre todos esses saberes”. Compreendeu-se que o mundo, as pessoas, as instituições e toda a existência, “somente podem ser adequadamente entendidos a partir de um pensamento complexo”, pois apenas este pode tratar das incertezas e contradições de uma sociedade plural e de muitas dimensões. O pensar complexo passou a sinônimo de “interação entre os fenômenos” e compreensão do todo, sem menosprezar a parte e suas singularidades, sempre no contexto da história desses fenômenos. *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ *Idem*, p. 233.

⁴⁵⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Tradução de: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 216-219.

⁴⁵¹ Historicamente, pluralismo jurídico relaciona-se com uma possível alternativa à concepção monista do direito, encontrada, provavelmente, em todas as épocas da evolução do pensamento jurídico. Atenção maior só lhe foi destinada no Ocidente depois da Idade Média, quando uma ampla corrente doutrinária passou a contestar as pretensões do Estado à soberania jurídica e a defender a existência autônoma das ordens jurídicas da sociedade civil e da comunidade internacional. No início do século XX a idéia ressurgiu no núcleo das preocupações de alguns juristas e sociólogos do direito, “que passaram a questionar o positivismo jurídico estatal em nome de uma teoria sociológica do direito”. FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 118.

⁴⁵² Na Antropologia há algumas divergências, mas também consenso em diversos pontos. ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 585;590.

diversas⁴⁵³, que propõem uma maneira nova de se pensar as fontes do Direito, com recusa do dogmatismo jurídico e a sua exclusiva fonte formal, a lei. Exaltam-se as “fontes das fontes”, ou seja, aquelas fontes primárias, materiais, dinâmicas e autônomas⁴⁵⁴.

Max WEBER considerava que “o reconhecimento, pelo Estado, de diferentes formas de ‘direito especial’ constituiria a principal manifestação do pluralismo na sociedade capitalista moderna”⁴⁵⁵. Formas não-burocráticas de direito estariam a evidenciar a peculiar coexistência, de um lado, por uma esfera de tradicionalismo rigoroso, e por outro, de uma esfera de arbitrariedade livre e de graças senhoriais. O mesmo pluralismo, agora no sentido de “coexistência da pluralidade de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si”⁴⁵⁶ motivou juristas a enfrentar mais diretamente o problema. Tratou-se de “reconhecer a existência simultânea de pelo menos duas ordens jurídicas distintas e analisar as relações *de direito* que as vinculam”⁴⁵⁷.

Autores ligados ao Movimento do Direito Livre também concordavam que além do direito do Estado, “há outros ‘direitos’ ou outros sistemas jurídicos que coexistem com ele, ora em harmonia, ora em conflito, mas que, de qualquer modo, vivem ‘independentemente do direito do estado’”. Defenderam um “pluralismo social”, assim como um “pluralismo jurídico”, porquanto o direito sempre “se exprimiu na vida dos diferentes grupos sociais, cada um podendo ter seu próprio sistema jurídico”⁴⁵⁸, o que implica um conceito de juridicidade mais amplo do que o fornecido pela ciência jurídica.

Este fenômeno foi profundamente analisado por Santi ROMANO, que, por uma visão institucionalista e ordenamental do Direito⁴⁵⁹, propôs descentralizar a produção jurídica ao retirá-la do monopólio do Estado e deslocá-la à sociedade. Esta assumiria a condição de referência primária e teria como elementos mais importantes as estruturas comunitárias, em que as normas jurídicas se encarnam em princípios que ordenam a convivência civil. O

⁴⁵³ Entre esses autores localizam-se: Baseler, Otto Von Gierke, Maurice Hauriou, Leon Duguit, E. Levy, Eugen Ehrlich, Gustav Radbruch, L. Petrazycki e Georges Gurvitch. *Idem*, p. 590.

⁴⁵⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁵⁵ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de: Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002, p. 152.

⁴⁵⁶ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário...* *Op. cit.*, p. 585.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

⁴⁵⁸ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 86.

⁴⁵⁹ ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. 2 ed. Sansoni-Firenze: Officine Grafiche Fratelli Stianti, 1945, p. 85-180.

Direito, assim, não pode ser visto como produto exclusivo do Estado, mas como fenômeno passível de ser verificado em todas as organizações sociais⁴⁶⁰.

Nas palavras de Maurice HAURIUO seriam “as instituições que fazem as regras de direito, não as regras de direito que fazem as instituições”⁴⁶¹. A autoridade dessas associações sobre seus membros e a definição dos limites dessa autoridade, bem como a autoridade do Estado sobre elas levaram-no a tratar a regulação social das instituições, sem abandono da ordem normativa estatal. Mantendo a supremacia estatal, defendeu não uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, mas uma pluralidade de fontes jurídicas⁴⁶².

No sentido de um pluralismo tradicional que reconhece fontes espontâneas ou a pluralidade de fontes do Direito manifestaram-se, também, León Duguit, Henri Lévy-Bruhl, Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch⁴⁶³. Mais recentemente, Boaventura de Sousa SANTOS abordou-o de forma teórica e empírica, “com vistas à elaboração de uma teoria sobre as relações entre Estado e Direito nas sociedades capitalistas”⁴⁶⁴. A partir de uma cartografia simbólica do Direito concluiu que, ao contrário do que pretendem a filosofia política liberal e a ciência jurídica que sobre ela se constituiu, “circulam na sociedade, não uma, mas várias formas de direito ou modos de juridicidade”⁴⁶⁵.

O pluralismo jurídico, ao reputar possível a coexistência de várias camadas ou várias ordens jurídicas torna-se “exemplo perfeito de mudança na maneira de pensar o direito”⁴⁶⁶. A formação da solidariedade social, calcada justamente na idéia matriz de descentralização da decisão jurídico-política e a proliferação de instituições e grupos sociais variados surgiram como marcas iniciais dessa nova realidade. Considerado o pluralismo jurídico um corolário da solidariedade social, pode-se vislumbrar nele o resultado “de um estouro institucional e do

⁴⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 187; 190-192.

⁴⁶¹ HAURIUO, Maurice. *Teoria da instituição...* *Op. cit.*, p. 15-16.

⁴⁶² *Idem*, p. 53.

⁴⁶³ Neste sentido: Leon Duguit, com a noção de “direito objetivo”; Henri Lévy-Bruhl, que destacou os vários sistemas jurídicos, a aculturação e a unificação do direito (LÉVY-BRUHL, Henry. *Sociologia do direito*. Tradução de: Teruka Minamissawa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964, p. 116-126); Eugen Ehrlich, que propôs o mencionado Direito vivo (EHRlich, Eugen. *Op. cit.*); Gustav Radbruch, que enfatizava uma “filosofia antinômica do direito”; L. Petrazzky, que buscava um método psicológico relacionado “com uma ‘intuição emocional’ no direito”, insistindo sobre a impossibilidade de dissociar-se completamente o amor do direito; e Georges Gurvitch, pioneiro na sistematização do Direito Social (GURVITCH, Georges. *Op. cit.*).

⁴⁶⁴ A abordagem vinculou-se a um programa de pesquisa em uma favela no Rio de Janeiro, a que denominou ficticiamente de “Pasárgada”. Na pesquisa, que ocorreu na década de 1970, constatou a vigência, oficial ou não, em um mesmo espaço geopolítico de mais de uma ordem jurídica. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. In: SOUTO, Claudio; FLACÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980, p. 107-117.

⁴⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000, v. I, p. 205.

⁴⁶⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 121.

alto grau de complexidade assumido pela sociedade contemporânea, onde o Estado não pode mais assumir o papel de único criador da decisão político-jurídica”⁴⁶⁷.

As correntes de pensamento que propuseram ruptura com o modelo jurídico dominante encontrariam, um pouco mais tarde, pontos de aproximação com idéias filosóficas que, em meados do século XX, procuraram contrapor o individualismo à coexistencialidade. Entre elas situa-se a filosofia da existência.

A compreensão do homem proposta pela filosofia da existência – como ser coexistencial – permitiria também entender o Direito como intersubjetividade, o que, por outra vertente, levaria ao reconhecimento do valor solidariedade como algo possível juridicamente. No mesmo contexto situa-se o personalismo jurídico, que defende a inserção da pessoa como protagonista do Direito e o humanismo do final do século XX, que serão particularmente analisados.

3.3.2 A pessoa como protagonista do direito: existencialismo, humanismo e personalismo jurídico

Norberto BOBBIO observou que nunca, como nos dias atuais, a ciência jurídica sentiu tanto a necessidade de estabelecer “novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais”⁴⁶⁸. E, sempre que assim acontece, há sinal de que a sociedade atravessa um momento de profunda transformação.

O momento atual dos estudos sobre o Direito parece indicar, ao menos em parte, “que os juristas estão saindo de seu esplêndido isolamento” para admitir a necessidade de ampliar seus próprios horizontes. Tal necessidade estaria acompanhada “pela obscura consciência de que o direito não ocupa mais aquele posto privilegiado que lhe fora atribuído por uma longa tradição no sistema global da sociedade”⁴⁶⁹ e que se costuma atribuir ao surgimento da Sociologia moderna.

O autor demonstrou como os escritores iluministas colocavam o Direito no centro do estudo das diversas civilizações, “andavam à procura da natureza e das linhas de desenvolvimento de um povo no ‘espírito das leis’ e acreditavam que para mudar a sociedade

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 122.

⁴⁶⁸ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função... *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁶⁹ *Idem*, p. 33-34.

bastava mudar o direito”⁴⁷⁰. A sua primazia, contudo, entrou em crise, e a atualidade evidencia seus reflexos. Coloca-se em dúvida, hoje, não apenas a sua capacidade de influir na mudança social, “mas também de destacar os seus limites naquela que é a sua função específica, qual seja, servir como instrumento de *controle social*”⁴⁷¹. Por essa razão, juristas e cientistas sociais não podem mais atuar isoladamente.

Com a premissa de que “não existe *uma única* ciência jurídica (...), mas tantas ‘ciências jurídicas’ quantas são as imagens que o jurista tem de si mesmo e da própria função na sociedade”, Norberto BOBBIO realçou as razões da estreita relação entre ciência jurídica e ciências sociais⁴⁷². A ciência jurídica “já não é uma ilha, mas sim, uma região entre as outras de um vasto continente”, o que se confirmaria por uma *communis opinio*, especialmente entre juristas preocupados em estabelecer “novos e mais profundos contatos com psicólogos, sociólogos, antropólogos e cientistas políticos”⁴⁷³, a que se acrescem os economistas. Assim ressaltou, não sem alertar para o risco de o jurista, “ao sair de sua ilha, afogar-se no vasto oceano de uma indiscriminada ciência da sociedade”.

Denunciada a insuficiência do Direito e na linha de uma visão funcional – que evoluiu de um conceito puramente instrumental e tecnicista⁴⁷⁴, para uma concepção promocional e como “forma de controle e de direção social”⁴⁷⁵ – surgiram tendências jurídicas novas para aproximar o Direito do que parece representar a sua real função.

Em linhas gerais, essas tendências, no que têm de relevantes para a esta pesquisa, partiram de autores preocupados em demonstrar que o Direito está inserido no horizonte histórico humano. Como menciona Yuri Vega MERE, ele é parte de sua estrutura, que “sempre o acompanhou e o seguirá acompanhando, pois o direito é concebido como uma vida humana compartilhada, como coexistência que evolui com a dinâmica que lhe imprime o seu criador, protagonista e destinatário: o ser humano”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ *Idem*, p. 34.

⁴⁷¹ *Idem*, p. 35-36.

⁴⁷² O autor distingue duas imagens típico-ideais da função do jurista, que influenciam os diversos modos de conceber a própria ciência jurídica: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e guardião; e como criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também colaborador ativo e, quando necessário, crítico. *Idem*, p. 37-38.

⁴⁷³ *Idem*, p. 46-47.

⁴⁷⁴ Neste aspecto, ver: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito... *Op. cit.*, p. 33-65.

⁴⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura...* *Op. cit.*, p. 79.

⁴⁷⁶ VEGA MERE, Yuri. *Prologo a la segunda edicion*. In: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 2 ed. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995, p. 16. Tradução livre. Texto original: (...) *siempre lo há acompañado y lo seguirá acompañando, pues el derecho es concebido como una vida humana compartida, como coexistência que evoluciona com la dinamica que le imprime su creador, protagonista y destinatario: el ser humano*.

Influenciados pela Sociologia jurídica, do ponto de vista filosófico esses autores buscaram apoio inicial na Escola Existencialista, ou Filosofia da existência para construir uma visão particular do Direito. Nela, o ser humano é considerado “como bem supremo do direito”, a partir “de uma concepção humanizada”⁴⁷⁷.

Antes de abordar a corrente existencialista, considera-se apropriado situar o humanismo, corrente que, de forma geral, se fundamenta na natureza humana e nos limites e interesses do homem. É necessário esclarecer que na sua concepção originária o humanismo diferia da forma como se desenvolveu no século XX ao lado do existencialismo e do personalismo. Neste momento histórico a perspectiva humanista, antes ligada ao aspecto da individualidade humana assumiu caráter coexistencial e, portanto, social.

Atribui-se ao existencialismo – assim como ao humanismo e ao personalismo – papel de extraordinária relevância sobre a visão de direito que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX no mundo ocidental. O pensamento jurídico de vários países, inclusive o Brasil buscou readaptar-se e reformular conceitos. Surgiram construções teóricas e legislativas inovadoras sobre importantes institutos jurídicos e inseriram-se novos valores nos seus ordenamentos, a exemplo da solidariedade.

Sabe-se que o Renascimento implicou drástica mudança nas concepções de mundo, de Deus e de homem ao inserir no lugar da Teologia a Antropologia. Historicamente, dessa mudança surgiu o indivíduo soberano, isolado e destacado do mundo⁴⁷⁸.

O processo de nascimento, destaque e isolamento do homem, do sujeito, ocorreu justamente entre o humanismo renascentista do século XVI e o Iluminismo do século XVIII com a formulação inicial de René Descartes, depois aperfeiçoada especialmente pela filosofia do sujeito de Kant⁴⁷⁹. O sujeito ganhou posição central e em torno dele o mundo passou a girar, em uma inversão que se tornaria um problema filosófico da Modernidade.

Aquele humanismo inicial integrou, com o Renascimento, um amplo movimento cultural de reação à escolástica decadente e petrificada, que já não atendia às necessidades do novo homem. Daí seguiria uma nova tradição de pensamento, marcada pela valorização da

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 20-21. Tradução livre. Texto original: *como bien supremo del derecho*” e este, por sua vez, visto por “*una concepción ‘humanizada’*”.

⁴⁷⁸ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Tradução de: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, v. 2, p. 225-228.

⁴⁷⁹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de: Tomaz da Silva; Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 25.

liberdade humana. Destacado no centro da criação o homem dotou-se de dignidade que lhe foi reconhecida como natural, porque inerente à sua própria condição de ser humano⁴⁸⁰.

A História da filosofia demonstra que a construção e a consolidação do sujeito, que é nuclear a qualquer espécie de humanismo, foi fundamental para a estruturação do mundo ocidental e de suas instituições “e os variados filósofos da modernidade contribuíram à sua maneira para construção desse sujeito, seja ele jurídico/social (cidadão), ético (pessoa) ou psicológico (eu)”⁴⁸¹. Essa construção seguiu impulsionada não só por posições favoráveis, mas também por críticas e tentativas de destruição e desconstrução⁴⁸².

A pluralidade de concepções de homem acentuou, com o tempo, a crise do humanismo, que se tornou ainda mais intensa na medida em que a própria ideia de homem entraria em colapso, com a crise da Modernidade. Problemas do mundo moderno mais atual como o domínio do homem pelo homem, violência, genocídio, guerras, contrastes sociais e econômicos, terrorismo, desequilíbrio ecológico e mesmo conquistas tecnológicas e a perda do sentido da vida, tudo parece ter levado à negação do sujeito. Instituída a crise, sua evocação, em vários segmentos da vida social e política passou a ser apenas retórica.

Aberto a numerosas formulações, aquele humanismo acabou por se tornar plural e diverso, embora tenha mantido a identidade primária de propugnar pela afirmação do homem como referência e centro nas diversas teorias⁴⁸³. Essa identidade se confirma, por exemplo, na definição que se extrai da Filosofia do direito: “o humanismo é uma Filosofia cujo problema central é o homem, sua natureza, e sua relação com o mundo e com os outros”⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Considera-se que o vocábulo humanismo é contemporâneo, embora o termo *humanistas* tenha adquirido um significado especial na Antiguidade clássica e no Renascimento italiano (WOLKMER, Antônio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. **In:** WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Humanismo e Cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003). Esse vocábulo teria surgido somente no século XIX para designar um modo de pensar o humano, uma determinada forma de compreender a experiência humana (BOMBASSARO, Luis Carlos. Educação e formação humana: breves considerações sobre os aspectos filosóficos do humanismo no Brasil atual. **In:** DAL RI JR, Arno; PAVIANI, Jayme. *Humanismo latino no Brasil de hoje*. Belo Horizonte: PUC/MG, 2001, p. 68).

⁴⁸¹ SANTOS, Genivaldo de Sousa. *O conceito de humanismo nas diretrizes curriculares nacionais para o ensino médio*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de São Paulo, Campus Marília, Marília-SP, 2008. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/Educacao/Dissertacoes/santos_gs_ms_mar.pdf>. Acesso em 13.07.2010.

⁴⁸² Friedrich Nietzsche provocaria o primeiro e profundo abalo na concepção do sujeito, que, na sua visão, não passaria de uma simples ilusão gramatical depois de retirada dele toda a substancialidade cartesiana e toda a formalidade kantiana. Na mesma linha, Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein, Michel Foucault, Jacques Derrida, Jean-François Lyotard, Guilles Deleuze e os filósofos analítico. *Ibidem*.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ BIGNOTTO, Newton. Escola Humanista. Verbete. **In:** BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 279.

Não é propósito desta pesquisa investigar as várias concepções de humanismo⁴⁸⁵. Toma-se como norte, apenas, o fato de que no centro da tradição humanista está a preocupação com “a condição humana” e que sua influência no Direito é indiscutível.

Em uma perspectiva histórica, embora o Direito não fizesse parte das disciplinas centrais dos *studia humanitatis*⁴⁸⁶, ele sofreu, ainda no século XV a influência direta do humanismo⁴⁸⁷. Tal influência se evidencia no próprio desenvolvimento do constitucionalismo. Ainda que o termo, como hoje se concebe, não possa ser aplicado rigorosamente ao contexto político e jurídico italiano e europeu do início do século XVI, é possível discernir “na prática e nos escritos de muitos humanistas uma preocupação com a definição de um corpo de leis fundamentais para as cidades e com a delimitação do papel das instituições”⁴⁸⁸.

O sentido original dessa influência perdeu-se ao longo do tempo. O que persistiu e que aqui se considera relevante é que permanece viva aquela intenção originária de considerar o homem como senhor de seu destino e fundamento das leis pelas quais as sociedades se governam.

Nessa perspectiva e não sem perceber o salto histórico que deliberadamente se faz, a análise volta-se ao humanismo do século XX. Adaptado ao modo de vida e aos interesses que marcaram esse novo tempo – e agora afinado ao existencialismo – ele continuou a inspirar pensadores, que, no Direito, desenvolveram novos conceitos, com a mesma ideia central de voltar-se à natureza humana, aos interesses dos homens e à promoção de sua verdadeira humanização⁴⁸⁹.

O século XX enriqueceu, no campo do pensamento humano com a obra de Martin Heidegger, que abordou fundamentalmente o ser. A Alemanha registraria, também, o primeiro

⁴⁸⁵ Estudos sobre o humanismo abrangem perspectivas cristãs, éticas, cívicas, políticas. Atribui-se à sua dimensão pedagógica a sua propagação por toda a Europa e a sua influência sobre grande pensadores, a exemplo de Erasmo, Thomas Morus e Juan Luis Vives. *Idem*, p. 280

⁴⁸⁶ O movimento inaugurado na Itália no século XIV, que deu origem à tradição humanista fez surgir uma cultura nova, “baseada no elogio do homem e na crença em suas imensas potencialidades”, que se espalhou pela Europa e influenciou diversos meios, inclusive a educação. Entendia-se que a educação dos jovens dependia da boa compreensão de temas desenvolvidos em História e Ética, disciplinas que compunham os *Studia humanitatis*. *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Atribui-se a estudos de Lourenço Valla (1407-1457), que aplicou e desenvolveu instrumentos novos para a leitura e a compreensão do direito a abertura de portas ao que se chamou de “humanismo jurídico”. Da Itália, o movimento espalhou-se na França e na Alemanha. *Idem*, p. 181.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ O Humanismo crítico foi intenso no Ocidente durante o processo de sistematização e dogmatização formalista que sucedeu às grandes codificações do século XIX. As mudanças implantadas pela Revolução industrial e os movimentos de codificação e de consolidação sócio-política da burguesia levaram o racionalismo à sua máxima expressão. No Direito surgiu o positivismo, que legitimou uma cultura liberal-individualista e desumanizada, por desconsiderar as desigualdades sócio-econômicas da estrutura capitalista. Nesse contexto ressurgiram idéias humanistas que questionavam “os estatutos epistemológicos da dogmática legalista”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Humanismo... Op. cit.*, p 21.

grande movimento cultural e filosófico do início do século XX, que se denominou *neo-humanismo*. Com ele surgiu um “humanismo vivente” para servir de ponte “entre a ciência histórica e a vida atual” e de esclarecer, “por meio do conhecimento histórico da sua efetiva realidade, o valor ainda atual da antiga idéia de homem”⁴⁹⁰.

Na Filosofia geral, Jean-Paul SARTRE elegeu o homem, ou como definiu Heidegger, a “realidade humana” como centro de suas preocupações filosóficas e nessas bases procurou construir um autêntico humanismo⁴⁹¹. A sua concepção de humanismo diferiu daquela desenvolvida pelo pensamento clássico, que considerava o homem como “fim e como valor superior”⁴⁹² e que o assumia em seu sentido genérico e de conjunto. Um humanismo nesses moldes levaria a um certo “culto da humanidade”, a um humanismo fechado sobre ele mesmo. O humanismo a que se referiu tem outro sentido, o de considerar o homem não como um fim, mas como um projeto inacabado e em contínua construção⁴⁹³.

Sua definição baseou-se não na trajetória histórica do conceito, mas na convicção de “uma profunda ligação entre existencialismo e humanismo”. As diversas abordagens que fez partem do mesmo ponto: a experiência concreta e a idéia de que a “existência” precede a “essência”⁴⁹⁴. Explica-se, assim, a centralidade da preocupação com o homem, considerado na sua singularidade e concretude e não na universalidade. A esse existencialismo SARTRE chamou de humanismo.

Há nesse pensamento a visão de uma “condição humana”, que não seria dada de forma antecipada e acabada, mas construída indefinidamente⁴⁹⁵. A ideia de liberdade e do *cogito* do existencialismo foram fundamentais à construção do seu humanismo⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ Werner Jaeger lançou *Aristóteles* em 1923, em que defendeu que o homem “deve realizar-se, sobretudo, pela educação dos jovens, que, para tanto, deve ser fundada principalmente no estudo da cultura antiga, isto é, greco-latina (BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 25).

⁴⁹¹ SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de: Vergílio Ferreira. Lisboa: Presença, 1964, p. 242.

⁴⁹² *Idem*, p. 292.

⁴⁹³ *Idem*, p. 294.

⁴⁹⁴ Ao afirmar que a “existência” precede a “essência” o filósofo construiu seu humanismo sob a idéia de que “não há natureza humana, visto que não há Deus para concebê-la. O homem seria não apenas como ele se concebe, mas como ele se concebe depois da existência: o homem não é mais que o que ele faz, “[...] primeiro existe, ou seja, antes de mais nada, é o que lança para um futuro, e o que é consciente de se projetar no futuro. Há nessa formulação a ideia de liberdade com todas as suas conseqüências, como responsabilidade, angústia e desamparo, o que será tomado como ponto central da construção do seu humanismo. *Idem*, p. 243.

⁴⁹⁵ Sentenciado a uma vida de escolha e de absoluta responsabilidade por essa decisão, e sem contar ainda com a certeza de uma moral, o homem vê-se diante de uma liberdade radical e também de uma responsabilidade radical, sendo o modo de consciência dessa liberdade a angústia. O desamparo e o abandono serão, portanto, o lugar de sua escolha. Esse seria o momento em que “o homem converte-se em um legislador, com a responsabilidade de fazer uma escolha que além de envolvê-lo, envolve toda a humanidade”. SANTOS, Genivaldo de Sousa. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁹⁶ SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de: Paulo Perdígão. 16 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008, p. 35-91; 121-231.

Em apertada síntese, no humanismo de SARTRE, como em outras proposições filosóficas de viés humanista, o homem ocupa o centro das preocupações éticas, políticas, estéticas e/ou epistemológicas. Decorre desse pensamento que “cada escolha que o homem realiza o compromete com os outros homens, não pela via do conhecimento, porém enraizado na experiência existencial”⁴⁹⁷, o que ressalta o caráter profundamente ético de sua obra.

No cenário jurídico nacional Alceu Amoroso LIMA⁴⁹⁸ revelou-se um dos expoentes do humanismo. Com base na Antropologia neotomista e na Filosofia social de Jacques Maritain encontrou valiosos suportes para elaborar “a rica e ordenada meditação sobre os mais diversos temas da condição humana”⁴⁹⁹. Agrupou compromissos que considerou vitais, como “a luta contra o ceticismo e o materialismo, a defesa dos ideais católicos e, principalmente, a crença em uma concepção intuitiva de justiça”⁵⁰⁰.

A crise do Direito moderno, que o autor atribuiu ao ceticismo, traduzir-se-ia em uma verdadeira perda da fé no Direito pelas pessoas, do que decorreriam fenômenos como violência, fanatismo, isolamento e belicosidade. Defendeu que a campanha em favor da paz só seria sincera e eficiente se acompanhada de uma campanha em favor do Direito, porém:

(...) não de um direito abstrato e unilateral, baseado no interesse de uma nação, de uma classe, de um partido, de uma raça, de um continente, mas nas exigências substanciais e perenes da justiça universal. Dessa justiça que impede a exploração do homem pelo homem, dos povos fracos pelos povos fortes, das classes oprimidas pelas classes dominantes, dos esquecidos pelos privilegiados, dos pobres pelos ricos e assim por diante. Mas que ao contrário se baseie na distribuição equitativa dos bens materiais e espirituais por todos os homens e todas as nações do universo⁵⁰¹.

O autor acentuou que a descrença no Direito significa a descrença na possível paz e na convivência harmônica entre os povos. Daí a preocupação com o fenômeno tipicamente moderno da desumanização, refletido na “sua cristalização em textos de lei, frios e impessoais, aplicados mecanicamente” e que corresponderia a um esvaziamento do fenômeno jurídico, “a sua cadaverização”⁵⁰².

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 76-77

⁴⁹⁸ LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito moderno*. 4 ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2001.

⁴⁹⁹ ANDRADE, Djalma Rodrigues de. Alceu: o homem, a obra. Apresentação. **In:** LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito ... Op. cit.*, p. 8.

⁵⁰⁰ CITTADINO, Gisele. Alceu Amoroso Lima e a “fé no direito”. Introdução. **In:** LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito... Op. cit.*, p. 11.

⁵⁰¹ LIMA, Alceu Amoroso. *Op. cit.*, p. 16

⁵⁰² *Idem*, p. 17.

Sucessivas rupturas históricas⁵⁰³ teriam provocado no espírito do mundo Moderno “um desassossego, uma inquietação, uma insegurança, uma angústia, que são sinais dos tempos que estamos vivendo”⁵⁰⁴, o que tornaria necessário restaurar a fé no Direito. Como mencionou, “o direito se baseia na Justiça e esta, antes de ser uma formulação *legal*, deve ser uma inclinação e um *habitus* da nossa vivência pessoal e social”. E, quando assim não ocorre “defrontamo-nos com o fenômeno do *legalismo*, em que a letra mata o espírito da lei e provoca, viciosamente, o estímulo renovado ao mesmo ceticismo que substituiu o império da Lei pelo império do Fato”⁵⁰⁵.

A retomada da fé no Direito foi uma forma de combater o ceticismo jurídico que, na concepção do autor refletiu a corrupção gradativa de três momentos imprescindíveis da formulação da lei positiva: a inclinação natural ao que é substancialmente justo em face do não justo; a passagem dessa intuição espontânea da justiça à prática efetiva nas relações humanas, que ocorre pelos costumes e hábitos sociais; e a formulação da lei propriamente dita.

Essas abordagens ligam-se intrinsecamente ao tema da pesquisa, na medida em que, em termos filosóficos constituem importantes referenciais ao projeto de construção de um Direito mais humano e mais justo, aqui proposto por um viés solidarista.

Ao abordar a questão humana fundamental – o sentido do ser – Martin HEIDEGGER tornou evidente a preeminência ôntico-ontológica do ser, do ser humano enquanto ser pensante, do ente que, como menciona, “somos nós mesmos”⁵⁰⁶. Investigar o sentido do ser seria entre as discussões “a mais universal e a mais vazia”, mas que “abriga igualmente a possibilidade de sua mais aguda singularização em cada presença”⁵⁰⁷. SARTRE retomaria essa perspectiva para definir o humanismo, que, como se mencionou, surgiu intrinsecamente ligado ao existencialismo.

O existencialismo surgiu como reação à tentativa de reduzir o homem ao plano conceitual das coisas e foi marcado pelo “subjetivismo, pelo sentimento trágico, bem como

⁵⁰³ O autor refere-se às seguintes rupturas: 1517 (rompimento da unidade do mundo cristão, entre o fim da Idade Média e início da Idade Moderna); 1789 (rompimento com o antigo regime para instaurar a era revolucionária); 1848 (luta capital/trabalho e dissociação entre poder religioso e poder político); e 1917 (ruptura entre liberdade e autoridade – guerras, revoluções e crises). *Idem*, p. 16-20.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 19-20.

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 20.

⁵⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008, p. 85.

⁵⁰⁷ *Idem*, p. 79.

pela experiência concreta”⁵⁰⁸. Por sua vastidão, profundidade e significado representou uma reação e uma crítica ao racionalismo e ao otimismo do idealismo absoluto. Seu alcance extrapolou o ambiente europeu, em especial a Alemanha e França, para se tornar uma corrente de pensamento conhecida e discutida mundialmente⁵⁰⁹.

A Filosofia da existência, em suas diversas expressões, sinaliza relevantes influências sobre o pensamento e o discurso de juristas e de filósofos do Direito.

Na elaboração conceitual de vários institutos do Direito contemporâneo tem-se considerado não apenas acontecimentos históricos, mas também o pensamento filosófico. Os influxos que decorrem diretamente do existencialismo abrangem uma visão cristã do homem e do mundo, que com princípios essenciais – e eternos, pois imbuídos de valores como amor e justiça – movem as aspirações éticas das comunidades. Neste ponto alia-se à visão humanista e personalista do Direito, do que decorrem algumas posturas tendentes à solidariedade e à justiça social, e na essência, a mais ampla promoção humana.

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO observa que a filosofia constituiu-se, durante muitos séculos, de propostas reflexivas sobre o mundo e as coisas. Foi, portanto, basicamente metafísica. Tratava dos entes que estão no mundo, do “ser das coisas”, daquilo que se situa diante do olhar do homem⁵¹⁰. Nas últimas décadas, graças à Filosofia da existência, “o pensamento teve uma espetacular e transcendental inquietação, a partir da qual se abririam inesperados horizontes à reflexão filosófica. A atenção dos pensadores se desloca do ser das coisas ao ser do homem”⁵¹¹. Esta seria a “consciente tarefa” que Martin Heidegger assumiu em *Ser e Tempo* e que inspiraria especialmente o personalismo jurídico.

Emmanuel MOUNIER explica que o termo personalismo é relativamente recente⁵¹², embora sua ideia básica esteja inserida em uma longa tradição, o que lhe retira a característica

⁵⁰⁸ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 242.

⁵⁰⁹ Atribui-se, geralmente, à *Sören Kierkegaard*, a fundação do existencialismo alemão. Contudo, dá-se importância maior na constituição do existencialismo moderno ao pensamento de *Frederico Nietzsche* e sua doutrina do super-homem, em que faz referência ao “potenciamento vital”, ou seja, que “todos os valores devem ser apreciados enquanto favorecem o poderio, a força”. É relevante, ainda, *Edmundo Husserl*, crítico de Kant, que lançou o fundamento filosófico do existencialismo com sua doutrina da fenomenologia, pela qual se elevou a filosofia à verdadeira categoria de ciência, como a matemática. PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luis. *Op. cit.* p. 425-433.

⁵¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 29.

⁵¹¹ *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: *o pensamiento da un espectacular y transcendental vuelco, a partir del cual se abrirían insospechados horizontes a la reflexion filosófica. La atención del hombre de pensamiento se desplaza del ser de las cosas al ser del hombre*.

⁵¹² O termo foi usado em 1867 por Walt Whitman nas suas *Democratic Vistas*, depois citado por alguns autores americanos. Em 1903 foi utilizado por Renouvier para classificar a sua filosofia e caiu em desuso até reaparecer, na França, por volta de 1930, “para designar, num contexto muito outro, os primeiros estudos que a revista *Esprit* e alguns grupos afins (*Ordre Nouveau*, etc.) procederam, quando da crise política e espiritual que então

de novidade. É que “o universo da pessoa é o universo do homem” e seria de espantar que se tivesse esperado até o século XX para explorar seu conteúdo, ainda que com outras denominações.

Para restringir a análise ao personalismo atual, significa não apenas uma atitude, ou um sistema; por exigir sistematização e certa ordem e por definir estruturas, seu enquadramento estaria no campo da filosofia⁵¹³. Em sua afirmação central estão pessoas livres e criadoras, o que implica “um princípio de imprevisibilidade”, e, por consequência, nenhuma sistematização definitiva⁵¹⁴.

De acordo com o autor, a história da pessoa caminhou paralela à história do personalismo e não se desenvolveu somente no plano da consciência, “mas, em toda a sua grandeza, no plano do esforço humano para humanizar a humanidade”⁵¹⁵.

Afirma-se que interrogar sobre a noção de pessoa “é na realidade o mesmo que fazer-se a pergunta antropológica fundamental sobre a concepção do homem e o sentido de sua jornada no mundo e em relação ao mundo”⁵¹⁶. É que todas as sociedades humanas, a partir do momento em que o homem tomou consciência de sua existência e de sua condição de ser mortal, teriam feito a mesma pergunta. As respostas, naturalmente, diferiram conforme a concepção de natureza e de universo construída em cada sociedade, sabendo-se que na Antiguidade até o nascer do Cristianismo o sentido da pessoa manteve-se embrionário⁵¹⁷.

O Cristianismo tornar-se-ia emissário de uma noção decisiva de pessoa, com a consequente perturbação do pensamento e da sensibilidade dos gregos⁵¹⁸. Os frutos das ideias

alastrava na Europa”. Em 1947, o *Vocabulaire Philosophique* de Lalande, na sua quinta edição, o reconheceria oficialmente e o Larousse, tomando a expressão totalmente fora de sua significação habitual lhe daria o significado de egocentrismo. MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de: João Bernard da Costa. 3 ed. Lisboa: Moraes; Santos-SP: Martins Fontes, 1974, p. 15.

⁵¹³ *Idem*, p. 16.

⁵¹⁴ O termo ainda segue caminhos indecisos e divergentes e encontra barreira inicial na própria definição de pessoa. *Idem*, p. 17-19.

⁵¹⁵ *Idem*, p. 20-21.

⁵¹⁶ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 583.

⁵¹⁷ A cidade e a família absorviam o *homem antigo*. A filosofia ocupava-se do pensamento impessoal e sua ordem que rege a natureza e as idéias, daí porque a escravidão humana não gerava nenhum choque, nem aos espíritos mais elevados de então. A aparição do singular não passava de uma sombra, algo indefinido na natureza e nas consciências. Os gregos, no entanto, tinham um agudo sentido da dignidade do ser humano, embora com certa ambigüidade. Com Sócrates, que se opôs aos discursos utilitários dos sofistas, teria ocorrido a primeira grande revolução personalista conhecida com a formulação “conhece-te a ti próprio”, ainda que de forma limitada. Seguiu-se Aristóteles e os estóicos, que pressentiram a *caritas generis humani*. MOUNIER, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 22-23.

⁵¹⁸ O pensamento cristão contrapôs-se à rejeição grega à multiplicidade. O indivíduo humano passou a ser visto como um todo indissociável e não mais o cruzamento de várias participações. Acima das pessoas já não reinaria “a tirania abstracta dum Destino, duma constelação de idéias ou dum Pensamento Impessoal, indiferente aos destinos individuais”, mas um Deus pessoal, ainda que de um modo eminente. A liberdade passou a ser constitutiva da existência criada, daí porque o homem teria sido chamado a amadurecer livremente a humanidade e os efeitos da vida divina. O direito de pecar, ou seja, “de recusar o seu destino” seria essencial ao pleno uso da

cristãs, por sua novidade e radicalismo, naturalmente não se verificariam de imediato⁵¹⁹. À medida que a noção de pessoa se precisava, a influência jurídica romana lhe emprestava o rigor de suas fórmulas. Os conceitos herdados dos gregos, centrados sobre a classe e a generalidade dificultavam a sua expressão. Ocorreria, ao final da Idade Média e começo da Moderna o início de uma conversão à existência. A estrutura feudal seria sacudida pela burguesia ascendente que exaltou o indivíduo isolado e lançou as bases de um “individualismo económico e espiritual, de que ainda hoje sofremos os desgastes”⁵²⁰.

O século XIX registrou o ingresso do personalismo na França e na Alemanha. Kierkegaard e Karl Marx se ocupariam da condição humana, aquele ao profetizar a “grandeza paradoxal e dramática do homem” e este ao denunciar a visão que se fazia do “espírito abstrato e não do homem concreto” como sujeito da história⁵²¹. O desenvolvimento sociológico da condição humana, por outro lado, ainda seguiria de forma lenta⁵²².

A invenção do homem como sujeito dotado de personalidade e destino próprio foi criação ocidental, fruto do encontro entre filosofia grega e juridismo latino e a fé cristã. O Cristianismo promoveria a passagem “da noção de *persona*, homem revestido de um estado, à noção pura e simples de homem, de pessoa humana”⁵²³. Embora essa longa tradição tenha

liberdade. Com o pensamento cristão a idéia desse absoluto pessoal não isolaria o homem, “nem do mundo, nem dos outros homens”. Começaria a ganhar sentido “uma história colectiva da humanidade, de que os gregos não tinham sequer idéia”. *Idem*, p. 23-26.

⁵¹⁹ A persistência do pensamento grego na realidade social e ideológica medieval impediu que logo se passasse da reabilitação espiritual do escravo à sua efetiva libertação, da igualdade de almas à igualdade de possibilidades de vida social, do crescimento espiritual, além do crescimento do corpo. Impediu, também, a humanidade medieval de se libertar “do peso excessivo do trabalho e da fome e de construir uma unidade cívica acima dos estados sociais”. *Idem*, p. 28.

⁵²⁰ A construção do personalismo daria um significativo passo com Renè Descartes que atribuiu ao ato de um sujeito a “afirmação dum ser que rompe com os intermináveis cursos da idéia e se assume com autoridade na existência”. Afirma-se que o personalismo estaria a dever a Leibniz e a Kant e ao esforço de reflexão do pensamento idealista alguns aspectos valiosos de sua construção, como a dialética da pessoa. Rousseau, que lançou bases a uma “educação do ser pessoal” e Goethe, que procurou na ação a “unidade dinâmica do espírito e da matéria”, também lançariam contribuições. *Idem*, p. 28-29.

⁵²¹ Kierkegaard afirmaria o irredutível surto da liberdade e se levantaria contra o “optimismo do conforto burguês e da razão fácil”, mas, por forte influência do romantismo não conseguiu sair de sua solidão para unir-se ao mundo e aos homens. Karl Marx acusaria Hegel de “fazer do espírito abstracto, e não do homem concreto, o sujeito da história, reduzindo à Ideia a realidade viva dos homens. Marx denunciaria essa alienação, que seria a do mundo capitalista, que “trata o homem trabalhador e produtor como objecto da história e que, ao mesmo tempo em que o expulsa de si próprio, o expulsa do seu reino natural. *Idem*, p. 30-31.

⁵²² Pensadores como Nietzsche, Max Scheler, Bubber, J. Maritain, Gabriel Marcel e Jaspers surgiram com noções como as de homem pessoal e as suas relações com o mundo e suas obras, dialética do espírito e da ação e descrição das estruturas do universo pessoal. Essas tentativas prosseguiram com a revista *Esprit*, que, por um lado, com o movimento de renovação *existencialista* cuidou de temas como liberdade, interioridade, comunicação e sentido da história; e, por outro, com o movimento de renovação *marxista*, incitou o pensamento da época a “libertar-se das mistificações idealistas, a partir da comum condição dos homens e a ligar a mais alta filosofia aos problemas da cidade moderna”. *Idem*, p. 31-35.

⁵²³ ARNAUD, André-Jean [et. al.]. *Dicionário... Op. cit.*, p. 583.

indagado sobre o homem, somente no século XX é que se atingiria a especificidade do seu conceito, ainda que remanesçam incertezas⁵²⁴.

Em uma perspectiva jurídico-sociológica, de forma geral, não se considera suficiente o homem existir biologicamente para ser reconhecido. É que a existência da pessoa, como sujeito, “depende, em última instância, de seu reconhecimento pelos outros, ou seja, em termos contemporâneos, do *desejo* ou do *não-desejo*, puramente subjetivo que ela inspira quer à coletividade, quer a seus próximos”⁵²⁵. O mundo tornou-se hiper-complexo e representa, cada vez mais, o espaço do desencanto. O homem, que já havia se tornado autônomo, capaz de usar o próprio entendimento para orientar o curso de sua vida deve encontrar “ele próprio o fundamento de seu saber e do uso de seu poder, entre o individualismo desintegrante e o totalitarismo esmagador (...)”. O único princípio de coerência, talvez possível, entre essas forças estaria “no respeito à pessoa, única em sua dignidade de homem, mas solidária da comunidade (...)”⁵²⁶.

Edgar de Godoi da MATA-MACHADO, que tratou da irrupção da pessoa no mundo do direito tomou como referência o período entre as duas grandes guerras do século XX. Observou que a ciência do direito, em tal período, tinha como característica dominante a “negação da **presença concreta da pessoa humana** no dinamismo jurídico” (grifos do original)⁵²⁷. Pensou-se que era possível esperar dos estudiosos uma reação, mas esta apenas se esboçou. A ciência jurídica se construiria e viveria sob a sucessão de idéias positivista, neo-kantiana e hegeliana, fortemente individualista, que manteve a consideração do homem como abstração.

Depois da Segunda Guerra mundial ocorreria o que o autor chamou de “uma irrupção da Pessoa no mundo jurídico”, com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948. Esta reafirmou a fé “nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”, com novos ideais jurídicos. Reconheceu a dignidade inerente a todos os seres humanos, a igualdade de seus direitos, liberdade, justiça e paz no mundo, o encorajamento das relações amigáveis entre as nações, o favorecimento ao progresso social e a criação de melhores condições de vida em um espaço de liberdade maior.

⁵²⁴ *Idem*, p. 584-585.

⁵²⁵ *Idem*, p. 585.

⁵²⁶ *Ibidem*.

⁵²⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 53.

O vasto material sociológico e ideológico que subsidiou a elaboração da Carta das Nações Unidas e a *Declaração Universal de Direitos do Homem* passou a influir significativamente nas ciências jurídicas. Os novos subsídios, independente das suas fontes de inspiração promoveram a “volta da Pessoa humana **concreta** ao mundo do Direito (grifo do original)⁵²⁸, ao centro da especulação e da pesquisa jurídica. Afirma-se o retorno porque, como já se fez referência, com a Modernidade a pessoa, em suas necessidades concretas cedeu lugar ao sujeito de direito, impessoal e abstrato, desconsiderado do plano da realidade individual e social.

O regresso da pessoa humana ao campo do direito marcaria a fixação de limites na antinomia “individual *versus* social”⁵²⁹. Tentativas no sentido de aproximar as diferenças entre o individual e o social parecem não ter gerado muitos resultados concretos, pois se constata que em várias doutrinas e sistemas insinua-se o problema da finalidade do direito como possível solução⁵³⁰.

A solução do conflito, na visão de MATA-MACHADO depende de assentar-se uma boa base teórica para a finalidade do direito. Coube-lhe indagar “que doutrina servirá de base aos novos Direitos do Homem e à progressiva redução da antinomia individual-social?”. Seria a do “individualismo tradicional”, a do “humanismo marxista, histórico-dialético, espécie de individualismo de aspiração”, ou a do “personalismo comunitário, de fundo cristão e democrático, cujas aplicações às construções jurídicas antes foram deformadas em regimes autoritários e totalitários (...)”? Somente a terceira estaria “aberta, na ordem do temporal e do

⁵²⁸ *Idem*, p. 67.

⁵²⁹ O século XIX regulava apenas parcialmente, por legislação ordinária, os problemas da vida social. Depois de 1918 propagou-se a convicção de que o Estado já não poderia se contentar com o simples reconhecimento da independência jurídica do indivíduo. A independência era fato novo e postulava condições jurídicas antes colocadas fora do âmbito da ação estatal. A Constituição de Weimar abriu a nova possibilidade, seguida pela Constituição do Reino dos Sérvios, Croatas e Slovenos, com expansão, na sequência, para as novas leis fundamentais, promulgadas em vários outros países. Há dúvidas, porém, sobre a eliminação da antinomia individual x social, já que a inspiração da Declaração de Direitos parece ter sido diversa da que levou à inclusão dos direitos sociais nas Constituições modernas. *Idem*, p. 67-68.

⁵³⁰ Por três maneiras se poderia responder à indagação: “para que se submete a vida em sociedade a um ordenamento jurídico?”. Essas formas se excluíam e constituiriam a origem da antinomia individual *versus* social. A primeira resposta, colocado o problema na perspectiva do individualismo e de seu oposto, seria: “para assegurar a cada participante da vida social liberdade e garantia de ação na convivência com o outro e com os outros, usando cada um dos meios que, a seu critério, se afigurem mais apropriados”. O direito existiria, portanto, para o indivíduo. A segunda diria: “para que não apenas a sociedade dos homens, tomada em sentido genérico, mas tal sociedade que se particulariza num Estado-Nação, seja a mais sadia, a mais próspera, a mais capaz de afirmar-se perante as outras, ou de alguma forma dominá-las”. Aqui, o direito existiria para a sociedade. A terceira resposta dependeria de como se conceitua a participação do homem na sociedade e o fim que se assinala a esta, tendo em vista o seu próprio bem como um todo. A terceira resposta possível estaria “no conceito do direito de integração ou de comunhão”. *Idem*, p. 115-116.

político a tóda afirmação de humanismo que não contrarie ou violente a natureza humana”⁵³¹ e assim estaria apta a fixar os alicerces do acordo teórico que se almeja.

Leon DUGUIT e Maurice HAURIUO também se ocuparam das fronteiras entre o individual e o social⁵³². Na mesma linha, Gustav RADBRUCH tratou da oposição entre indivíduo abstrato e indivíduo concreto, este mais próximo das preocupações atuais dos juristas. Indagou: “que espécie de indivíduo se coloca na base das construções do individualismo?”. Não seria o indivíduo empírico, nem a individualidade ou personalidade moral, mas um indivíduo “como puro ente da razão”, um indivíduo “comparável ao átomo das ciências físicas sempre idêntico a si mesmo através de seus milhares de modificações e de combinações”⁵³³. Um indivíduo abstrato, e, portanto, artificial, e “por assim dizer, um *indivíduo sem individualidade* alguma”⁵³⁴.

MATA-MACHADO acentua que o que faltou ao homem do individualismo foi, antes, “personalidade”, na medida em que considerado simples abstração⁵³⁵. O plano da interrelação evidencia dois aspectos do homem: *indivíduo* e *pessoa*. Independente do conceito que se adote de integração do homem no meio social, da forma associativa como se apresente, de estar ou não na dependência de alguma garantia de autoridade pública e de manter ou não vínculo com o outro, o homem, sempre, nas mais variadas circunstâncias “se dá e se reserva, é parte e é todo, confunde-se e se afirma, alia-se e se isola, é invariavelmente duplo”⁵³⁶. Assim, para captar a sua realidade inteira cumpre ao observador penetrar “até a raiz da individualidade e da personalidade do homem”⁵³⁷.

Por uma linha filosófica de cunho social e político, Jacques MARITAIN procurou demonstrar que o mundo moderno confundiu individualidade e personalidade⁵³⁸. Diante da crise do individualismo e das ameaças do totalitarismo de sua época confrontou “a noção de pessoa humana, engajada como tal na sociedade”, à ideia do Estado totalitário e a da soberania do indivíduo⁵³⁹. Reconheceu que “a pessoa é o que há de mais nobre e de mais

⁵³¹ *Idem*, p. 133.

⁵³² Maurice Hauriou pretendeu assentar, pela via do método positivo, as bases de um direito natural imutável, o que buscou na invariabilidade da espécie humana tal como a ciência antropológica e biológica a havia fundado em seu tempo. *Idem*, p. 136-137.

⁵³³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de: Luís Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 142-145 {Coleção Studium}.

⁵³⁴ *Idem*, p. 145.

⁵³⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Op. cit.*, p. 138.

⁵³⁶ *Idem*, p. 143-144.

⁵³⁷ *Idem*, p. 144.

⁵³⁸ MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem*. Tradução de: Afrânio Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p. 15-18 {Coleção Sagarana}.

⁵³⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Op. cit.*, p. 145.

perfeito em toda a natureza” e insistiu na importância da tomada de consciência desse dado, que significou a raiz dos grandes progressos da humanidade⁵⁴⁰.

A distinção entre indivíduo e pessoa, sob a perspectiva jurídica, tornou-se aspecto essencial. Afinal, o Direito, quanto ao homem, refere-se ao indivíduo ou à pessoa?⁵⁴¹. Haveria, na visão de MATA-MACHADO certa tendência inicial de considerar o primeiro, pois sendo o indivíduo parte da comunidade a que deve servir, parece que toda a atuação do Direito se esgota no plano da individualidade⁵⁴². Maurice HAURIOU, embora com uso de terminologia diversa, teria sido o que mais se aproximou da segunda opção.

O Direito estaria a se referir, na realidade, à “pessoa”, por ser esta que se engaja na sociedade, sendo o “indivíduo” apenas um de seus aspectos. Aí estaria a razão “por que a norma jurídica, especificação da norma do todo social, deve estar a serviço da ‘pessoa’, que é um ‘todo’ também”. Nesta perspectiva, o direito deverá ter como motivo determinante, em uma sociedade de todos, o respeito a essa totalidade. O seu fim será “o de criar as condições dentro das quais a ‘pessoa’ se possa afirmar como um todo e possa realizar suas aspirações de todo ‘independente e livre’”⁵⁴³. O Direito passa a ser, então, uma “técnica de superação do individual no homem”, que é por natureza um animal político.

Afirmar que a pessoa é o ponto de referência do Direito significa dizer que “é para o homem, enquanto **pessoa**, que se constitui o Direito⁵⁴⁴. Se é correto afirmar que não se conhece o homem fora da sociedade e para ela é que o homem vive, deve-se concordar, também, que “se há uma organização social – um direito – terá de pôr-se a serviço do homem”. Afinal, “o homem não se criou para a sociedade, mas para, nesta, realizar o seu destino próprio”⁵⁴⁵.

Retornando à investigação sobre os fins do direito – “para que” se estabelece e se exerce o direito – ou à finalidade das instituições e regras jurídicas, efetivamente não se pode dizer, sem afrontar à verdade, que o fim está na sociedade ou no homem, de maneira que um

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 146.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 157.

⁵⁴² Essa teria sido a conclusão de Leon Duguit na sua concepção de norma social, pois o homem só interessaria à ciência jurídica enquanto integra o grupo social, “não em si mesmo, ou em atenção à sua totalidade de pessoa”. Gurvitch, Radbruch e Lacambra teriam, guardadas as particularidades de suas idéias, concluído no mesmo sentido. *Idem*, p. 158.

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ Essa concepção se distancia dos postulados do individualismo, do sociologismo e de uma concepção totalitária das construções jurídicas. Não se identifica, também, com posições meramente críticas, como foram as de Leon Duguit (que viu na sociedade o único dado real digno de preocupação do jurista), de Maurice Hauriou (que se posicionou contra o coletivismo dos teóricos alemães), de Savatier, (para quem é a sociedade que existe para o homem) e de Louis Josserand (que se voltou contra a concepção imperialista, que inspirou a resistência da opinião jurídica francesa à teoria do abuso de direitos). *Idem*, p. 161.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

exclua o outro. Esse fim estaria em algo que pertença tanto ao homem quanto à sociedade, entre os quais existe um conflito. A afirmação e a prática do Direito, sem dúvida, visam um bem, mas que não pode ser exclusivamente individual, nem apenas social, porém, “comum ao que, no homem, corresponde a seu valor social e, na sociedade, caracteriza sua função a serviço do homem”. O conceito de bem comum⁵⁴⁶, que com Jacques MARITAIN atingiu o estado científico estaria baseado nessas conclusões de bom senso e que poderiam ser assim traduzidas: o bem do corpo social é um bem comum de pessoas humanas⁵⁴⁷.

O bem comum, a que se pode reconhecer efetiva expressão jurídica possui caráter formalmente social. Sua especificidade estaria em que “é ele **recebido e comunicado** em pessoas humanas e por intermédio de pessoas humanas”. Seria ele o bem “do todo, por causa do todo e o bem de cada uma das partes do todo, por causa de cada uma delas”⁵⁴⁸. Seria de sua natureza favorecer os fins superiores da pessoa humana, os que estão acima da vida em sociedade. O homem encontra a si mesmo subordinando-se ao grupo; o grupo, por sua vez, “só atinge o seu fim servindo o homem, e sabendo que o homem tem segredos que escapam ao grupo e uma vocação que no grupo não se comporta”⁵⁴⁹.

Compreende-se, hoje, que o bem comum, em um sentido amplo, inclui tanto bens ou serviços de utilidade pública ou de interesse nacional, como leis justas, bons costumes, as instituições que estruturam a nação, além de símbolos, glórias e tradições vivas dessa nação, seus tesouros de cultura e arte⁵⁵⁰. O bem comum compreenderia todas essas coisas, e ainda muito mais, como a soma ou a integração sociológica de tudo que há de consciência cívica, virtude política e senso de direito e de liberdade⁵⁵¹.

As distinções entre indivíduo e pessoa foram essenciais para se compreender as relações entre o homem e o direito e as novas formas de sociabilidade, que exigiram construções jurídicas mais adequadas à realidade, como o reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, que resultaram justamente da crise do individualismo⁵⁵².

⁵⁴⁶ Críticas à teoria do bem comum podem ser encontradas em René HUBERT que apontou suas insuficiências; em Rudolf Von IHERING, no ponto em que o bem comum seria a soma dos bens individuais; e ainda em Gustav RADBRUCH, que via o bem comum como algo transpessoal e de certo modo trans-social, acima da pessoa e da sociedade, entre outros. *Idem*, p. 162-173.

⁵⁴⁷ Na doutrina de Jacques MARITAIN se estabelece relação entre “bem comum” e “pessoa”, correspondente a que existe entre “pessoa” e “sociedade”. Assim, como a sociedade “é um todo que se compõe de todos”, o **bem comum** é fim para o **todo social** e para os todos, para cada um dos todos, que o compõem”. MARITAIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 20.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 21.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 28.

⁵⁵⁰ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Op. cit.*, p. 177.

⁵⁵¹ *Idem*, p. 177-178.

⁵⁵² *Idem*, p. 179.

Deve-se reconhecer que o pensamento individualista, no campo jurídico assegurou aos cidadãos, direitos e garantias individuais. Porém, os admitiu apenas de forma subsidiária e circunstancial, pois, historicamente, as condições criadas pela realidade social colocaram os mais fortes e poderosos em posição de privilégio sobre os economicamente mais fracos⁵⁵³.

Textos legislativos, como a *Declaração Universal de Direitos do Homem* de 1948 e pouco antes, a Constituição da França, de 1946, por transformarem em regras de direitos certos enunciados que proclamavam a expansão e a exaltação da pessoa humana, estimularam intensos debates sobre a efetivação, na vida social e jurídica, dos novos direitos⁵⁵⁴. Acentuados pelas dimensões sociais, econômicas e culturais eles decorreram de uma importante tomada de consciência, pela razão humana, não apenas dos direitos do homem “como pessoa humana e cívica, mas também de seus direitos como pessoa social, participante dos processos de produção e consumo, especialmente dos direitos do homem como trabalhador”⁵⁵⁵.

O final do século XX despertaria outros “novos direitos”, muitos incluídos nos novos textos constitucionais, do que sobressai a importância de se estudá-los em uma perspectiva personalista e comunitária. Como afirmou Emmanuel MOUNIER, a primeira preocupação do individualismo é “centrar o indivíduo sobre si mesmo”, e a primeira preocupação do personalismo é “descentrá-lo para o colocar nas largas perspectivas abertas pela pessoa”⁵⁵⁶. Assim considerou porque “o primeiro ato da pessoa deve ser, pois, a criação com outros numa sociedade de pessoas, cujas estruturas, costumes, sentimentos e até instituições estejam marcadas pela sua natureza de pessoas”⁵⁵⁷.

Essa forma de pensar permite compreender as preocupações de muitos filósofos do direito do século XX em combater as estruturas fortemente lançadas pelo individualismo, e, num movimento de ruptura, acentuar as dimensões da pessoa. O Estado assumiria a tarefa de tornar objetivas as normas que nascem espontaneamente da vida dos grupos sociais, o que faz

⁵⁵³ O desnível social motivou o *marxismo* a apresentar-lhe uma explicação de ordem científica. Rejeitando o homem abstrato do individualismo o *comunismo* apresentou-se, de início, “como um desesperado protesto contra a desumanização da pessoa”. Porém, conceituou essa desumanização “na mesma perspectiva da individualidade material” e no esforço de incluir “o homem concreto no dinamismo da vida social, só viu nele as aspirações da matéria (...)”, de modo que ao direito “outra função não se assinalaria senão a de substituir ao governo dos homens a administração das coisas”. Esse equívoco resultaria em várias reações anti-comunistas. *Idem*, p. 180-181.

⁵⁵⁴ RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. 3.ed. Porrúa-México, 1952, p. 524.

⁵⁵⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Op. cit.*, p. 190-191.

⁵⁵⁶ MOUNIER, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 62-63.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 194.

do Direito “a garantia institucional da pessoa”, e do Estado “a existência voltada para o homem, não o homem para o Estado”⁵⁵⁸.

O humanismo, a filosofia da existência e o personalismo, por facilitarem a necessária aproximação do ser humano à realidade, revelaram o protagonismo deste na experiência jurídica, com o que a proteção prioritária do patrimônio, que se verificou em todo o período de influência individualista começaria a se retrair.

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO observa que esse foi o início de um movimento, em crescente expansão, que se propôs à tarefa de refundar o Direito com fundamento “na prevalência da tutela da pessoa humana sobre o patrimônio instrumental”⁵⁵⁹. Sob o influxo dessas correntes, em especial do personalismo surgiu a tendência recente de – com a mesma finalidade de superar a concepção individualista e patrimonialista do direito – tomar o valor solidariedade como diretriz a formulações jurídicas teóricas e práticas.

Tal forma de personalismo constitui, ao mesmo tempo, um solidarismo jurídico com vistas a “um justo equilíbrio entre a mais ampla tutela que se deve dispensar à pessoa e o interesse social que lhe alcança e compreende enquanto ser existencial”⁵⁶⁰.

A solidariedade como valor jurídico, portanto, estaria consumada. Percorreu-se um longo e difícil caminho até se ter consciência de que além de valores como justiça, liberdade e segurança, também a solidariedade deveria ser reconhecida, em igual dignidade e hierarquia, como um valor jurídico por excelência.

A solidariedade, na sua expressão jurídica merecerá abordagem específica, com foco na concepção de que o Direito tem a função primordial de oferecer a resposta jurídica mais propícia à realização da pessoa, não sem considerar o seu necessário equilíbrio com o bem comum.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 82. Tradução livre. Texto original: (...) *en la prevalência de la tutela de la persona humana sobre el patrimonio instrumental*.

⁵⁶⁰ *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: *un justo equilibrio entre la más amplia tutela que se debe dispensar a la persona y el interés social que le alcanza y comprende em tanto ser coexistencial*.

4. NO ABRIGO DO DIREITO: A FACE VISÍVEL DA SOLIDARIEDADE NO DISCURSO JURÍDICO

4.1 SOLIDARIEDADE E SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Fez-se referência s formulações em torno do pensamento social desenvolvidas no século XIX, que foram significativas para a construção teórica do espaço social e para o novo campo de reflexão que surgia: o social.

O conhecimento do fato social não tardou a influenciar outros campos do saber e quando o social tornou-se referência e fundamento para a reformulação do Estado e do Direito, este se tornou um símbolo visível da solidariedade social⁵⁶¹. O Direito, ao tomar como referência a sociedade aproximou-se da noção de *justiça social*, que paralelamente se construía e que foi concebida a partir de três grandes *epistèmes* do saber jurídico: a justiça nas suas concepções clássica, moderna e da teoria da justiça social.

Esta última vertente respaldaria um movimento de conciliação entre liberdade individual e bem estar social e revelaria a necessidade de um processo solidário e contínuo entre pessoas e instituições, para viabilizar a construção auto-sustentada de desenvolvimento e de justiça. Dessas formulações derivariam as primeiras idéias de solidariedade jurídica.

Por ser a noção de solidariedade extremamente abrangente foi necessário analisar algumas de suas dimensões – religiosa, filosófica, sociológica, antropológica – como forma de apoio ao seu significado jurídico. Este significado, que também é abrangente, tende a ser sempre imperfeito, embora se possa contar com alguns recursos facilitadores. Neste sentido, pode-se, primeiro, separar e distinguir as suas perspectivas intrínsecas e extrínsecas.

Se considerada a solidariedade na primeira perspectiva, estar-se-á diante dos sentimentos humanos de generosidade, fraternidade e amor ao próximo, ou, ainda, ante a projeção da tendência humana ao bem. Será provavelmente fácil identificar, aqui, comportamentos espontâneos de consideração, dedicação e ajuda ao próximo. Nesta perspectiva, a solidariedade não cabe ser ensinada, nem imposta por qualquer forma.

Por outro lado, há uma perspectiva mais objetiva, que aparece quando se consideram outros campos do comportamento humano, onde é fraca ou inexistente a boa vontade, a

⁵⁶¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão... Op. cit.*, p. 31.

solicitude, a presteza e a ajuda mútua. Por óbvio, não cabe idealizar aqui a bondade humana, nem esperar comportamento espontâneo de ajuda mútua. É nesta perspectiva que a solidariedade se projeta como categoria jurídica. Quando a conduta solidária humana, de forma espontânea é débil, porém, necessária diante das necessidades concretas da vida social, aí se levanta a possibilidade de ser estimulada e até mesmo imposta. Será neste momento que o Direito, assumindo sua fundamental tarefa de promover a proteção da pessoa humana deverá disponibilizar seus mecanismos de atuação para assegurar a prática esperada.

Demonstrou-se que alguns filósofos, sociólogos e juristas do século XIX e início do século XX já vislumbravam como possível uma sociedade solidária baseada em uma democracia social e pluralista. Aquele ambiente preparava uma nova racionalidade, calcada em rupturas (porque o discurso solidarista opunha-se à racionalidade jurídico-política liberal, individualista, formalista e positivista) e em grandes mudanças (pelo estímulo a novas práticas sociais e a uma nova forma de se conceber o direito e o Estado). Construía-se uma nova e específica maneira de se produzir e articular normas, de pensar a relação entre o fato e o direito e de definir critérios de juridicidade e de legitimidade, com base na promessa geral de apoio mútuo.

Os fundamentos do Direito, naquele contexto social foram revisitados. Afirmava-se a solidariedade social como verdadeiro fundamento do Direito diante da premissa incontestável da vida humana em sociedade e de que o homem está unido aos demais por laços de solidariedade social. Por tais laços, todos têm o indeclinável dever de desempenhar um papel social, na medida em que também adquirem direitos subjetivos. Abriu-se caminho, assim, a uma ética da solidariedade, mais tarde ao Direito social e, de forma gradativa, à revisão do constitucionalismo liberal para transformá-lo em constitucionalismo social.

O Direito contemporâneo reproduz, em grande medida, o panorama construído por aqueles pensadores de orientação transformadora e integrativa.

A relação entre solidariedade e direito, nas palavras de Javier de LUCAS encerra uma virtualidade. A solidariedade, entendida como vinculação moral do indivíduo com o grupo aparece como fundamento e limite determinante do jurídico e impede que o Direito se converta, pura e simplesmente, “em instrumento de dominação, isto é, como causa de desigualdade social, de situações de tirania de grupo ou classe. A solidariedade implica o respeito com o outro, que é igual; logo, supõe uma barreira à consideração do homem como

meio⁵⁶². Em outras palavras, a solidariedade, mais do que um sentimento de amizade fraterna ou de simpatia, estabelece entre os homens vínculos ético-jurídicos que a lei há de consagrar⁵⁶³.

Analisar a relação entre solidariedade e Direito, do ponto de vista dos direitos fundamentais, torna mais fácil demonstrar o processo de transposição da solidariedade, como categoria metajurídica, a elemento de preocupação jurídica. A teoria dos direitos fundamentais, que em um sentido *lato* gravita em torno da necessidade de se criar e manter pressupostos elementares a uma vida humana livre e digna contribuiu de forma determinante para a consolidação jurídica da solidariedade.

Os direitos fundamentais propriamente ditos estão vinculados, originariamente, a uma concepção liberal do Estado de Direito, o que fez deles, primeiro, uma abstração, para somente mais tarde tornarem-se concretos, independente da modalidade de Estado e de ideologia⁵⁶⁴. Surgiram, na essência, como direitos do “homem livre e isolado”, que o homem possui em face do Estado; como direitos de liberdade da pessoa particular, de caráter absoluto, que só se relativizam de acordo com um critério estabelecido em lei e conforme a lei. Ganharam foros de universalidade quando a França exprimiu na Declaração de 1789 em três princípios o seu conteúdo possível: liberdade, igualdade e fraternidade”⁵⁶⁵.

O passo seguinte seria inserir, na ordem jurídica positiva os conteúdos materiais relativos àqueles postulados. Três gerações se sucederam. Os direitos de liberdade, construídos no século XIX e considerados fundamentais de primeira geração⁵⁶⁶, foram acrescidos dos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que constituíram, no século XX, os chamados direitos de segunda geração⁵⁶⁷. O final do século XX

⁵⁶² LUCAS, Javier de. *El concepto de solidaridad*. 1 ed. Colonia del Carmen-México: Fontamara, 1993, p. 79. Tradução livre. Texto original: *en instrumento de dominación, esto es, en causa de desigualdad social, de situaciones de tiranía de grupo o clase. La solidaridad implica el respeto hacia el otro, que es el igual; luego supone una barrera a la consideración del hombre como medio.*

⁵⁶³ *Ibidem*.

⁵⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 561.

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 562

⁵⁶⁶ Os direitos de liberdade ingressaram por primeiro em instrumentos normativos constitucionais e envolveram direitos civis e políticos. Historicamente, inauguraram o constitucionalismo do ocidente. Os direitos civis e políticos estão hoje consolidados em todas as Constituições que surgiram sob essa inspiração e permanecem abertos a avanços. Eles têm por titular “o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposições perante o Estado”. *Idem*, p. 563.

⁵⁶⁷ Os direitos de “segunda geração”, como os da primeira, surgiram de especulações filosóficas e políticas de acentuado teor ideológico; foram proclamados em Constituições de cunho marxista e no constitucionalismo da social-democracia, especialmente na Constituição de Weimar, dominando as Constituições do segundo pós-guerra, embora com baixa normatividade e de eficácia duvidosa. Foram remetidos à esfera programática, o que levou a uma crise de observância e execução até pouco tempo, quando novas Constituições passaram a adotar preceitos de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Os direitos sociais fizeram nascer a consciência

acrescentaria uma nova dimensão, agora calcada no postulado da fraternidade, formando, assim, os direitos de terceira geração. Esta derivou da “consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento”⁵⁶⁸.

Esses direitos, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade (...)” tenderam a cristalizar-se no fim do século XX como “direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”. Seu destinatário primeiro seria “o gênero humano mesmo”, em um “momento expressivo de sua afirmação como valor supremo, em termos de existencialidade concreta”⁵⁶⁹. Eles emergiram de reflexões sobre temas mais atuais como o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação e o patrimônio comum da humanidade.

Os direitos de fraternidade⁵⁷⁰ ou de solidariedade⁵⁷¹ não dizem respeito apenas ao Estado⁵⁷², mas também ao indivíduo. Na perspectiva do indivíduo traduzem-se, por exemplo, “numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada”⁵⁷³.

A descoberta e a formulação de novos direitos, na realidade, é um processo sem fim, que pode se alargar na medida em que se desenvolve o processo universalista. Teóricos dos direitos fundamentais registram, por esta razão, o que constituiria a quarta e a quinta geração de direitos. Aquela corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado social e abrangeria os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo⁵⁷⁴. Esta, a quinta geração, estaria expressa no direito à paz⁵⁷⁵.

de que, assim como salvaguardar o indivíduo é importante, também o será a salvaguarda da instituição, o que propiciou a visão de um novo conteúdo dos direitos fundamentais, ou seja, as garantias institucionais, pertinentes a instituições de direito público, que revalorizam os direitos de liberdade. *Idem*, p. 566-568.

⁵⁶⁸ *Idem*, p. 569.

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ VASAK, Karel. *Léçon Inaugurale. Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité*. Instituto Internacional dos Direitos do Homem. Estrasburgo, 1979. **In:** BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 569.

⁵⁷¹ MBAYA, Etienne-Richard. *Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis*. Manuscrito. **In:** BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 570.

⁵⁷² Quanto ao Estado, Etienne-Richard Mbaya reconhece três gerações ou expressões de direitos fundados no “princípio da solidariedade”: o dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); a ajuda recíproca (bilateral ou multilateral) de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *déficits*); e uma coordenação sistemática de política econômica. *Ibidem*.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ *Idem*, p. 571.

⁵⁷⁵ O direito à paz já havia conquistado a doutrina, que o inseriu nos direitos de terceira dimensão, entre os direitos de fraternidade, mas permaneceu por longo período sem visibilidade jurídica. Já se pregava a “emergência da paz como norma jurídica”, o que foi reconhecido em Declarações das Nações Unidas, como um direito imanente à vida, como condição indispensável ao progresso de todas as nações, sendo assimilada gradativamente também pela doutrina e pela jurisprudência. *Idem*, p. 579-581.

Os direitos, como desenvolvidos na primeira, segunda e terceira dimensões são considerados precursores de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais. O sentido abstrato e metafísico que permeou a *Declaração de Direitos do Homem* de 1789 cederia à aspiração de maior juridicidade, concretude e eficácia. Esta transformação, todavia, não autoriza desconsiderar que aquelas primeiras idéias constituíram um “ponto de partida valioso para a inserção dos direitos de liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo”⁵⁷⁶. A nova universalidade, que, naturalmente, não exclui os direitos de liberdade, mas antes os fortalece com a adoção dos direitos de igualdade e de fraternidade, expressou-se, fundamentalmente, pela nova Declaração de Direitos de 1948. Outros documentos relativos aos direitos humanos produzidos no século XX também lhe dão expressão⁵⁷⁷.

Na observação de Flávia PIOVESAN, a Declaração de 1948 efetivamente inovou a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada “concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos”⁵⁷⁸. Denomina-se universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que o único requisito para a sua titularidade é ser pessoa; e indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles for violado, os demais também estarão⁵⁷⁹.

A Declaração de 1948, ao proclamar já no artigo primeiro que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que são “dotadas de razão e consciência e devem agir em relação às outras com espírito de *fraternidade*” consagrou a evidência da inter-relação e da interdependência humanas. Proclamou a responsabilidade que decorre dessa dinâmica: o dever de cada um considerar o outro em suas especificidades e necessidades e de contribuir, com o papel social que lhe cabe, para a sustentabilidade da vida humana. Traduzindo o “espírito de fraternidade” referido no texto da Declaração à luz dos deveres de

⁵⁷⁶ *Idem*, p. 573.

⁵⁷⁷ Destacam-se entre esses documentos: Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Panrusso de 1918; Carta das Nações Unidas, de 1945; Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e os Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas; Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950; Carta Social Européia de 1961, Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969; Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos de 1981. *Ibidem*.

⁵⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. **In:** PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. I, p. 18.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

virtude com os outros, corresponderia ao que KANT havia chamado, no século XVIII, de “dever de humanidade”⁵⁸⁰.

A história dos direitos humanos expressos nas três primeiras gerações constitui “a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal”⁵⁸¹. Transpondo limites filosóficos para ingressar no campo jurídico, como normas positivadas, tornaram-se “os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais”⁵⁸².

Quando Robert ALEXY tratou da fundamentação dos direitos humanos e os trouxe para a esfera da ação, mencionou que “os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando estão garantidos por meio de normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo”⁵⁸³. Seria a hipótese, como exemplifica, de sua incorporação como direitos obrigatórios no catálogo dos direitos fundamentais de uma Constituição. Por considerar necessária a transformação dos direitos humanos em direito positivo, enquanto este próprio se fizer necessário⁵⁸⁴, tomou como fundamental encarar, de início, dois problemas: um de *conteúdo*, ligado à definição de quais direitos humanos seriam necessários; e outro de *forma*, relativo à necessidade de transformação deste conteúdo em direito positivo. Nessa abordagem, a renúncia às instituições jurídicas implicaria estado de anarquia, no sentido de não haver condições a que os direitos humanos sejam garantidos⁵⁸⁵.

Fundamentar os direitos humanos como regras para a esfera da ação, a partir da teoria do discurso, permitiu a Robert ALEXY edificar uma teoria da argumentação jurídica,

⁵⁸⁰ KANT, Immanuel. *A metafísica...* *Op. cit.*, p. 300.

⁵⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 574.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995, p. 93. Tradução livre. Texto original: *los derechos humanos solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo*.

⁵⁸⁴ A necessidade do direito seria movida por três categorias de problemas: conhecimento, execução e organização. *Idem*, p. 94-96.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 96.

de base kantiana⁵⁸⁶, que se situa entre as de maior ressonância na esfera cultural europeia, depois expandida a outros territórios⁵⁸⁷.

A teoria dos direitos fundamentais, naturalmente enriquecida pela visão de que eles se situam na esfera da ação e que só podem se realizar no contexto de um Estado constitucional democrático, atraiu para o campo normativo a fraternidade. Inserida no ideário dos direitos de terceira geração, e que mais tarde evoluiria para o conceito de solidariedade passou a ser gradativamente consagrada em alguns textos constitucionais atuais. Entre eles situam-se as Constituições da Suíça⁵⁸⁸, da Itália⁵⁸⁹, Bélgica⁵⁹⁰, França⁵⁹¹, Portugal⁵⁹² e Espanha⁵⁹³, no continente europeu.

⁵⁸⁶ Afirma-se que é uma posição liberal de direitos humanos, inspirada no Iluminismo e nos ideais das Revoluções burguesas. O autor não ignorou as críticas contra essa concepção, em particular contra dois de seus princípios básicos: o da autonomia e o da universalidade. O que fez foi procurar elementos para eliminar essas objeções e ao mesmo tempo fundamentar os direitos humanos, para o que partiu da teoria do discurso. BORBA, Luis Villar. Introdução. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁸⁷ A teoria do discurso foi assim sintetizada: *la teoría del discurso permite en efecto no sólo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del Estado constitucional democrático. Idem*, p. 131

⁵⁸⁸ SUÍÇA. Costituzione Federale della Confederazione Svizzera. 18.04.1999. Preambolo. (...) *Il popolo svizzero e i Cantoni, (...), Risolti a rinnovare l'alleanza confederale e a consolidarne la coesione interna, al fine di rafforzare la libertà e la democrazia, l'indipendenza e la pace, in uno spirito di solidarietà e di apertura al mondo.* Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/i/rs/101/ani1.html>>. Acesso em 26.05.2010.

⁵⁸⁹ ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. 22.12.1947. Principi Fondamentali. Art.2: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em 26.05.2010.

⁵⁹⁰ BÉLGICA. La Constitution Belge. 17.02.1994. Titre Ierbis des Objectifs de Politique Générale de la Belgique Fédérale, des Communautés et des Régions. Art. 7bis: *Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les communautés et les régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations.* Modifications du 25 avril 2007. Disponível em: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html#modif20070425>. Acesso em 26.05.2010.

⁵⁹¹ FRANÇA. Constitution. 04.10.1958. Préambule. (...) *En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.* Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html>>. Acesso em: 26.05.2010.

⁵⁹² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 02.04.1976. VII Revisão Constitucional 2005. Princípios Fundamentais. Artigo 1. República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26.05.2010.

⁵⁹³ ESPANHA. Constitución Española. 29.12.1978. Título preliminar. Artículo 2: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.* Disponível em: <http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acesso em 26.05.2010.

Consagrou-se, também, em Constituições de alguns países da América do Sul, a exemplo de Peru⁵⁹⁴, Brasil⁵⁹⁵ e, mais recentemente, a Bolívia⁵⁹⁶.

Consta no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Aos enunciados de legitimidade formal, contidos na primeira parte do preâmbulo⁵⁹⁷, somou-se a parte que contempla os fins e os objetivos do Estado brasileiro, este concebido para formar uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, socialmente harmônica e comprometida nacional e internacionalmente com a solução pacífica de conflitos. O art. 3º, I, da Constituição retomou o ideal de construção de uma *sociedade fraterna*, referido no preâmbulo para enunciá-lo como um dos objetivos fundamentais do Estado: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A liberdade e a justiça, como valores que transcendem o Direito, mas que dele dependem para estabelecer ou restabelecer o equilíbrio social tornaram-se metas, de que não

⁵⁹⁴ PERU. Constitución Política del Peru. 31.10.1993. Artículo 14º: *La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.* Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 26.05.2010.

⁵⁹⁵ BRASIL. Constituição Federal da República federativa do Brasil. 05.10.1988. Título I. Dos princípios fundamentais. Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e **solidária**”. CAHALI, Jussef Said (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵⁹⁶ BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. 07.02.2009. Capítulo Segundo. Principios, Valores Y Fines del Estado. Artículo 8, II: *El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonia, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales para vivir bien.* Nueva Constitución Política del Estado. La Paz: U.P.S. Editorial, 2009, p. 6.

⁵⁹⁷ Do ponto de vista normativo e preceptivo o preâmbulo não integra a Constituição, formalmente, pois seus dizeres não teriam força normativa. Do ponto de vista material faz parte da Constituição e esta não será completa sem aquele. Não é um ato irrelevante, pois tem inegável função interpretativa do Texto, e às vezes função de integração (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 407-409). O preâmbulo “enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição. Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram. Cumpre tê-lo sempre em vista para a boa inteligência dela” (BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1924, p. 3). O preâmbulo “pode servir para exprimir os princípios básicos em que se inspirou o Constituinte, assim como fonte do próprio Poder Constituinte. Por isso, fornece elementos de grande valia para a interpretação do texto” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 19).

pode se furtar o Estado nacional. Tornar concreta essa meta, contudo, presume “que se supere uma concepção egoísta de vida”, o que inspirou o legislador a agregar aos dois valores – liberdade e justiça – o da solidariedade⁵⁹⁸. Este, sendo um objetivo do Estado⁵⁹⁹ não poderá se limitar a um estado interior, ao sentimento espontâneo de amor e de ajuda ao próximo, mas “haverá de traduzir-se em formas efetivas de aproximação, em que ao conflito se faça substituir a confraternização e a colaboração”⁶⁰⁰.

Wolgran Junqueira FERREIRA situou a *sociedade solidária*, prevista na Constituição, em um contexto de “coparticipação das comunidades”, no sentido de infligir a seus membros maior participação nas responsabilidades e decisões, pois exatamente aí se situa a razão da existência do regime democrático. O homem se situaria em um campo mais vasto, “que vai além de proporcionar a possibilidade de informar-se e de exprimir-se, mas também que o levem a comprometer-se numa responsabilidade comum”⁶⁰¹.

Esta perspectiva, naturalmente, afasta-se da concepção tradicional construída no contexto jurídico e político do Estado liberal, de que os direitos fundamentais são oponíveis unicamente ao Estado⁶⁰². O novo entendimento sobre as relações entre Estado e sociedade, edificado com o Estado Social de Direito opôs-se àquela concepção unidirecional dos direitos fundamentais. Nos últimos tempos ampliou-se a convicção de que a tutela dos direitos constitucionais não pode ser completa se não abranger, de alguma forma, afrontas vindas dos sujeitos privados, ou do próprio Estado quando atua submetido ao Direito privado⁶⁰³.

A crescente complexidade social leva a doutrina a investigar a possível eficácia dos direitos e liberdades constitucionais na esfera das relações privadas. O objetivo desta pesquisa é semelhante: analisar a possível força normativa da solidariedade, e por conseqüência, seu grau de eficácia nessas relações particulares. A solidariedade constitui uma categoria jurídica⁶⁰⁴. Compreender a sua possível configuração – meta ou objetivo do Estado, cláusula geral, princípio, direito ou dever – é o primeiro passo dessa análise.

⁵⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 445.

⁵⁹⁹ O objetivo do Estado é tomado aqui no sentido de tarefa ou meta que visa “tornar concretas as mesmas idéias ou propósitos assegurados em forma de princípios pela Constituição”. *Idem*, p. 444.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 445.

⁶⁰¹ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex Livros, 1989, v. 1, p. 92-93.

⁶⁰² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLERT, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 300.

⁶⁰³ *Idem*, p. 306-307.

⁶⁰⁴ Destaca-se, além das dimensões já analisadas também a dimensão política. Nesta, a solidariedade, por sua propriedade “de amalgamar as relações sociais” tem importante papel no sentido de manter coesas as sociedades, garantir sua organização estatal e seu desenvolvimento político e conjugar os valores que compõem essa sociedade. Ainda, conduz o envolvimento dos atores em grupos sociais pelo compartilhamento de valores,

4.1.1 Solidariedade como ideal político, princípio, regra de conduta, direito e dever

O homem vive em sociedade e esta subsiste em função da solidariedade que enlaça os seus membros. Por esta evidência e porque são necessárias regras de conduta a esse homem social Leon DUGUIT atribuiu à solidariedade – que chamou de interdependência social – o verdadeiro fundamento do direito⁶⁰⁵. Haveria uma regra fundamental: “não fazer nada que cause prejuízo à solidariedade social, em qualquer de seus dois aspectos, e fazer tudo o que, por sua natureza, é preciso para realizar e desenvolver a solidariedade social mecânica ou orgânica”⁶⁰⁶.

Por esse raciocínio o direito objetivo funda-se na solidariedade social e dele deriva direta e logicamente o direito subjetivo. Todo o indivíduo estaria obrigado pelo direito objetivo a cooperar com a solidariedade social, do que resulta, necessariamente, o seu direito de executar todos os atos que conduzam a esse fim. O novo conceito de direito que daí derivou, fundado no dever, implicou um novo conceito social de dever, que exige de todos que conheçam seu próprio dever para melhor respeitar os direitos dos outros⁶⁰⁷. Por esta doutrina solidarista, solidariedade constitui uma *obrigação* e não apenas social, mas estritamente jurídica; uma obrigação juridicamente sancionável, de relevância coletiva⁶⁰⁸.

A Antropologia jurídica indica acentuada oscilação quando se trata de posicionar a solidariedade no campo do Direito: ora na perspectiva de um valor, ora como princípio, como dever, ou ainda, como um crédito do indivíduo perante a sociedade ou o Estado.

Alain SUPIOT a considera um *princípio*, e de grande atualidade, referindo-se, neste último aspecto ao processo de globalização como fonte de interdependência de todos os povos, em face dos riscos de grandes proporções (ambientais, tecnológicos, políticos, sanitários) de que nenhuma nação está livre. Nesse processo de interdependência global a organização da solidariedade adquire importância vital⁶⁰⁹.

objetivos e interesses comuns e o “sentimento de nação”, a chamada solidariedade territorial. NICOLADELI, Sandro Lunard. *Direito e autogestão: a solidariedade como elemento indutor de uma outra economia*. Curitiba: Instituto Memória, 2009, p. 122.

⁶⁰⁵ DUGUIT, Leon. *Manual de derecho... Op. cit.*, p. 9.

⁶⁰⁶ *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: *no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos, y hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica.*

⁶⁰⁷ GONZÁLEZ; José Calvo; PÉREZ, José Luis Monereo. **In:** DUGUIT, León. *Manual de derecho... Op. cit.*, p. LXI.

⁶⁰⁸ *Idem*, p. XXXIX.

⁶⁰⁹ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 234.

Vera Herweg WESTPHAL considera-a como *princípio* de Estado, voltado à promoção de políticas sociais⁶¹⁰. A partir do século XIX as políticas sociais teriam adquirido três progressivos significados, incorporados à organização do Estado de bem-estar: enquanto método, função e prática⁶¹¹. Nessa forma de Estado a solidariedade adquiriu base emocional, tornando-se uma pragmática burocratizada, de responsabilidade de “estruturas e instituições”. A emancipação tornou-se coletiva e a responsabilidade inominada. O conceito de solidariedade foi “atravessado pela coletividade anônima da administração social, do direito social e da política social estatal”. Ao final do século XIX a solidariedade social funcionaria apenas no âmbito da seguridade social⁶¹². Sua institucionalização e burocratização tornariam impessoais as suas dimensões relacionais e humanas a ponto de torná-la uma abstração⁶¹³.

No século XX, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* apresentou a solidariedade como um *dever* de conduta, além de *direito* individual, pela via dos direitos à segurança social, a um nível de vida satisfatório, ou à segurança contra riscos de perda dos meios de subsistência⁶¹⁴.

A *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, da mesma forma, inseriu-a no campo dos *deveres*. Consta em seu preâmbulo: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e, sendo dotada pela natureza de razão e de consciência, *devem* proceder fraternalmente uns para os outros”⁶¹⁵.

⁶¹⁰ Na sociedade medieval o Estado absolutista não desenvolveu nenhuma política que levasse a alguma forma típica de solidariedade (a pobreza era vista como destino e as formas de auxílio eram determinadas pelo sentimento de amor cristão ao próximo e pelas tradicionais obrigações de *status* ou pertencimento às corporações. O Estado praticava apenas o “paternalismo de sorte” ou “despotismo benevolente”). No Estado pré-moderno a forma efetiva de segurança firmada aos “socialmente fracos” era a casa, e aos poucos as instâncias societárias, como família, vizinhança, vila, comunidade eclesial, foram perdendo a sua função, quando surgiram práticas vinculadas à noção de solidariedade social e de políticas sociais. O cuidado aos pobres encerrava a prática da benevolência e da caridade, enquanto a solidariedade, como base das políticas sociais, envolvia reconhecimento de direitos tutelados pelo Estado. O Estado pré-moderno modificou algumas estruturas de bem-estar feudais e de castas, quando se passou a raciocinar em termos de solidariedade social. O fato ocorreu de forma concomitante com as primeiras práticas de políticas sociais, vinculadas ao reconhecimento estatal de alguns direitos e da necessidade de distribuição de certos riscos sociais. Surgiriam, com essas construções teóricas, alguns sistemas de seguridade social, que se desenvolveu na Europa por três modelos: o dos países *escandinavos e belga, o alemão e francês*. WESTPHAL, Vera Herweg. *Op. cit.*, p. 45-48.

⁶¹¹ Enquanto método foi integrativa da economia, da sociedade e da política; enquanto função, integrativa de grupos de conflitos por meio da ação estatal; e enquanto prática criou instituições legais de manutenção da vida aos trabalhadores assalariados. *Ibidem*.

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ ONU. Declaração Universal de Direitos do Homem. *Op. cit.*, Arts. 22 e 25.

⁶¹⁵ COLOMBIA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS AMERICANOS, 9. Bogotá, abril de 1948. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/declaracao_americana_dos_direitos_e_deveres_do_home_m.pdf>. Acesso em 30.05.2010

Idêntica posição adotou a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* – Carta de Banjul, de 1981: “o indivíduo tem o *dever* de preservar e reforçar a solidariedade social e nacional”⁶¹⁶.

Na perspectiva dos direitos internacionais a *Carta dos Direitos e Deveres dos Estados*, de 1974, contempla um *princípio* amplo de solidariedade internacional. Em seu nome atribuiu-se aos países desenvolvidos responsabilidades perante os países em desenvolvimento, para o fim de promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade, na igual soberania, na interdependência, no interesse comum e na cooperação entre todos os Estados, independente dos seus sistemas sociais e econômicos⁶¹⁷. O princípio contido na Carta expressa o que Peter HÄBERLE enuncia como “Estado Constitucional Cooperativo”, que encontra a sua identidade “também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade”⁶¹⁸.

As Constituições estrangeiras aqui exemplificadas bem demonstram a hesitação internacional na conformação jurídica de tal categoria. Na Constituição da Espanha a solidariedade insere-se na classe dos *direitos* e garantias dos cidadãos. Na da Itália é tratada como um *dever* inderrogável nos aspectos político, econômico e social. Na Constituição da França coloca-se como um *ideal comum* a ser atingido pela República ao lado dos ideais de liberdade e de igualdade. Na da Suíça, posiciona-se como *inspiração política* sob a qual se assenta a finalidade do Estado de assegurar a liberdade, a democracia, a independência e a paz. A Constituição portuguesa a insere entre os *princípios fundamentais* da República⁶¹⁹ e em constituições como da Bélgica e do Brasil destaca-se como um dos *objetivos* do Estado.

As expressões, portanto, são várias e distintas: ideal político, fundamento, objetivo da nação, direito ou crédito do indivíduo perante o Estado ou a sociedade, além de dever

⁶¹⁶ GÂMBIA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. In: CONFERÊNCIA MINISTERIAL DA ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Banjul, janeiro de 1981. Capítulo II. Art. 29-4. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/afrika/banjul.htm>>. Acesso em 30.05.2010.

⁶¹⁷ ONU. *Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*. Documento das Nações Unidas. Assembléia Geral. Vigésima Nona Seção, dezembro de 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/index.htm>>. Acesso em 01.06.2010.

⁶¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de: Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8-12.

⁶¹⁹ No Direito constitucional português a Constituição de 1976, que emergiu em um contexto de mudanças profundas no comportamento político-social daquele povo, incorporou a solidariedade inicialmente como um dos *Princípios Fundamentais* da República e no capítulo relativo aos “*Direitos e deveres sociais*” a inseriu no conjunto de medidas voltadas à segurança social. Neste sentido a solidariedade é um *direito*. Por outro lado, como incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar o sistema, com a participação de associações sindicais e de outras organizações representativas de trabalhadores e de associações representativas dos demais

individual ou com conotação de dívida social, especialmente por meio de encargos obrigatórios, como impostos e quotizações sociais⁶²⁰. Este último sentido designa a passagem de uma solidariedade pessoal para uma solidariedade institucional⁶²¹.

A conformação da solidariedade no Direito Constitucional brasileiro também encontra hesitação, embora predomine a concepção de que, ao lado de constituir um dos objetivos do Estado, trata-se de um princípio.

Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS situam-na no campo dos *valores*, não sem alertar que ela “haverá de traduzir-se em formas efetivas de aproximação”⁶²², embora sem adentrar na maneira como, na ordem jurídica atual, esse *valor* pode ser dotado de maior efetividade.

Na perspectiva de análise de Paulo BONAVIDES – teoria dos direitos fundamentais – a solidariedade é uma das dimensões dessa categoria de *direitos*, os direitos fundamentais de terceira geração, assentados sobre a fraternidade⁶²³.

José Afonso da SILVA, na linha conceitual de José Joaquim Gomes Canotilho, que resume basicamente em duas categorias os princípios constitucionais – *princípios político-constitucionais* e *princípios jurídico-constitucionais* – insere a solidariedade entre os primeiros⁶²⁴. Os princípios político-constitucionais manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que traduzem “as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”⁶²⁵. O autor considera que “são esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos artigos 1º ao 4º do Título I da Constituição” e que, por terem natureza variada, não se mostra fácil fixar-lhes um conceito

beneficiários, impõe-se a participação de todos, o que faz da solidariedade um *dever*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 8 ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁶²⁰ Estes encargos obrigatórios seriam “o equivalente estrutural do dever de solidariedade que pesa sobre todo o africano dispondo de recursos”. Enquanto essa solidariedade tradicional se manifesta no quadro das relações pessoais, “o preço da solidariedade ‘moderna’ é pago por organismos anônimos, quer se trate do Estado para os serviços públicos ou dos regimes de Segurança Social”. Esta passagem de uma solidariedade pessoal para uma de caráter institucional seria, mesmo no Ocidente, um fenômeno recente. SUPIOT, Alain. *Op. cit.*, p. 235.

⁶²¹ Com o Direito social a solidariedade tomou o formato de uma espécie de caixa comum, em que cada um deve depositar de acordo com suas possibilidades para retirar de acordo com suas necessidades. Assim instituída, no quadro dos Estados providência pode estender-se a um país inteiro, como os regimes nacionais de Segurança Social ou como serviços públicos. Por ser tão ampla, será também anônima, o que faz a sua força, mas também a sua fraqueza, que muitas vezes geram crises em todo o sistema. *Ibidem*.

⁶²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 444-445.

⁶²³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 569.

⁶²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93.

⁶²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 50.

preciso⁶²⁶. No art. 3º, I, os princípios da livre organização social, de convivência justa e da solidariedade comporiam os *princípios relativos à organização da sociedade*⁶²⁷.

Flávia PIOVESAN considera que a Constituição de 1988, como marco jurídico de transição ao regime democrático no país alargou substancialmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando hoje entre as Constituições mais avançadas do mundo sobre a matéria⁶²⁸. Menciona que o texto consagra as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito referidas por José Joaquim Gomes Canotilho⁶²⁹ – a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos humanos – por meio dos *princípios* que aclamam os fundamentos e os objetivos do Estado democrático de Direito brasileiro. O objetivo fundamental do Estado de construir uma sociedade “livre, justa e *solidária*”, por este enfoque, assenta-se sobre um *princípio*, na hipótese, o da solidariedade.

Na mesma linha, Wolgran J. FERREIRA refere-se à solidariedade como um dos *princípios* fundamentais na Constituição de 1988 e a razão da existência do regime democrático, pela exigência deste de coparticipação das comunidades nas decisões e responsabilidades que daí emergem⁶³⁰.

Entre os *princípios* expressos e implícitos que compõem o extenso rol atinente à Ordem Social, na Constituição, Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Martins COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO inserem a solidariedade, ainda que numa abordagem unidimensional, pois considerada apenas do ponto de vista da seguridade social⁶³¹.

Em uma perspectiva civil-constitucional, Maria Celina Bodin de MORAES considera que a solidariedade, longe de representar um vago programa político ou alguma

⁶²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso... Op. cit.*, p. 93.

⁶²⁷ A análise considera as lições de J. J. Gomes Canotilho, a quem esses princípios fundamentais e estruturantes referem-se aos princípios definidores da forma de Estado, aos que definem a sua estrutura, aos estruturantes do regime político e aos caracterizadores da forma e governo e da organização política, em geral. Na Constituição de 1988 eles estariam distribuídos nos seguintes grupos: relativos à existência, à forma, à estrutura e tipo de Estado (art. 1º); relativos à forma de governo e à organização dos poderes (art. 1º e 2º); relativos à organização da sociedade (art. 3º); relativos ao regime político (art. 1º, parágrafo único); relativos à prestação positiva do Estado (art. 3º, II, III e IV); e relativos à comunidade internacional (art. 4º). *Idem*, p. 94.

⁶²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad. 1997, p. 57.

⁶²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 357.

⁶³⁰ FERREIRA, Wolgran J. *Op. cit.*, p. 79; 91-92.

⁶³¹ A seguridade social fundamenta-se na solidariedade, “na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, com financiamento a cargo de toda a sociedade, mediante recursos orçamentários e contribuições sociais destinados ao custeio de prestações que são devidas não apenas aos segurados, mas também – na vertente da assistência social – a todos os que dela necessitarem, independentemente de contribuição (...)”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1365.

espécie de retoricismo, consiste em um *princípio* jurídico⁶³² a ser considerado na elaboração da lei, na execução das políticas públicas e na interpretação e aplicação do Direito. Até a Constituição de 1988 a única acepção jurídica nacional do vocábulo era a que remontava ao *Corpus juris civilis*⁶³³. A ela hoje se soma o conteúdo que se pode extrair do art. 3º, I, da Constituição, que a autora considera muito mais abrangente e relevante.

Na análise também civilista de Cláudia Lima MARQUES, além da “consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes”, a solidariedade tem um sentido moral. Trata-se de um *princípio* jurídico ao lado de outros fundamentais na Constituição. Assim, “no meio do caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo”⁶³⁴.

Daniel SARMENTO, em análise relativa a aspectos de Direito contratual menciona que a sociedade “não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”⁶³⁵. Por outro lado, se o Direito não pode penetrar na mente das pessoas para obrigá-las a ser solidárias, ou exigir-lhes sentimento fraterno, pode, sim, “condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”⁶³⁶. A solidariedade, aqui, assume viés obrigacional.

É assente no Direito tributário que o sistema de tributação, em geral, embasa-se na solidariedade, que é tomada na maioria dos estudos da área como uma justificativa ética para o dever de pagar tributos⁶³⁷. Pagam-se tributos, entre outras razões, por dever de solidariedade, que expressa a necessidade social de cada um contribuir com sua parte em benefício de todos. Trata-se da necessária divisão dos custos da inevitável vida em sociedade. Ricardo Lobo TORRES a considera, a um só tempo, *valor e princípio*⁶³⁸. A solidariedade

⁶³² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 234-235.

⁶³³ Por essa tradição, “solidários são aqueles sujeitos que, encontrando-se em um pólo da relação obrigacional estão aptos a receber a dívida inteira (quando a concorrência é de credores), ou obrigados a solvê-la integralmente (nos casos em quem a multiplicidade de sujeitos se registra no pólo passivo)”. *Idem*, p. 233.

⁶³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 186.

⁶³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 338.

⁶³⁶ *Idem*, p. 339.

⁶³⁷ Do ponto de vista histórico a tributação deparou-se com outros fundamentos, como servir muito mais para acumular riquezas em favor dos ricos, em detrimento dos mais pobres. NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 111.

⁶³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? **In:** GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198.

entre os cidadãos deveria resultar em uma carga tributária maior aos mais ricos, para aliviá-la dos mais pobres e até dispensá-la dos que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência. Nesta perspectiva, ela se identifica com um *valor* moral “juridicizável” que fundamenta a capacidade contributiva e a necessária correlação entre *direitos e deveres* fiscais⁶³⁹.

Do ponto de vista metajurídico a solidariedade é dever de caridade, fato social, virtude ética, resultado de uma consciência moral e de boa-fé, ou, até mesmo o contrário, como uma associação para fins ilícitos, além de comportamento pragmático⁶⁴⁰. Já, do ponto de vista jurídico, está contida em um *princípio geral* na Constituição de 1988. Por ele se busca atingir o objetivo de igual dignidade social, o que o remete a um “conjunto de instrumentos voltados a garantir existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”⁶⁴¹.

Ao comentar o dispositivo da Constituição italiana que contemplou a solidariedade, Pietro PERLINGIERI, sob a perspectiva dos direitos e deveres, pondera que não há direito subjetivo ilimitado; o que existe “é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”⁶⁴². Haveria uma verdadeira “*cláusula geral* de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade”. Seu conteúdo imprimiria às situações subjetivas uma intrínseca limitação, porque o ordenamento só tutela um interesse afeto a toda coletividade e enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras⁶⁴³. O dever de solidariedade social contrapõe-se ao direito de liberdade da pessoa.

No mesmo sentido pode-se compreender o texto do art. 3º, I, da Constituição brasileira. Seja a solidariedade uma *cláusula geral* ou um *princípio*, um *direito* ou um *dever* jurídico, será sempre, na essência, instrumento e resultado “da atuação da dignidade social do

⁶³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e Justiça Fiscal. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301-303.

⁶⁴⁰ A solidariedade se apresenta como um *comportamento pragmático* na medida em que “as ações da vida cotidiana são, em grande medida, determinadas pelo interesse pessoal consciente de cada um”. Assim, cooperar ou não cooperar pode se tornar uma questão de valoração prática às pessoas ou grupos envolvidos. Pondera-se, neste ponto, com aquilo que a “teoria dos jogos” se propõe analisar: “qual é o valor prático da cooperação e da solidariedade? Cooperar com o outro é sempre melhor ou haverá momentos em que o desafio, a traição, a denúncia se farão necessários para a nossa sobrevivência? O conhecido dilema do prisioneiro apresenta-se aqui como um modelo lógico-realista de comprovação da dificuldade de se agir solidariamente quando há recompensas em disputa”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 241-242.

⁶⁴¹ *Idem*, p. 243.

⁶⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 122.

⁶⁴³ *Idem*, p. 120-121.

cidadão”⁶⁴⁴. A solidariedade da Constituição “supera o mito do fim superindividual”, o que não tolera um interesse superior ao pleno desenvolvimento do homem. Ela propõe a “participação das pessoas na gestão das formações sociais” e toma como ponto central “o pleno desenvolvimento das pessoas, o que implica analisar o tema sempre em relação aos princípios da igualdade e da igual dignidade social”⁶⁴⁵.

Igual dignidade social, em uma interpretação mais aberta, refere-se a uma espécie de instrumento que “confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes”⁶⁴⁶. A solidariedade, como “expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana” constituiria esse instrumento, pois no contexto da Constituição ela “exige que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”⁶⁴⁷.

A solidariedade, embora conserve seus vínculos originários e ainda se revele por meio de atitudes caritativas, éticas e axiológicas, avança para se tornar também “um princípio geral do ordenamento jurídico, com máxima força normativa”⁶⁴⁸. Nesta configuração se mostra capaz de tutelar o dever de respeito a cada um, e impor, por meio da ação criadora, interpretativa e integrativa das normas jurídicas, a responsabilidade e a consideração pelos outros. Em outras palavras, propõe-se ao papel de garantir a própria humanidade do homem, na vida em sociedade.

4.1.2 A atuação promocional do art. 3º, I, da Constituição federal

É instigante considerar que só quase dois mil anos depois, as noções “de respeito e amor ao próximo e de solidariedade, provenientes dos mandamentos cristãos, embora já há muito extremamente conhecidas e difundidas, começariam a tomar corpo como instrumentos

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 121.

⁶⁴⁵ *Idem*, p. 37.

⁶⁴⁶ Uma interpretação mais restrita considera a “igual dignidade social” como imposição ao Estado de “agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade”. *Ibidem*.

⁶⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 247.

⁶⁴⁸ *Idem*, p. 188.

jurídicos para a construção da sociedade”⁶⁴⁹, como já havia observado Umberto ECO⁶⁵⁰. E, se foi necessário tanto tempo a tal amadurecimento, assim ocorreu porque o reconhecimento do “outro”, simplesmente pelo fato de ser pessoa, “é um valor adquirido muito recentemente na história da humanidade”⁶⁵¹.

Quando a Constituição brasileira atribuiu ao Estado e aos cidadãos a tarefa de construir uma sociedade solidária, com base na distribuição de justiça social atribuiu natureza jurídica à solidariedade, “que se tornou possível, portanto, de exigibilidade”. Sinalizou para a criação de um Estado Democrático e Social de Direito, que se afina ao projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse desenho, é natural que a sociedade contrarie “a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado, presentes em situações jurídicas subjetivas de cunho patrimonial”, própria de um sistema capitalista sem freios. Na Constituição essa lógica foi substituída pela solidariedade. A cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam “valores hierarquicamente superiores, subordinados tão somente ao valor precípua do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana”⁶⁵².

O sentido da proposta constitucional do art. 3º, I aproxima-se substancialmente do contido no art. 2 da Constituição italiana. Quando se refere a “direitos invioláveis do homem”, a “pessoa” e a “deveres inderrogáveis de solidariedade”, mais do que apresentar conceitos influenciados pelo personalismo e pelo solidarismo católico, o texto italiano traz a proposta de reconstrução do valor da pessoa. Se o solidarismo é suscetível de diversas interpretações, especificamente no texto italiano introduziu-se como um princípio que passou a fundamentar a participação das pessoas “na gestão das formações sociais” e dirigiu-se “ao pleno desenvolvimento da pessoa”⁶⁵³.

O Estado Social de Direito representa a tentativa de conjugar legalidade e justiça social⁶⁵⁴. Não é suficiente, nessa concepção, que o Estado se abstenha de atos invasivos da liberdade individual. É necessário que assegure o seu efetivo exercício. Liberdade individual, liberdade das necessidades, liberdade e solidariedade social, igualdade formal e substancial

⁶⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 259.

⁶⁵⁰ ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. Tradução de: Eliana Aguiar. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 95-96.

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² *Idem*, p. 259-260.

⁶⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...* *Op. cit.*, p. 35-37.

⁶⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

são inseparáveis. Com as liberdades negativas⁶⁵⁵ caminham liberdades positivas⁶⁵⁶, do que emergem os direitos sociais.

O Estado Social recebe um sistema de valores a que os poderes públicos devem se conformar, pois os custos da solidariedade constituem o fundamento da República. Nessa ordem, solidariedade significa também “redistribuição, não apenas do que se adquire, segundo o fluxo produtivo ano por ano, mas também das situações adquiridas”, sendo importante que os custos da solidariedade não sejam vistos só por um perfil econômico⁶⁵⁷.

O estudo do Direito e o da sociedade caminham juntos. O unitário e complexo fenômeno social impulsiona a compreensão da juridicidade, ante a consciência de que “existir é coexistir”⁶⁵⁸. A coexistência é realidade incontestável. Para que a vida em sociedade seja ordenada deve-se estabelecer um conjunto de regras e princípios, e capazes de acompanhar as mudanças da realidade social, sem o que haverá espaço ao formalismo que não conhece “a conexão entre comportamentos e regras”⁶⁵⁹.

Pietro PERLINGIERI observa que na sociedade há “impulsos contraditórios, expressões de necessidades diversas, visões de mundo por vezes ‘antinômicas’, em face das quais o legislador faz escolhas e as traduz em formas jurídicas”, com o que procura adequar o ordenamento “às exigências ‘reais’ sempre mutáveis”⁶⁶⁰. Neste contexto estão as *normas promocionais*. São elas “inovadoras do real” e decorrem sempre de exigências, necessidades e estímulos e podem incorporar ou modificar “a regra de retidão típica do mundo ético”, ou a “regra econômica do livre mercado”⁶⁶¹.

O trajeto de Norberto BOBBIO rumo à teoria funcionalista do Direito passa por extensas considerações sobre o *direito promocional*. Demonstra que das abordagens *estruturalista* e a *funcionalista*, adotadas por cientistas sociais, a primeira prevaleceu sobre a

⁶⁵⁵ *Liberdades negativas* seriam as limitações da soberania do Estado frente ao indivíduo, ao qual se conferem direitos (liberdade de pensamento, de circulação, de associação, etc.) que não podem ser violados pelo poder estatal. *Idem*, p. 15.

⁶⁵⁶ As *liberdades positivas* compreendem pretensões dos cidadãos por parte dos poderes públicos, com o fim de remover os obstáculos econômicos e sociais que “impedem o pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”. Surgem daí os direitos sociais relativos à instrução, saúde, trabalho, ambiente. *Ibidem*.

⁶⁵⁷ Quando se fala em investimentos produtivos ou improdutivos deve-se superar a sua “concepção patrimonialista e contábil”, pois o Estado Social significa tudo o que se define como despesa produtiva e improdutiva. Estas, vistas muitas vezes em uma perspectiva exclusivamente econômica, acabam sendo as mais produtivas do ponto de vista promocional. *Ibidem*.

⁶⁵⁸ *Idem*, p. 170.

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 171.

⁶⁶¹ *Ibidem*.

segunda nos últimos anos no campo do direito⁶⁶². Significa que na teoria geral do direito preocupou-se muito mais em saber “como o direito é feito”, do que “para que o direito serve”. Esta tendência implicou maior aprofundamento da perspectiva estrutural⁶⁶³.

Por sua função promocional⁶⁶⁴, o Estado provoca, promove ou solicita a produção alheia não por meio das sanções negativas, mas pelo uso das sanções positivas. Por estas “o Estado manda fazer não ameaçando, mas prometendo, não desencorajando, mas encorajando”, de forma que “não exerce uma função repressiva, mas sim promocional”⁶⁶⁵. Esse fenômeno se pode resumir na “passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático”⁶⁶⁶.

A descoberta da função promocional do Direito chegou a colocar em crise a teoria do direito como ordenamento coativo, o que se refletiu sobre a ampliação das intervenções do Estado na esfera econômica⁶⁶⁷. Recursos econômicos são utilizados pelo Estado, inclusive, para condicionar os comportamentos dos indivíduos, seja para obter os efeitos desejados, seja para impedir os indesejados⁶⁶⁸. Assim, enquanto o poder coativo “é habitualmente empregado com função repressiva”, o poder econômico pode ser empregado “também com função

⁶⁶² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função ... Op. cit.*, p. 53.

⁶⁶³ Norberto Bobbio analisou o positivismo jurídico de Hans Kelsen e concluiu que neste não só a análise funcional e a estrutural estão separadas, como a separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. A função promocional do direito, na sua análise, foi tratada a partir da teoria kelseniana do direito como ordenamento coativo. Esta se sustenta, principalmente, “na afirmação de que o direito é composto por normas cuja característica não é prescrever comportamentos (e muito menos autorizá-los), mas, sim, estabelecer um nexo de imputação entre o ilícito e a sanção”. Tal teoria fundamenta-se no conceito de sanção, muito mais do que no conceito de dever e nela se assentam as chamadas sanções negativas (a expressão mais freqüente por meio da qual Kelsen indica as sanções jurídicas é “atos coercitivos”, que indicam sempre sanções negativas), que diferem das sanções positivas (.Kelsen permaneceria limitado a observar, genericamente, que o ordenamento pode atribuir algumas vantagens à sua observância e algumas desvantagens à sua não observância, fazendo, portanto do desejo pela vantagem prometida e do temor pela desvantagem ameaçada, um motivo de comportamento. Não esclarece, porém, quais seriam os ordenamentos fundados exclusivamente nas sanções positivas, se existem ou se existiram). *Idem*, p. 54-62.

⁶⁶⁴ BOBBIO questiona se existem ou podem existir, nos ordenamentos jurídicos atuais, sanções positivas “que servem de alavanca para a atração que, geralmente, bens diferentes da reputação, como são, por exemplo, os bens econômicos, têm sobre os indivíduos”. Esse expediente seria a sanção positiva. *Idem*, p. 67-68.

⁶⁶⁵ Em uma possível relação do Estado com a atividade econômica, na perspectiva promocional o Estado “nem abandona completamente o desenvolvimento das atividades econômicas aos indivíduos, nem as assume para si mesmo, mas intervém com várias medidas de encorajamento dirigidas aos indivíduos”. O direito promocional “revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si”, e que se propõe, também, “a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo”. *Idem*, p. 70.

⁶⁶⁶ Seriam dois, a princípio, os mecanismos de atuação da função promocional do direito: os Incentivos (medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica e acompanham a atividade em sua formação); e os prêmios, (medidas que visam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade, ou seja, seguem à realização da atividade) A rigor, apenas estes, os prêmios, se inserem na categoria das sanções positivas. O contrário de prêmio é pena, o caso mais típico de sanção negativa. *Idem*, p. 71-72.

⁶⁶⁷ *Idem*, p. 75.

⁶⁶⁸ O autor afirma que uma teoria que definisse o direito como “organização do poder econômico” mereceria ser levada tão em consideração como a que o define como “organização do poder coativo”. *Idem*, p. 76.

promocional, ou seja, não para punir, mas para gratificar, para dar em troca não o mal pelo mal, mas o bem pelo bem”⁶⁶⁹.

Essas considerações indicam que a função de um ordenamento jurídico não é apenas “controlar os comportamentos dos indivíduos”, o que pode ocorrer por técnicas de sanções negativas. Sua função é, também, “direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos”, preferivelmente pelas sanções positivas e pelos incentivos. Do ponto de vista funcional seria mais correto definir o direito como “forma de controle e de *direção* social”⁶⁷⁰, perfil que está presente, hoje, em Cartas constitucionais de vários países de tendência democrática, a exemplo da Constituição brasileira.

Para compreender o significado político e jurídico do art. 3º, I, da Constituição, à luz da perspectiva promocional é necessário retroceder no tempo e resgatar certos acontecimentos históricos que sustentaram e conduziram o próprio constitucionalismo e, em especial, o processo de elaboração e promulgação da Carta brasileira de 1988.

Dalmo de Abreu DALLARI bem adverte que a história da humanidade é uma “seqüência de acontecimentos encadeados, de tal modo que um grande acontecimento, como uma revolução, geralmente é conseqüência de muitos fatores que ocorreram em épocas diversas”. Em certo momento “esses fatores acumulados se combinam e desencadeiam um movimento que pode mudar substancialmente a vida de um povo ou de toda a humanidade”⁶⁷¹. O surgimento do constitucionalismo contempla essa evidência histórica⁶⁷².

É correto afirmar que a Constituição, no sentido de ser a lei fundamental de um povo e que abrange parte significativa de sua vida jurídica apareceu no contexto do século XVIII. A somatória de fatores diversos, ocorridos também em épocas diversas e a combinação deles naquele momento histórico fez surgir a Constituição, traspassada por valores que a sociedade moderna considerou fundamentais, em especial a liberdade e a igualdade.

Não obstante as condições sociais acentuadamente diversas dos séculos XIX e XX mantiveram-se inalteradas a necessidade de Constituição e a imprescindibilidade de se reconhecer como fundamentais, entre outros, os valores da liberdade e da igualdade. Exigiu-

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ *Idem*, p. 79.

⁶⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

⁶⁷² Não há certeza quanto ao primeiro uso do termo Constituição, mas é certo que surgiu em autores e documentos do século XVIII. Na Modernidade a Constituição apareceu, embora entre os povos da Antiguidade numerosos documentos, em algum aspecto, tenham sido elaborados de forma semelhante a uma Constituição. Considera-se que a primeira Constituição da história, com o nome e o significado atuais surgiu na América do Norte, quando as Colônias inglesas preparavam-se para declarar sua independência. O documento surgido na Virgínia, em 1776, preparado e aprovado por uma Assembléia eleita pelo povo recebeu, pela primeira vez, o nome de Constituição. *Idem*, p. 9-13.

se, inclusive, a atualização de sentido⁶⁷³ e se reforçou a convicção social, política e jurídica de que era preciso reconhecer direitos fundamentais do indivíduo e se limitar o poder. Esta necessidade ainda persiste, inclusive com a convicção de que em algumas situações é necessário “fortalecer o poder público e obrigá-lo a interferir na vida social, sobretudo na ordem econômica, para que as relações sociais se desenvolvam com harmonia e justiça”⁶⁷⁴.

A grande inovação, na Constituição de 1988 foi, justamente, o “reconhecimento da necessidade de utilizá-la para impor limites jurídicos ao poder econômico, disciplinando a obtenção, a acumulação e o uso da riqueza, em função dos interesses individuais e sociais”⁶⁷⁵, que é um dos aspectos da perspectiva promocional do Direito contemporâneo.

Na sociedade, em geral, não se pode esperar que pessoas com privilégios econômicos e políticos, queiram, espontaneamente, “dividir parte de sua riqueza, ganhar menos, abrir mão de suas posições, e agir sem egoísmo, não usar de violência, não cometer abusos e respeitar integralmente a dignidade de todos os seres humanos”⁶⁷⁶. A Constituição deve contemplar, então, regras e mecanismos que assegurem a todos o progresso social e impeçam classes ou grupos sociais “irremediavelmente inferiorizados”. É preciso conciliar, na Constituição, “os objetivos de proteção e de *promoção* dos direitos fundamentais dos indivíduos” o que é possível se o senso de justiça orientar a fixação das regras⁶⁷⁷.

As finalidades máximas de uma Constituição devem ser a proteção e a *promoção* da dignidade humana, além do estabelecimento dos direitos e das responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo em geral e do governo⁶⁷⁸. Cabe-lhe, também, fixar valores e princípios que orientem as transformações, para manter o foco nos objetivos mais importantes do povo.

Considerando o natural atributo humano da convivência; o reconhecimento imperioso da igualdade entre todos, ainda que num contexto de diferenças quanto às características de cada indivíduo; e a desejada harmonia na convivência, que visa à ordem

⁶⁷³ No século XVIII afirmar a necessidade de *liberdade* dizia respeito aos que já tinham poder econômico; assim, bastava impedir a interferência do poder público para que os indivíduos fossem livres. Na sociedade industrial do fim do século XX o principal inimigo da liberdade individual passou a ser o ‘domínio econômico’, ou seja, nem sempre o Estado dominava, mas com muita freqüência um único indivíduo muito rico ou um poderoso grupo econômico privado, nacional, estrangeiro ou multinacional. Atualmente, a liberdade ganha sentido diverso daquela perspectiva egoísta da liberdade individual; é entendida, antes de tudo, como “igualdade de possibilidades desde o nascimento”. *Idem*, p. 14-15.

⁶⁷⁴ *Idem*, p. 16.

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ *Idem*, p. 32.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

⁶⁷⁸ “A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo”. *Idem*, p. 25.

social, “a Constituição há de ser exatamente a expressão dessa ordem”. Há de ser uma Constituição justa, que assegure a igualdade de participação a todos⁶⁷⁹ e permita que a repartição dos bens e o acesso aos benefícios da vida social não gerem grandes desníveis, conjugando-se os valores liberdade, igualdade e solidariedade⁶⁸⁰.

À luz dessas ideias sobre Constituição e constitucionalismo o legislador brasileiro de 1988 traçou uma diretriz bastante clara: conceber uma Carta de direitos e deveres com feição promocional, o que se projetou, em parte, nos *direitos e garantias fundamentais* e nos fundamentos e objetivos da República.

Os objetivos traçados no art. 3º, pelo caráter promocional mencionado externam a sua essencialidade na ordem jurídica nacional. Eles “conclamam os Poderes a uma *atuação promocional*, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial”⁶⁸¹. Nesse projeto não há espaço para a exclusão, tampouco à resignação diante das acentuadas diferenças sociais. São fundamentos e objetivos básicos do Estado “a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social” para o fim de corrigir desigualdades e desequilíbrios sociais e regionais e melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.

O contexto em que surgiu e cresceu a proposta de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, para alinhar a Constituição de 1988 bem evidencia sua linha promocional⁶⁸². A Constituição expressou os anseios de liberdade e de democracia do povo. Na linha do novo constitucionalismo que surgiu sob influência da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, e com elementos dirigentes⁶⁸³, como os princípios que devem

⁶⁷⁹ *Idem*, p. 103-104.

⁶⁸⁰ Cada homem livre é responsável pela preservação da liberdade dos outros homens; não se pode admitir que uns nasçam com a certeza de que terão uma situação de superioridade, dos pontos de vista econômico, político e social, na mesma sociedade em que outros já nascem condenados a uma vida de miséria e submissão. *Ibidem*.

⁶⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 234.

⁶⁸² A continuação dos movimentos de resistência à ditadura militar, implantada no Brasil desde 1964 fez surgir e crescer a proposta de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Logo iniciou e se expandiu um movimento que visava dotar o País de uma Constituição autêntica, que tivesse por fundamento os direitos humanos e que estabelecesse mecanismos eficientes para a solução pacífica dos conflitos de direitos e interesses, e para gradativa eliminação das injustiças tradicionalmente existentes na sociedade brasileira. Aspirava-se uma Assembléia que sustentasse o projeto de restauração de um governo democrático e que elaborasse uma Constituição autêntica, capaz de refletir os anseios do povo brasileiro de fixar normas e princípios de uma sociedade livre, justa e solidária. Embora não tenha sido formalmente rejeitada por ninguém, surgiram os que procuraram reduzir o alcance da Assembléia para impedir “o que alguns consideraram excessos de democracia”. Ao final, pode-se dizer “que foram vitoriosos todos os que propugnavam por uma nova Constituição legítima e democrática para o Brasil”, para que se pusesse fim ao regime autoritário: venceu, enfim, a resistência ao autoritarismo. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 109-114.

⁶⁸³ A expressão “dirigente” é tomada no sentido que propôs José Joaquim Gomes Canotilho nas suas considerações primeiras sobre o tema. Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

orientar a realização de tarefas, programas de ações considerados obrigações do Estado, a nova Constituição traçou os fundamentos e objetivos da República.

O art. 3º, I, como parte integrante do conjunto desses objetivos, na linha promocional que caracteriza muitas Constituições contemporâneas de países com tendência democrática, trouxe a afirmação dos direitos humanos, da dignidade da pessoa, da liberdade responsável, da igualdade substancial e dos direitos e deveres de solidariedade.

Se, por sua natureza, o homem vive em associação com os demais e cada um se beneficia das atividades do outro, cada ser tem deveres para com os demais.

A solidariedade, neste sentido, significa que não é possível considerar o direito de um, sem considerar os dos demais e da coletividade. Esta evidência torna um grande desafio a tarefa de conciliar a promoção dos direitos de uns com a proteção dos direitos de outros.

O conteúdo promocional do objetivo de construir uma sociedade solidária ganha relevo se considerado que solidariedade, direito e democracia andam juntos. O solidarismo jurídico “procura associar o direito ao destino da democracia”⁶⁸⁴; seu discurso se desenvolve em estreita relação com o político. Em tal solidarismo, “os campos político e jurídico são chamados a assumir um papel de mediação entre os valores pessoais e coletivos”, ou um papel de regulação na sociedade⁶⁸⁵. O discurso jurídico deixa de ser apenas uma maneira de falar do direito para significar, também, “um olhar sobre a sociedade como um todo e, por conseqüência, sobre a esfera política”, articulação que constitui “a via indispensável, a única possível, para a realização do direito no seio de uma organização social”⁶⁸⁶.

A democracia liga-se intimamente ao direito, e, particularmente, ao direito de solidariedade, que é chamado “a eliminar da organização social a ordem dos sistemas individualista e monista, que, aplicada ao poder social, teria tendência à arbitrariedade”⁶⁸⁷, o que implica romper a história do Estado de Direito.

Em uma abordagem funcional e crítica Eros Roberto GRAU acentua que o conjunto de normas relativas à Ordem Econômica, na Constituição é expressão de marcante mudança no Direito, “operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder” para também funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 274-275.

⁶⁸⁵ *Idem*, p. 275.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

⁶⁸⁷ *Idem*, p. 276.

⁶⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

Na análise das imperfeições do sistema liberal o autor indica o confronto entre a idealização de *liberdade, igualdade e fraternidade*⁶⁸⁹ e a realidade do poder econômico⁶⁹⁰. A *liberdade*, por abrir campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência em muitas situações; a *igualdade* perante a lei, por sua inconsistência, porque a própria lei é uma abstração, alcançou concreção predominantemente formal; e a *fraternidade*, por ser um ideal lançado, como foi, em um contexto de sociedade em que predominavam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica, não poderia alcançar qualquer êxito⁶⁹¹.

Por outro lado, se o País se encontra efetivamente diante de uma Constituição dirigente, a conduta política e jurídica nacional deve caminhar neste sentido. É característico dessas Constituições que não sejam concebidas apenas como instrumento de governo, mas que também enunciem diretrizes, programas e finalidades a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. É próprio delas que contemplem, além de um “estatuto jurídico do político”, um “plano global normativo” do Estado e da sociedade. A Constituição brasileira, pelo conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, teria caráter de plano global normativo a ser realizado pelo Estado e pela sociedade⁶⁹².

Entre os princípios que conformam a interpretação dessa nova ordem constitucional, Eros Roberto GRAU situa “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”⁶⁹³, que considera como princípio constitucional impositivo⁶⁹⁴, uma autêntica “norma-objetivo” ou

⁶⁸⁹ No que se refere à *fraternidade*, Eros Grau destaca a afirmação de Adam Smith no sentido de que a melhor contribuição que cada um poderia dar à ordem social seria a contribuição de seu egoísmo pessoal. Indaga, então, diante dessa ordem, como poderia se realizar a fraternidade?. *Idem*, p. 15-19.

⁶⁹⁰ Tobias de Barreto, em análise ao contexto de Estado liberal e os ideais que moveram a Revolução francesa afirmou: “liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem juntas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras”. MENESES, Tobias Barreto de. Um discurso em mangas de camisa. **In:** *A questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1977, p. 176.

⁶⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem... Op. cit.*, p. 19.

⁶⁹² *Idem*, p. 215.

⁶⁹³ Os demais princípios são: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e 170, caput); valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e valorização do trabalho humano e livre iniciativa (art. 1º, IV e 170); garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, III); erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, 170, VII); liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); garantia do direito de greve (art. 9º); justiça social (art. 170, caput); soberania nacional, propriedade e função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sociais e regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido a empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170); integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219). *Idem*, p. 236.

⁶⁹⁴ A nomenclatura é de José Joaquim Gomes Canotilho, que na classificação dos princípios constitucionais os enumera: princípios jurídicos fundamentais; políticos constitucionalmente conformadores; constitucionais impositivos; e princípios-garantia. Nos *princípios constitucionais impositivos* “subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”. Estes são dinâmicos, prospectivamente orientados e designam-se, muitas vezes, por

uma diretriz⁶⁹⁵. A sociedade solidária seria aquela “que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros”⁶⁹⁶.

Por sua característica, a Constituição de 1988 reclama interpretação dinâmica, que lhe reconheça o papel de promover a transformação da sociedade. Tal transformação ocorrerá “na medida em que reconheça no art. 3º - e isso se impõe – fundamento à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*”⁶⁹⁷, estas materializadas no fornecimento de prestações positivas à sociedade⁶⁹⁸.

A Constituição federal de 1988, afinada ao constitucionalismo social, por suas normas programáticas, dotadas de sentido e caráter jurídico revelou-se “como projeto de construção do futuro, propagando-se sobre a política, a economia e o âmbito cultural como um todo”⁶⁹⁹. Todavia, no contexto em que ainda se insere – de fratura nos vínculos sociais, debilidade dos laços de solidariedade, descrença do político e captura do processo político-decisório pelas instâncias econômicas, entre outros – oferece como desafio o atingimento de sua potencialidade dirigente. Em outras palavras, o desafio está em tornar concreta sua função de preservar a pessoa humana e conter o arbítrio do poder.

A ordem principiológica na Constituição, seja em um sentido geral, seja específica à diretriz do art. 3º, I, ou, mais especificamente ainda, ao objetivo de construir uma sociedade solidária pauta-se na consciência de uma das mais relevantes questões morais: o respeito à dignidade humana. A dignidade da vida de cada pessoa merece lugar central nos debates doutrinários e no foro, “como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça”⁷⁰⁰. Promover a dignidade humana é condição mínima à efetivação da própria razão de

“preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios directivos fundamentais” [...], a exemplo do princípio da independência nacional. Traçam, sobretudo para o legislador, “linhas retrizes da sua actividade política e legislativa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 177-179.

⁶⁹⁵ Ronald Dworkin distingue normas, diretrizes e princípios. Sustenta que a regra de reconhecimento de Hart não consegue captar todos os *standards* que os juízes têm o dever de aplicar, e que, de fato, frequentemente aplicam. O Direito seria não apenas um conjunto de regras primárias e secundárias, mas constitui-se, também, por princípios. Esta definição geral abrange a noção de *diretriz política*, que se refere ao “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁶⁹⁶ *Sociedade livre*, nessa linha, será a sociedade sob o primado da “liberdade” em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real. *Sociedade justa*, aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza “justiça social”. *Idem*, p. 258.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

⁶⁹⁸ *Ibidem*.

⁶⁹⁹ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. Introdução. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-2.

⁷⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil... Op. cit.*, p. 37.

ser do Estado Democrático de Direito. Se, como pontuou Pietro PERLINGIERI “ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”, efetivamente, se pode considerar que “a pessoa é inseparável da solidariedade”⁷⁰¹.

A solidariedade constitucional compreende um interesse que se identifica com o pleno e livre desenvolvimento da pessoa, pois tem nesta, justamente, o seu referencial. Considerando-se a pessoa como “conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas”⁷⁰² numerosas abordagens podem derivar de seu estudo. Para os fins desta pesquisa, a análise da pessoa se situará no aspecto fundamental de sua dignidade, o que se fará à luz do art. 3º, I, da Constituição.

4.2 SOLIDARIEDADE E DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, considerada uma expressão vaga, fluida e indeterminada⁷⁰³, inquietou filósofos, teólogos e sociólogos das mais variadas tendências. Quando foi recepcionada em textos constitucionais de vários países, passou a perturbar, também, o intelecto dos juristas.

A sua raiz etimológica provém do termo latim *dignus*, “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”⁷⁰⁴. A expressão se vincula ao valor intrínseco e distintivo da pessoa⁷⁰⁵, que tem raízes no pensamento clássico e no ideário cristão, embora não se possa atribuir à religião cristã a exclusividade e a originalidade na elaboração de seu conceito. Sabe-se que por volta do século IV a.C., na China, “o sábio confucionista Meng Zi afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indispensável para o ser humano e os governantes”⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ *Idem*, p. 461.

⁷⁰² *Idem*, p. 460.

⁷⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

⁷⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 110.

⁷⁰⁵ Embora se afirme que o uso da expressão “dignidade humana” correspondeu sempre a pessoas, ela foi referida ao longo da Antiguidade tão-só à espécie humana como um todo, sem que tivesse havido qualquer personificação. *Ibidem*.

⁷⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana - Parte I. Verbete. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 212.

A Antiguidade clássica apresentou a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana, em regra, como a posição ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos outros membros da comunidade⁷⁰⁷. No pensamento estóico foi considerada como “a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade⁷⁰⁸”.

No pensamento romano clássico, compreendia-se a dignidade desvinculada do cargo ou posição social, coexistindo os sentidos moral e sociopolítico. Seu conceito foi mais amplo, fundado tanto “na natureza humana e na posição superior ocupada pelo indivíduo no universo”, como na ideia de que é a natureza que prescreve ao homem a obrigação de considerar os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de serem todos humanos. Por esta razão, “todos estão sujeitos às mesmas leis da natureza, que proíbem que uns prejudiquem os outros”⁷⁰⁹.

A noção de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo ganhou projeção com o pensamento cristão⁷¹⁰ e atingiu a Idade Média, quando, de forma geral, se fundamentou no fato do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus e na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana⁷¹¹.

O antropocentrismo renascentista justificou a superioridade do homem em relação aos demais seres, no fato de que, por ser criatura divina, foi dotado de uma natureza indefinida, para que fosse “seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja”⁷¹². Francisco de VITORIA, sob a mesma inspiração, sustentou no século XVI, o reconhecimento da liberdade e da igualdade dos povos indígenas, no limiar da expansão colonial espanhola⁷¹³.

⁷⁰⁷ Decorre daí certa quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. *Ibidem*.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

⁷⁰⁹ *Idem*, p. 213.

⁷¹⁰ Há no Antigo e no Novo Testamento referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. Dessa premissa o Cristianismo teria extraído a conseqüência de que “o ser humano”, e não apenas os cristãos, “é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento, ainda que não se encontre na Bíblia um conceito propriamente dito de dignidade (...)”. *Idem*, p. 212.

⁷¹¹ MONDIN, Battista. *O humanismo filosófico de Tomás de Aquino*. Tradução de: Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.

⁷¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. Verbete. **In:** BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.* p. 213.

⁷¹³ O autor afirmou que em razão do Direito Natural e da sua natureza humana deveriam aqueles povos ser respeitados como sujeitos de direito, proprietários e signatários de contratos firmados com a coroa espanhola VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Tradução de: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 67;87;106-109.

Nos séculos XVII e XVIII o jusnaturalismo imprimiu ao conceito de dignidade da pessoa um viés racional. Entre os pensadores do período, Emmanuel KANT expressou uma concepção ligada à autonomia ética do ser. A dignidade foi vista como um princípio moral, pelo qual o ser humano deve ser tratado como um fim (*Zweck*) em si, e jamais apenas como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo⁷¹⁴. Com este pensamento, de certa forma, completar-se-ia o processo de secularização da dignidade.

KANT partiu da natureza racional do ser humano para afirmar que a autonomia da vontade – a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis – é um atributo encontrado apenas nos seres racionais e constitui o fundamento da dignidade da natureza humana. A regra prática de que a pessoa não deve escolher “senão de modo a que as máximas da sua escolha sejam simultaneamente incluídas como lei universal⁷¹⁵ deveria ser, portanto, um imperativo. KANT daria novas bases à moralidade, especialmente pelo imperativo que afirma a dignidade dos seres humanos, como pessoas: o de que as pessoas devem ser tratadas, sempre, como um fim e nunca como um meio⁷¹⁶.

Essa exigência estaria a indicar que “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal”, imperativo que se submete à regra ética maior: “o respeito pelo outro”⁷¹⁷.

KANT enunciou que “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade”⁷¹⁸. Quando se afirma que determinada coisa tem preço, significa que pode ser substituída por algo equivalente; já, quando algo se acha acima de todo preço e por esta razão não admite qualquer equivalência “compreende uma dignidade”. Tudo o que se refira às inclinações e necessidades do homem teria “um preço comercial”; já, aquilo que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, sem finalidade alguma, das faculdades humanas, teria “um preço de afeição ou de sentimento”; porém, o que se faz condição para algo que se seja um fim em si mesmo, “não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno e isso quer dizer dignidade”⁷¹⁹.

A moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, nessa linha, seriam as únicas coisas providas de dignidade. Se “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade”, assertiva que coloca o valor moral “infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao

⁷¹⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica...* *Op. cit.*, p. 29.

⁷¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação...* *Op. cit.*, p. 90.

⁷¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 113.

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação...* *Op. cit.* p. 79.

⁷¹⁹ *Ibidem*.

contrário deste, não admite ser substituído por equivalente”⁷²⁰. A assertiva justifica a exigência ética de nunca transformar o homem em meio para obtenção de qualquer fim e reclama leis humanas que tenham como finalidade maior, a realização da dignidade das pessoas.

4.2.1 Dignidade humana e seu conteúdo jurídico: cláusula de tutela à pessoa

As formulações de KANT sobre a dignidade promoveram mudanças profundas no pensamento filosófico, inclusive na Filosofia do direito. É nesse pensamento que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece identificar as bases da fundamentação e da conceituação da dignidade, embora existam importantes contrapontos e críticas, especialmente no que se refere a um excessivo antropocentrismo⁷²¹.

A dignidade da pessoa humana, não obstante as várias perspectivas de análise e de algumas experiências desastrosas por que passou a humanidade, continua a ocupar lugar privilegiado nos debates filosóficos, políticos e jurídicos. Ainda que persistam controvérsias em torno de seu conteúdo é possível tomar como pressuposto que a dignidade, acima de tudo, “diz com a condição humana do ser humano (e, portanto, diz de perto com as diversas manifestações da personalidade humana)”⁷²².

A delimitação do seu conteúdo, significado e possíveis dimensões para a ordem jurídica em geral apresenta dificuldades, principalmente porque se está diante de “conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizados por sua *ambigüidade* e *porosidade*, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”⁷²³. Diferente das demais normas jusfundamentais, que tratam de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (como integridade física, intimidade, vida privada ou propriedade), aqui se trata “de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”⁷²⁴.

⁷²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 114.

⁷²¹ Críticas mais acentuadas referem-se ao ponto em que o ser humano passou a ser concebido como ocupante de um lugar privilegiado em relação a outros seres vivos. Há quem sustente a dignidade da própria vida de um modo geral, principalmente em face do reconhecimento da necessidade de se proteger o meio ambiente como um valor fundamental. Esta postura indica que não apenas a vida humana merece proteção, mas todas as formas de vida no planeta, o que inclui recursos naturais e outras formas animais. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. Verbete. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 214.

⁷²² *Idem*, p. 217.

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ *Ibidem*.

Por outro lado, essa complexa tarefa não tem dificultado aceitar que a dignidade é algo real; é algo que cada ser humano vivencia, porquanto é fácil identificar situações em que ela é agredida e desprezada, ainda que não lhe seja possível estabelecer uma pauta exaustiva.

O respeito à dignidade da pessoa, no aspecto jurídico, passou a ocupar as reflexões doutrinárias de modo relativamente recente⁷²⁵. Sua inserção em documentos jurídicos se verificou particularmente após o término da Segunda Grande Guerra, em reação “às atrocidades cometidas pelo nazifacismo”⁷²⁶.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 enunciou no artigo primeiro que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Pouco antes, em 1947, a Constituição italiana havia declarado entre os princípios fundamentais, que “que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. A Lei Fundamental de Bonn, que costuma ser apontada como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos, em 1949 proclamaria no artigo primeiro que a “a dignidade do homem é intangível” e que “respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”⁷²⁷.

Na mesma linha, a Constituição portuguesa de 1976⁷²⁸, a espanhola de 1978⁷²⁹ e a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, assinada em Nice, em dezembro de 2000, que prevê também no artigo primeiro: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. No capítulo I, a *Carta* referiu-se à tutela dos direitos à vida e à integridade do ser humano, à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante e à proibição da escravidão e do trabalho forçado⁷³⁰.

No Direito brasileiro, o respeito à dignidade humana tornou-se um comando jurídico expresso na Constituição de 1988, que, no art. 1º, III, considerou-a um dos fundamentos da República. Tem sido qualificada como um princípio fundamental, consagrado com o valor supremo de sustentação da ordem jurídica democrática, porquanto, “da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica

⁷²⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 1-22, jan/mar, 2002.

⁷²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 114.

⁷²⁷ *Idem*, p. 115.

⁷²⁸ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Artigo 1. *Op. cit.* Acesso em 10.07.2010.

⁷²⁹ ESPANHA. Constituição Espanhola. 29.12.1978. Artículo 10, 1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito á lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acesso em 10.07.2010.

⁷³⁰ CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Nice, 2002. Capítulo I. Dignidade. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 10.07.2010.

(democrática) se apóia e constitui-se”⁷³¹. O princípio propôs assegurar respeito e proteção, não apenas no sentido de um tratamento humano e não degradante às pessoas ou garantia à sua integridade física. Seu caráter normativo implicou transformações do Direito, com reflexos visíveis em muitos dos seus ramos, a exemplo do Direito Civil, “que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico”⁷³².

Extraír conseqüências jurídicas adequadas recomenda retorno aos postulados filosóficos que a partir da sólida construção kantiana nortearam o seu conceito como valor intrínseco às pessoas. Se a humanidade das pessoas está no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, “será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto”⁷³³.

Na tentativa de construir um conceito que melhor reflita o seu conteúdo jurídico, Ingo Wolfgang SARLET a considera uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Garantir dignidade implica um complexo feixe de direitos e deveres fundamentais: proteção à pessoa contra qualquer ato degradante e desumano, garantia de condições mínimas a uma vida saudável e promoção de sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais⁷³⁴.

Eros Roberto GRAU destaca o duplo tratamento que lhe deu o texto constitucional: como *fundamento* da República (art. 3º, I) e como *fim* da ordem econômica (art. 170, *caput*), o que lhe confere a condição de fundamento e de elemento de unidade, tanto aos direitos fundamentais, como à organização econômica. Na primeira de suas funções seria um princípio conformador; na segunda um princípio impositivo, uma diretriz ou uma norma-objetivo⁷³⁵. Nesta, a dignidade assumiria “a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica (...) com o programa de promoção da existência digna, de que todos devem gozar”⁷³⁶.

José Joaquim Gomes CANOTILHO e VITAL MOREIRA alertam que o conceito de dignidade humana “obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer idéia apriorística do homem”. Desta forma,

⁷³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 115.

⁷³² *Idem*, p. 116.

⁷³³ *Idem*, p. 117.

⁷³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 60.

⁷³⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...* *Op. cit.*, p. 238.

não se pode reduzir seu sentido à defesa dos direitos pessoais tradicionais e esquecer os direitos sociais, ou invocá-la para construir “uma ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direito econômicos, sociais e culturais”⁷³⁷.

Na mesma linha, Antonio Junqueira AZEVEDO destaca que a dignidade, como princípio jurídico, pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica a três preceitos: respeito à integridade física e psíquica das pessoas; consideração pelos pressupostos materiais mínimos ao exercício da vida; e respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária⁷³⁸.

Em uma visão ontológica, a dignidade seria irrenunciável e inalienável, por constituir um elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Não seria possível cogitar que determinada pessoa seja titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Ela “pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido empregado), ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada)”⁷³⁹, já que inerente a cada pessoa. É que, naturalmente, ela não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida desse reconhecimento.

Como conceito jurídico-normativo o conteúdo da dignidade da pessoa humana há que merecer “uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”. Deve-se considerar não apenas a sua dimensão natural, mas também a cultural, já que ambas se complementam e se interagem mutuamente. Seu conteúdo deve ser determinado no contexto da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana, o que leva a reconhecer que a dignidade humana “é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais (...), da comunidade em geral, de todos e de cada um”⁷⁴⁰.

Se considerada como um limite da atividade dos poderes públicos, será algo que, necessariamente, “pertence a cada um e não pode ser perdida ou alienada”. Se deixar de existir desaparecerão os limites a serem respeitados. Já, na condição de tarefa (prestação) imposta ao Estado, “reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente”, como objetivar a sua “promoção”, criando condições que permitam o

⁷³⁶ *Idem*, p. 239.

⁷³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República... Op. cit.*, p. 70.

⁷³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade ... *Op. cit.*, p. 1-22.

⁷³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. Verbete. **In:** BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 218.

⁷⁴⁰ Esta linha de pensamento foi recepcionada também pelo Tribunal Constitucional de Portugal, que, no Acórdão nº 90-105-2, de 29/03/1990 assentou que “a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”. *Idem*, p. 219.

seu pleno exercício e fruição. Neste aspecto será dependente da ordem comunitária⁷⁴¹ e dos vínculos de solidariedade nela existentes.

Considera-se que apenas “a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa (s) é passível de ser desrespeitada”, pelo que não se cogita de atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Tal ideia conduz à afirmação, já encontrada em Kant, de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada e não de um ser ideal e abstrato. Por esta razão, “não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo”⁷⁴². É neste sentido o significado da formulação adotada na Constituição de 1988, que se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito⁷⁴³.

Uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva de dignidade é algo que se impõe, justamente pela exigência de certo grau de segurança e estabilidade jurídica e até mesmo para “evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário”⁷⁴⁴.

Formulações desenvolvidas na Alemanha, no sentido de considerar que a dignidade será violada sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) seja rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa e descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos⁷⁴⁵ são exemplos próximos desse mínimo de objetividade. Esta perspectiva determina o âmbito de proteção a partir das violações no caso concreto. Embora amplamente aceita, esta formulação não ofereceria uma solução global, por não ser capaz de definir previamente o que deve ser protegido. Continua tarefa da jurisprudência e da doutrina identificar situações de violação à dignidade, merecedoras de proteção jurídica, no que os critérios propostos pelo pensamento alemão atuam como consideráveis indicadores.

O que há de mais concreto, em última análise, em termos de delimitação do conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana pode ser obtido da seguinte síntese:

⁷⁴¹ Reconhecer as dimensões cultural e prestacional da dignidade não significa aderir à concepção da dignidade como prestação, ao menos não naquilo em que se nega ser ela (também) o valor intrínseco reconhecido ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas as condições para realizar a sua prestação. *Idem*, p. 219-220.

⁷⁴² *Idem*, p. 221.

⁷⁴³ *Ibidem*.

⁷⁴⁴ *Idem*, p. 222.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças⁷⁴⁶.

O art. 1º, III, que reflete alguns dos valores ético-jurídicos eleitos pelo legislador constituinte brasileiro de 1988 visa assegurar a tutela da pessoa, naquilo que possui de mais nobre e intrínseco: a sua dignidade. Nesse ambiente, “de renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste”⁷⁴⁷.

Muito se poderia discorrer sobre este princípio diante de sua relevância geral e, em especial, para este estudo, além de serem instigantes as numerosas abordagens que o pensamento filosófico, político e jurídico propicia. Todavia, os limites da pesquisa aconselham não ir além, a não ser para sustentar a ideia, já defendida por Pietro PERLINGIERI⁷⁴⁸ de que o princípio da solidariedade, assim como o da igualdade constitui um importante instrumento – além de resultado – da dignidade social do cidadão.

4.2.2 Solidariedade como meio de promoção da dignidade humana

Miguel REALE lançou a prudente advertência de que “o mundo está sequioso de solidariedade”⁷⁴⁹. Porém, não a solidariedade que por um horrendo contraste se forma no fortalecimento interno da guerra e que só poderia ser forjada a toques de clarins, mas a que se identifica com os heroísmos da paz, ditados pela “solidariedade do trabalho” e pela “compreensão dos homens”⁷⁵⁰.

A solidariedade a que se refere é a que decorre da interação entre os homens, da inafastável realidade da convivência que impõe aos habitantes da terra não apenas viver, mas “viver com (o outro)”. Umberto ECO bem observou esta realidade quando argumentou que “é

⁷⁴⁶ *Idem*, p. 222.

⁷⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...* *Op. cit.*, p. 37.

⁷⁴⁹ REALE, Miguel. *Horizontes...* *Op. cit.*, p. 301.

⁷⁵⁰ *Ibidem*.

o outro, é o seu olhar, que nos define e nos forma”, de maneira que “não conseguimos compreender quem somos sem o olhar e a resposta do outro”⁷⁵¹.

A exigência ética de tratar a pessoa como fim e nunca como meio e de pensar a finalidade das normas oriundas da vontade do legislador, como sendo dirigidas, primeiro, à pessoa propiciou à humanidade compreender melhor a dignidade humana”⁷⁵². A vontade de realizar essa dignidade pressupõe respeito mútuo, respeito à espécie humana, de forma que observar essa lei torna-se um dever.

Afinado à linha de pensamento humanista, existencial e personalista a que já se fez referência, o art. 3º, I, da Constituição propôs uma nova forma de relacionamento entre as pessoas, calcada na solidariedade⁷⁵³. O dispositivo reconhece não só interesses comuns, que implicam deveres e obrigações comuns, mas especialmente a igual dignidade de todos.

Solidariedade e dignidade, neste sentido, se complementam. A dignidade do outro exige conduta solidária de todos, como um dever, não apenas moral, mas também jurídico. A solidariedade, por sua vez, implica promover a dignidade de todos. Esta dinâmica abre-se a uma possível transformação social: a necessidade de respeito aos direitos humanos, às complexas situações jurídicas subjetivas e aos interesses coletivos se fixará na consciência dos homens para atingir ao que Edgar MORIN chamou de “humanização da humanidade”⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ ECO, Umberto. *Cinco... Op. cit.*, p. 95-96.

⁷⁵² FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **In:** *Tempo Social - Revista de Sociologia*, São Paulo: USP, 1 (2), 2 semestre, 1989. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/tempo-social/pdf/vol01n2/a%20questao.pdf>>. Acesso em 15.08.2010.

⁷⁵³ CARRIÈRE, Jean-Claude; DELUMEAU, Jean; ECO, Umberto; GOULD, Stephen Jay. *Entrevistas sobre o fim dos tempos*. Entrevistadores: Catherine David e Frederic Lenoir. Tradução de: José Laurenio de Melo. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 208-209.

⁷⁵⁴ A expressão foi usada para designar o que seria o início da segunda pré-história humana. O primeiro processo, o de “hominização” do *homo sapiens* iniciou com a grande aventura cósmica, quando substâncias físicas organizaram-se de modo termodinâmico e por meio de imersão marinha, fervura química e descargas elétricas deram origem à terra. O planeta nasceu do tumulto (furor, violência, implosões e explosões de astros, galáxias asfíxiadas). A hominização não constituiu uma interrupção dessa desordem e caos. De um processo físico-químico, de desafios ecológicos, acidentes e conflitos entre espécies primas, que se determinam pela liquidação física dos vencidos, surgiu o homem, que “tem a singularidade de ser cerebralmente *sapiens-demens*, ou seja, carregar, ao mesmo tempo, a racionalidade, o delírio, a *hubris* (insensatez), a destrutividade”. O homem estaria enraizado neste mundo e situado entre “três infinitos”: o infinitamente grande, o infinitamente pequeno e o infinitamente complexo. A “humanidade da humanidade”, ou seja, a identidade que distingue o ser humano tanto da natureza quanto da animalidade, mesmo que ele venha da natureza e permaneça um animal e torna complexa a noção de homem, manifesta-se pela trindade “indivíduo-sociedade-espécie”. A “hominização” ainda comporta muitas incógnitas. O início da segunda pré-história deve partir do consciente reconhecimento da trindade “indivíduo-sociedade-espécie”. Se a origem do *homo sapiens* aparece no fim de um longo processo de “hominização”, a “nova origem, que virá talvez de nossa incerta agonia planetária, será possível o início da humanização”. Este processo seria a “segunda pré-história, a idade de ferro planetária, pré-história de uma possível sociedade-mundo, sempre pré-história do espírito humano, talvez pré-história da técnica...”. A “humanidade está em formação” e é ainda uma incógnita saber se será possível “transformar a hominização em humanização”. MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Tradução de: Juremir Machado da Silva. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 25-34; 287-295.

Na medida em que a Constituição contempla a dignidade (art. 1º, III) como fundamento da República e cláusula geral de tutela da pessoa humana, contempla a solidariedade (art. 3º, I) como objetivo da ordem político-jurídica e como corolário da dignidade, o que demonstra a sua relação de complementaridade. O passo seguinte será extrair as conseqüências jurídicas possíveis dessa interação nas proposições jurídicas que visem assegurar a dignidade da pessoa e que tenham sua base no princípio da solidariedade.

O texto constitucional contém indicações precisas dessa atuação promocional. Pode-se iniciar pelo art. 3º, III em que o legislador constituinte, preocupado em enfrentar as desigualdades concretas da sociedade brasileira contemporânea estabeleceu também como objetivo da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O dispositivo, que completa e define o inciso I, evidencia o abandono da perspectiva individualista para, com apoio no princípio da solidariedade social, traduzir em linguagem humanista e personalista a promoção da dignidade dos que estão em estado de pobreza e marginalidade, no território nacional⁷⁵⁵.

O art. 3º, I complementa-se, também, pelos incisos II (garantir o desenvolvimento nacional) e IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). Estes convocam os Poderes a uma atuação promocional, com base na concepção de justiça distributiva, que se resume na igualdade substancial. É meta prioritária do Estado Democrático de Direito corrigir as desigualdades sociais e regionais, o que significa melhor qualidade de vida às pessoas, e, em última análise, igual dignidade social.

Há no rol dos Direitos sociais, do art. 6º da Constituição – educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados – o mesmo fundamento ético-social, a mesma *ratio legis*⁷⁵⁶. O dispositivo reflete evidente inquietação “com a proteção que deve ser assegurada aos mais fracos e aos desamparados, dever do Estado e da coletividade para a construção da ‘sociedade solidária’”⁷⁵⁷.

Afinal, é de se indagar, como já fez notável segmento da doutrina:

⁷⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 124.

⁷⁵⁶ No mesmo sentido foi a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, que incluiu no rol dos direitos sociais do art. 6º o direito à moradia. *Ibidem*.

⁷⁵⁷ *Ibidem*.

(...) de que vale o direito à vida sem o provimento das condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso à instrução básica? De que valem os direitos políticos sem o direito do trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à liberdade de associação sem o direito à saúde (...)?⁷⁵⁸.

É interessante observar, no âmbito do Direito constitucional brasileiro que a Constituição de 1988 foi a primeira a integrar ao elenco dos Direitos fundamentais os Direitos sociais, que antes se distribuíam no capítulo pertinente à Ordem Econômica e Social. A dignidade da pessoa humana inscreveu-se entre os fundamentos da organização social⁷⁵⁹ e com vistas à sua concretização é que o art. 7º enumerou, nos seus vários incisos, o que se considerou como direitos básicos dos trabalhadores urbanos e rurais, capazes de promover a melhoria de sua condição social. Embora se reconheça que o ideário solidarista se encontra na base de praticamente todos os direitos elencados no art. 7º é possível identificar, exemplificativamente, alguns em que ele se mostra mais evidente.

O direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária e sem justa causa” (inciso I) resguarda a relação de emprego contra o término imotivado e injustificado, por iniciativa do empregador, pois o ato fere o direito fundamental ao trabalho e provoca prejuízos à vida pessoal, familiar e social do trabalhador⁷⁶⁰. O “seguro-desemprego” (inciso II) comporta alto grau de solidariedade humana, na medida em que busca proteger a pessoa que, de forma involuntária, está à margem das oportunidades de emprego e, portanto, de condições de sobrevivência. A garantia de um “salário mínimo” (inciso IV) capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família sinaliza para uma pauta mínima capaz de garantir a sua dignidade. Na base do “salário-família” (inciso XII) assegurado em razão de dependentes do trabalhador de baixa renda; da “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” (inciso XXV); da manutenção de “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador” (inciso XXVIII); e da proibição de qualquer forma de discriminação do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI) reside o mesmo viés solidarista.

⁷⁵⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio à obra de Jayme Benvenuto Lima Junior. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷⁵⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005, p. 69

⁷⁶⁰ Neste tema, ver: SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Relação de emprego e (des)proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa: o art. 7º, I da Constituição. **In:** VILLATORE, Marco Antônio César; HASSON, Roland (Coord). ALMEIDA, Ronald Silka de (Org.). *Direito constitucional do trabalho: vinte anos depois*. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008, p. 167-179.

Nos dispositivos que traçam os Princípios Gerais da Atividade Econômica na Constituição tal discurso é evidente. O art. 170, ao estabelecer que a ordem econômica, que se funda na valorização do trabalho e na livre iniciativa, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” postula, antes de tudo, um estado de bem-estar⁷⁶¹. A Ordem Econômica, mais do que progressista e repleta de cláusulas transformadoras impõe uma interpretação dinâmica, porque “a História – como a vida – é movimento”⁷⁶². Entre os princípios que a conduzem, enumerados no art. 170 destacam-se os do inciso III (função social da propriedade), VII (redução das desigualdades regionais e sociais) e VIII (busca do pleno emprego). São eles exemplos da preocupação do legislador em oferecer instrumentos para a realização plena do bem-estar social, que significa o mínimo a ser almejado por uma sociedade que se designe justa e solidária.

José Afonso da SILVA lançou severa advertência no sentido de que “não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”⁷⁶³ e que a “igualdade e dignidade da pessoa humana exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa”. As excessivas desigualdades econômicas e sociais entre membros e povos de uma mesma família humana, por serem contrárias “à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional” seriam um fato escandaloso⁷⁶⁴.

O fundamento solidarista permeia também o Título VIII da Constituição, relativo à Ordem Social. No art. 193 fixou-se como base dessa Ordem social o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Seguem o art. 194 e seguintes que centram na Seguridade Social um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com o fim de garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. O art. 203 garante assistência social “a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”, o que torna abrangente o destino da assistência: proteção à família, maternidade, infância, adolescência e à velhice (I); amparo às crianças e adolescentes carentes (II); promoção da integração ao mercado de trabalho (III); habilitação, reabilitação e promoção de pessoas portadoras de deficiências (IV); e garantia de renda mínima à pessoa portadora de deficiência e aos idosos desprovidos de recursos (V).

Os dispositivos exemplificados ingressaram e subsistem no texto da Constituição por força do princípio da solidariedade. Sua *ratio legis* – assegurar existência digna às pessoas, em

⁷⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...* Op. cit., p. 329.

⁷⁶² *Idem*, p. 366-367.

⁷⁶³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **In:** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 91, abr/jun., 1998.

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

uma sociedade que se queira livre e justa, sem excluídos ou marginalizados⁷⁶⁵ – afina-se com o discurso solidarista “que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações”⁷⁶⁶.

A mesma linha promocional inspirou a Emenda Constitucional 31, de 2000, que criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. A medida almejou viabilizar aos brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, com recursos a serem aplicados “em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida”⁷⁶⁷. Trata-se de política pública voltada à promoção da vida humana digna, considerando os que estão em níveis de pobreza que impedem iniciativas de ascensão.

Em situações de desigualdades explícitas só um ordenamento jurídico inspirado no dever moral de humanidade, a que Kant se referiu, ou levado pelo dever de solidariedade que se pode extrair do art. 3º I, da Constituição poderia instituir mecanismos de nivelamento como os que se apontou.

Sinais de recepção do projeto solidarista constitucional já são visíveis no Direito infraconstitucional. Pode-se iniciar pelo processo de transposição de normas do sistema de Direito Civil para o da Constituição, o que acarretou “conseqüências jurídicas decisivas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida pelo Código ao ‘indivíduo’ para a proteção garantida pela Constituição, ‘à dignidade da pessoa humana’ (...)”⁷⁶⁸.

Nesse ambiente de tutela à pessoa terão prioridade os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados vulneráveis, que, justamente por esta condição exigem especial proteção da lei. Neles se situam, entre outros: crianças e adolescentes⁷⁶⁹, idosos⁷⁷⁰,

⁷⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 140.

⁷⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana. Verbete. **In:** BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Op. cit.*, p. 222.

⁷⁶⁷ A EC 31/2000 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para inserir os arts. 79 a 83, que tratam da instituição e formatação geral do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>, acesso em 20.08.2010) e foi regulamentada pela Lei Complementar 111, de 06 de julho de 2001 (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp111.htm>, acesso em 20.08.2010).

⁷⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁶⁹ A Lei 8.069, de 13.07.1990 introduziu no ordenamento brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que objetiva a sua proteção integral. Estabelece a garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa, além de outros especiais e traça deveres e obrigações do Estado, da família e da sociedade em torno da proteção desse grupo e da promoção de seu desenvolvimento e garantia de uma vida digna. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 25.08.2010.

⁷⁷⁰ A Lei 10.741, de 01.10.2003 criou o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos e estabelecer direitos fundamentais desse grupo, medidas de proteção e as obrigações atribuíveis ao Estado, à família e à sociedade. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>>. Acesso em 25.08.2010.

portadores de deficiências físicas e mentais e sensoriais⁷⁷¹, destituídos de posses ou propriedades⁷⁷², consumidores⁷⁷³, contratantes em situação de inferioridade⁷⁷⁴, membros de uma mesma família⁷⁷⁵, integrantes das minorias⁷⁷⁶, vítimas de acidentes anônimos e de violação a direitos de personalidade⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ A Lei 7.853, de 24.10.1989 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define hipóteses de crimes contra esse grupo e dá outras providências (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em 25.08.2010). Há outras medidas no campo da saúde, como a Lei 8080/1990 e várias Portarias do Ministério da Saúde, no campo da assistência pública e da integração social. Ainda, o governo brasileiro desenvolve um Programa de Direitos Humanos que contempla genérica e especificamente os portadores de deficiências, com ações governamentais em curto, médio e longo prazo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25.08.2010.

⁷⁷² No cenário solidarista a propriedade não é mais definida como o espaço, externamente delimitado, em que o proprietário tem ampla liberdade para desenvolver suas atividades e emanar a senhoria sobre seus bens. A determinação de seu conteúdo está “para o âmbito da concreta relação jurídica, observados os centros de interesses extraproprietários e a exigência de exercício conforme a função social que se encontra definida pelo texto constitucional. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.* p. 248.

⁷⁷³ A Lei 8.078 instituiu o Código de Defesa do Consumidor para estabelecer normas de proteção do consumidor, que foram consideradas de ordem pública e de interesse social, como forma de regulamentar os art. 5º, XXXII e 170, V da Constituição e o art. 48 das suas Disposições Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 26.08.2010.

⁷⁷⁴ O Direito do Trabalho foi o primeiro segmento jurídico a estabelecer normas de proteção especial, compiladas em 1943 na Consolidação das Leis do Trabalho. Provocou-se um primeiro rompimento com a lógica civilista de caráter individualista, patrimonialista e formalista, que, no campo contratual, baseava-se na teoria dos negócios jurídicos e seus pressupostos rígidos de constituição e interpretação. Suas normas visaram atender ao homem concreto, ao trabalhador subordinado ao poder econômico e que conserva estado de inferioridade técnica, econômica, social e cultural. As mudanças por que passou a CLT serão objeto de análise no tópico oportuno.

⁷⁷⁵ O Código Civil de 2002 incorporou alterações trazidas por leis especiais e introduziu importantes mudanças já presentes na Constituição, especialmente no Direito de família. A CF de 1988 mudou o conceito de família e o tratamento a ela dispensado, com quatro vertentes básicas nos artigos 226 e seguintes: a) ampliação das formas de constituição da família; b) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; c) igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, e d) igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo os mesmos direitos e deveres, vedada discriminação decorrente de sua origem.

⁷⁷⁶ Quanto às políticas de proteção aos povos indígenas destaca-se o art. 231 da Constituição federal e a vasta legislação no sentido de integrar o indígena à sociedade. Há, também, o recém sancionado Estatuto da Igualdade Racial em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça ou cor, que trata, entre outros direitos fundamentais, do direito à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; trata da liberdade de consciência e de crença, e ao livre exercício de cultos religiosos, do Fundo de promoção da igualdade racial, da questão da terra, do mercado de trabalho e do sistema de cotas, além da comunicação, das ouvidorias permanentes e do acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.cedine.rj.gov.br/legisla/federais/Estatuto_da_Igualdade_Racial_Novo.pdf>. Acesso em 30.08.2010.

⁷⁷⁷ Quanto ao último aspecto editou-se – não sem polêmicas – a Lei que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, “goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”. O legislador ordinário foi instado a assegurar, em um ambiente hostil – que paradoxalmente é o da família, do lar – condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, segurança, saúde, alimentação, educação, cultura, moradia, acesso à justiça, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, respeito e convivência familiar e comunitária; enfim, à dignidade da mulher. BRASIL. Presidência da República. Lei 11.340, de 07.08.2006, art. 2º (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 30.08.2010.

Por esse viés solidário, o legislador atribuiu ao Poder público o desenvolvimento de políticas promocionais dos direitos humanos, a exemplo da proteção das mulheres nas relações domésticas e familiares, no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁷⁷⁸. Convocou a família e a sociedade a criar condições ao efetivo exercício desses direitos, em providência que se afina com o contexto valorativo e principiológico que marca a Constituição.

A proteção à integridade psicofísica da pessoa comporta não apenas o direito de não ser torturado e de obter certas garantias penais. Aplicada à esfera civil, vem garantir “numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal)”⁷⁷⁹, ou um amplo direito à saúde, que abrange o completo bem-estar psicofísico e social. Tal proteção compreende, sobretudo, o direito à existência digna. Daí a previsão de alguns direitos de caráter instrumental, como o do art. 7º, IV, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.

A solidariedade como meio de promoção da dignidade da pessoa humana pode ser analisada, ainda, do ponto de vista dos limites impostos ao exercício dos direitos subjetivos.

Pietro PERLINGIERI destacou que não há nenhum direito subjetivo ilimitado atribuível ao exclusivo interesse do sujeito, mas um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que encerra, em si mesma, limitações ao titular, pelo que, “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”⁷⁸⁰. O sujeito titular do direito deve exercê-lo de modo “a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos, em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social (art. 2 Cost.)”⁷⁸¹.

Essa diretriz estaria a incidir sobre os direitos subjetivos de forma a funcionalizá-los e socializá-los, como ocorre hoje com o direito de propriedade, nas relações familiares, no campo contratual e da responsabilidade civil.

Os contratos, campo em que as partes dispunham de ampla liberdade para firmar compromissos abriram-se gradativamente a um modelo que sugere equilíbrio concreto entre as partes, simetria entre as prestações, veda a excessiva onerosidade e exige observância ao princípio da boa-fé⁷⁸². Na responsabilidade civil, a aceitação da responsabilidade objetiva, refletida na teoria do risco confirma a decadência das concepções individualistas para regular

⁷⁷⁸ *Idem*, art. 3º, parágrafo 1º.

⁷⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 125.

⁷⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...* *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

⁷⁸² *Ibidem*.

os problemas sociais. Os chamados acidentes anônimos, que resultam em vítimas desamparadas levaram à atribuição de responsabilidade não apenas diante da culpa ou do dolo, mas também quando a atividade exercida é capaz de expor o outro a riscos⁷⁸³.

A exigência de solidariedade propôs subverter o sistema anterior para impor a lógica da consideração e do respeito pelo outro, que, se não praticados espontaneamente poderão sê-lo por imposição jurídica. Como se mencionou, “a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade”⁷⁸⁴. Trata-se da mesma exigência afeta aos sistemas de seguridade social e a alguns dos novos direitos surgidos ao final do século XX, caracterizados por não se direcionarem ao indivíduo, isoladamente considerado, nem a um grupo ou Estado específico, mas ao “próprio gênero humano”. São os direitos “ao desenvolvimento, à paz internacional, à comunicação e ao meio ambiente sadio e protegido” e decorrem da mesma solidariedade desenvolvida no seio das angústias do século XX, em especial a possibilidade de destruição do planeta pelo esgotamento dos recursos naturais⁷⁸⁵.

O destino da humanidade será o mesmo, bom ou ruim, o que torna a todos solidários. Se for possível extrair da solidariedade, ao menos inspiração, como a do legislador constituinte quanto ao art. 225 – que atribuiu a todos o dever de preservar o meio ambiente para a presente e futuras gerações – já se estará lhe reconhecendo a indeclinável função de promover dignidade à pessoa humana e à sua coletividade. Insiste-se que além de representar um comportamento caritativo, ético e moral, constitui uma categoria jurídica representativa de deveres e direitos, ou, ainda, princípio geral do ordenamento jurídico, “com força normativa capaz de tutelar o respeito devido a cada um”⁷⁸⁶, o respeito à sua dignidade.

Quando o legislador constituinte atribuiu ao Estado e a cada membro da sociedade a tarefa de construir uma sociedade solidária, para distribuir justiça social, impôs o desafio de concretizar este alvo não só com políticas públicas⁷⁸⁷. Exigir do Estado políticas solidárias e eficazes para tornar concreta a promoção da dignidade da pessoa humana é tarefa de que se

⁷⁸³ Neste sentido o art. 940 do Código Civil de 2002.

⁷⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio... *Op. cit.*, p. 247.

⁷⁸⁵ *Idem*, p. 251.

⁷⁸⁶ *Idem*, p. 258.

⁷⁸⁷ Políticas públicas envolvem diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público, regras e procedimentos para as relações entre o poder público, em todos os seus âmbitos e a sociedade, naqueles campos em que é necessário atender necessidades sociais com recursos públicos. São exemplos: saúde, educação, assistência e previdência social, agricultura e reforma agrária, geração de emprego, ocupações produtivas, formação profissional, entre outros. Em um sentido mais concreto, cita-se a política de prevenção e erradicação do trabalho escravo e do trabalho infantil, combate ao analfabetismo e a todas as formas de discriminação da mulher e do portador de deficiência no mercado de trabalho, a prevenção e o combate a disseminação de doenças como AIDS, programa de inclusão digital, política de combate ao crime organizado, entre outros.

ocupam, hoje, vários segmentos políticos e sociais. A própria razão de ser de um Estado que se diz democrático e social de direito incita o exercício da cidadania, o que naturalmente conduz a programas voltados ao bem-estar social.

O desafio maior envolve os particulares. Nas relações interprivadas, possivelmente por suas raízes históricas e culturais, desenvolveu-se certa resistência àquilo que possa afastar os estritos propósitos que marcam os institutos e os atos inerentes a esse campo da vida sócio-jurídica. Paulo LÔBO observa que se atribui ao Direito das obrigações (especialmente o contratual) “certa estabilidade milenar, porque, mais do que os outros ramos juscivilísticos, perpetuaria os princípios que nos legaram os romanos, assegurando a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico”⁷⁸⁸. Tal sistema assentou-se na valorização da legalidade estrita, fez privilegiar “a conduta hermenêutica simplificada da subsunção dos fatos à hipótese normativa, na estrutura formal ou deontológica rígida” e permitiu relegar os princípios à função supletiva e de reforço teórico⁷⁸⁹.

As transformações sociais, todavia, especialmente a partir do fim do século XX impulsionam mudanças, que incluem o Direito e seus institutos. As categorias jurídicas não podem mais ser consideradas abstratas, universalizantes e imutáveis diante das alternativas históricas.

As relações interprivadas constituem palco adequado para se aferir em que medida o princípio da solidariedade foi compreendido e está sendo absorvido nas relações da vida comum e nas relações jurídicas que se formam das situações subjetivas. O desenvolvimento da personalidade individual torna imprescindível “o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social”⁷⁹⁰. O Direito privado, pela funcionalização de seus institutos centrais assume, hoje, papel decisivo nessa direção, especialmente pela via dos contratos.

⁷⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Op. cit.*, p. 261.

⁷⁸⁹ *Idem*, p. 263.

⁷⁹⁰ *Ibidem*.

5. DIRIGINDO O TRÂNSITO JURÍDICO: RELAÇÕES PESSOAIS, CONTRATOS E DIGNIDADE

5.1 COEXISTÊNCIA HUMANA, EXPERIÊNCIA JURÍDICA E SOLIDARIEDADE

Mencionou-se que a Filosofia da existência, o humanismo e o personalismo tiveram o mérito de facilitar a aproximação do ser humano à realidade e revelar seu protagonismo na experiência jurídica, o que se tornou possível com as crescentes manifestações em prol da mudança de foco no objeto da proteção jurídica.

Da proteção prioritária ao patrimônio propôs-se priorizar a pessoa humana, mudança que daria início a um movimento de transformação do Direito para que passasse a tomar como diretriz o valor da solidariedade, expressão valiosa da coexistencialidade humana⁷⁹¹.

A realidade da coexistência, na medida em que sustentou a posição doutrinária pela qual o Direito é relação entre sujeitos, permitiu reconhecer a importância da solidariedade no seu âmbito. No caráter coexistencial das pessoas estaria a origem da necessidade humana do Direito, dada a suprema missão deste de possibilitar a convivência dos homens e promover incessantemente a pacífica vida comunitária. Composto por normas obrigatórias, “que pretendem objetivar experiências valorativas que emergem como critérios diretores da intersubjetividade das condutas humanas”⁷⁹² o Direito foi reconhecido como a expressão da solidariedade social.

Afirmou-se que a compreensão do aspecto coexistencial humano tornou mais clara a impossibilidade de se reconhecer direitos absolutos e que esse passo foi significativo para se reconhecer que os interesses dos demais, em alguma medida estão presentes na situação jurídica subjetiva, de forma que “o direito de cada sujeito, de alguma maneira, se complementa com o direito dos demais”⁷⁹³. Esta visão coexistencial do homem, e por consequência, do Direito, reuniu fundamentos para se repensar conceitos tradicionais da dogmática jurídica, que o Direito moderno apresentou como individualista.

⁷⁹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 82.

⁷⁹² *Idem*, p. 86. Tradução livre. Texto original : *que pretenden objetivar vivencias valorativas que emergem como criterios rectoros de la intersubjetividad de las conductas humanas.*

⁷⁹³ *Idem*, p. 87. Tradução livre: Texto original: *el derecho de cada sujeto, de alguna manera, se complementa con el derecho de los demás.*

Situado em uma dimensão que transcende a interesses individuais egoísticos, o personalismo a que se fez referência propôs superar o individualismo exacerbado do Direito moderno, tomando como fundamento a tutela da pessoa, vista na dimensão coexistencial. A pessoa, nessa perspectiva, guarda conexão com o outro; cuida da estima de si e do outro e aspira “viver em instituições justas”. Extrai-se, daí, a profunda ligação entre personalismo e solidariedade: “a pessoa é inseparável da solidariedade: ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”⁷⁹⁴.

Essas noções, transportadas às relações intersubjetivas, tem atraído estudiosos do Direito. Judith MARTINS-COSTA pondera que não é uniforme o tecido das relações sociais, “não se apresentando a sociedade como uma harmônica sinfonia de vozes promanadas por um abstrato sujeito de direito: hoje, à metáfora da sinfonia, substitui-se a da polifonia (...)”⁷⁹⁵. Assim, é necessário abandonar a concepção simplista que até pouco se tinha das relações entre as pessoas, e particularmente, das relações obrigacionais. Elas devem ser consideradas, hoje, em face da “dinâmica *atividade* pela qual os sujeitos se relacionam e estruturam, no tempo e no espaço, os seus interesses”⁷⁹⁶, o que significa uma visão mais próxima da vida cotidiana das pessoas, como propugnou a teoria existencialista.

O tema das relações intersubjetivas é vasto e seu aprofundamento demandaria incursão nos seus aspectos particulares. A pesquisa recomenda apenas breve incursão em suas características essenciais, o que remete a alguns conceitos mais remotos, que passam pelas possíveis visões acerca do universo, do mundo e da própria vida humana.

É em razão da vida e por meio dela que o homem permanece ligado aos outros organismos vivos. Com esta consideração, Hannah ARENDT introduziu seu estudo acerca da condição humana, para demonstrar que a *vita activa* compreende três atividades humanas essenciais: labor, trabalho e ação⁷⁹⁷. O *labor*, expresso na atividade correspondente ao processo biológico do corpo humano⁷⁹⁸; o *trabalho*, que remete à atividade de produção de

⁷⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil... Op. cit.*, p. 459-461.

⁷⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações. Introdução geral*. 2 ed. Tomo I, v. V. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10.

⁷⁹⁶ *Idem*, p. 14.

⁷⁹⁷ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15.

⁷⁹⁸ No *labor* ocorre o processo biológico do corpo, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio tem a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas no processo da vida. O labor assegura não só a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. A sua condição humana seria a própria vida. *Idem*, p. 15-16.

um mundo artificial, a produção de coisas⁷⁹⁹; e a *ação*, única atividade que se exerce entre os homens, sem a intermediação das coisas ou da matéria, que corresponde à condição da pluralidade, ao fato de que “homens” (e não “o homem”) vivem na Terra e habitam o mundo⁸⁰⁰.

A *vita activa*, ou vida humana, na medida em que faz algo, tem raízes permanentes “num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente”⁸⁰¹: as coisas e os homens formam o ambiente de cada atividade humana. O mundo não existiria sem a atividade humana que o produziu, que dele cuida ou que o estabeleceu, neste caso pela organização. Daí se afirmar que “todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos”, mas a *ação* é a única que sequer pode ser imaginada fora da sociedade humana; só ela é prerrogativa exclusiva do homem e depende da constante presença de outros⁸⁰².

A *ação* e o discurso são elementos distintivos dos seres humanos em relação a outros seres vivos. Por meio deles os homens distinguem-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes. Eles constituem os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros enquanto homens: “é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano”⁸⁰³.

Essa qualidade reveladora do discurso e da ação emerge “quando as pessoas estão *com* outras, isto é, no simples gozo da convivência humana, e não no ‘pró’ ou ‘contra’ as pessoas”. Ambos ocorrem ainda que os homens se voltem ao mundo das coisas, do qual seus interesses específicos, objetivos e terrenos procedem e que constituem, “na acepção mais literal da palavra, algo que *inter-essa*, que está entre as pessoas e que, portanto, as relaciona e interliga”⁸⁰⁴. Normalmente a ação e o discurso se referem a essa mediação objetiva, física e mundana, que, todavia, é sobrelevada por outra forma de mediação, constituída de atos e palavras, que tem origem única no fato de que “os homens agem e falam diretamente uns *com* os outros”. Esta, chamada subjetiva, seria a “teia” de relações humanas.

⁷⁹⁹ No *trabalho* está a atividade que corresponde ao artificialismo da existência humana. Ele produz um mundo artificial e dentro de suas fronteiras habita cada ser individual. O trabalho e o seu artefato humano emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A condição humana do trabalho seria a mundanidade. *Ibidem*.

⁸⁰⁰ Embora todos os aspectos da condição humana tenham alguma relação com a política, somente a *ação*, a pluralidade, seria a condição de toda a vida política. *Ibidem*.

⁸⁰¹ *Idem*, p. 31.

⁸⁰² *Ibidem*.

⁸⁰³ *Idem*, p. 189.

⁸⁰⁴ *Idem*, p. 195.

A esfera dos negócios humanos, a rigor, consiste nessa teia de relações que existe onde quer que os homens convivam⁸⁰⁵. Como a *ação* atua sobre seres que também são capazes de agir, “a reação, além de ser uma resposta, é sempre uma ação”. Independente do seu conteúdo a ação sempre estabelece relações e tem “a tendência inerente de violar todos os limites e transpor todas as fronteiras”⁸⁰⁶. Esta situação é comum nos negócios humanos e indica certa fragilidade das leis e instituições humanas e, de modo geral, de todo assunto relativo à coexistência dos homens⁸⁰⁷.

Afirmar que a realidade humana é garantida pela presença dos outros, como fez Hannah ARENDT⁸⁰⁸, significa reconhecer a estrutura coexistencial da pessoa e o caráter intersubjetivo do Direito, na medida em que o direito de cada um completa-se, de alguma forma, com o dos demais. Se a pessoa não é um elemento isolado e se os seus interesses e ações encontram limites nos interesses dos outros, então a coexistencialidade deve permitir não apenas o seu pleno desenvolvimento, mas também, solidariamente, o desenvolvimento das demais pessoas com as quais se encontra em comunicação⁸⁰⁹.

Pietro PERLINGIERI, em estudos do Direito Civil contemporâneo, alerta que a complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência “deve ser efetuada como existência no âmbito social”, como “coexistência”⁸¹⁰. Esta, diante de situações conflituosas e perturbadoras da paz social deve estar garantida pelo conjunto de princípios e regras que constituem o aspecto normativo do fenômeno social. A transformação da realidade social em qualquer de seus aspectos significa a transformação da realidade jurídica, dada a recíproca influência entre os diversos aspectos que compõe a vida em sociedade e a ordem jurídico-normativa.

Por essa razão, deve-se ficar atento à complexidade da experiência jurídica. Neste sentido, é pertinente a proposição de Carlos Fernández SESSAREGO de se pensar o Direito como ele se apresenta na experiência, na vida concreta. Não cabe pensá-lo como uma pura ciência lógico-matemática, em que “o sujeito é meramente um centro formal de imputação de

⁸⁰⁵ *Ibidem*.

⁸⁰⁶ *Ibidem*.

⁸⁰⁷ Essa teia de relações humanas, traduzida em linguagem jurídica identifica-se com a rede de relações sociais que resulta da própria vida em sociedade e que pode se apresentar, de maneira genérica, como “aproximação” ou “afastamento”, ou, ainda, de forma “mista”. Casamento, família e contrato de sociedade, por exemplo, ocorrem por relações de aproximação; já, conflitos entre indivíduos ou grupos ou disputa em torno do direito de propriedade formam relações de oposição ou afastamento; por fim, o direito dos contratos, salvo os de constituição de sociedade, são relações mistas. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 54.

⁸⁰⁸ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 211.

⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 90.

⁸¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis... Op. cit.*, p. 1.

situações jurídicas”⁸¹¹. O sujeito, pessoa humana, não é mera abstração e o Direito, embora vinculado a um ordenamento formal, “não pode prescindir do dado da vida humana social, como também não pode deixar de lado a potência axiológica da intersubjetividade”⁸¹².

Essas considerações autorizam rejeitar qualquer tentativa de se conceber o Direito de forma isolada, como uma ciência absoluta e autônoma. Se ele regula a vida humana, com toda a sua complexidade e riqueza, nenhum aspecto da coexistencialidade lhe pode permanecer indiferente. Em regra, toda a conduta humana intersubjetiva é passível de valoração jurídica, seja pela norma legal ou pela atividade jurisdicional, quando o juiz, diante de um conflito de interesses tem o dever de pronunciar sentença, ainda que inexistente norma reguladora da situação trazida ao seu exame⁸¹³.

A falta dessa visão existencialista, personalista e comunitária do ser humano privou a doutrina jurídica, até pouco tempo, de compreender que assim como a justiça e a segurança – que embora voltadas à tutela da pessoa, são, em regra, em uma perspectiva individual – também a solidariedade constitui um valor jurídico por excelência⁸¹⁴. Com essas contribuições teóricas, a consciência da solidariedade nas relações sociais transpôs-se ao campo das relações jurídicas e nestas vem propiciando abordagens excepcionais. Como tutela indispensável, a solidariedade insere a pessoa humana “dentro de uma comunidade de pessoas em comunicação, vinculadas por determinados interesses comuns”⁸¹⁵.

As situações subjetivas têm justificação e seu ponto de confluência na relação jurídica, não sendo suficiente, porém, “aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros”⁸¹⁶. Em uma visão conforme aos valores da solidariedade social, “o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos”, pois o ordenamento não se reduz a um conjunto de normas. No seu aspecto dinâmico, “não é nada mais do que nascimento, atuação, modificação e extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes”⁸¹⁷.

⁸¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 39. Tradução livre. Texto original: *el sujeto es meramente un centro formal de imputación de situaciones jurídicas*.

⁸¹² *Ibidem*. Tradução livre. Texto original: *no puede prescindir del dato de la vida humana social como tampoco puede dejar de lado la potencia axiológica de la intersubjetividad*.

⁸¹³ *Idem*, p. 40.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 89

⁸¹⁵ *Idem*, p. 90. Tradução livre. Texto original: *dentro de una comunidad de personas en comunicación, vinculadas por determinados intereses*.

⁸¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis... Op. cit.*, p. 113.

⁸¹⁷ *Idem*, p. 113-114.

Sobre relações jurídicas melhor se discorrerá na sequência. Acentua-se, para o momento, que o reconhecimento da solidariedade como valor jurídico de primeira grandeza tem permitido aos que se afinam aos postulados personalistas e humanistas, no campo do Direito, rever conceitos e institutos jurídicos antes concebidos por uma visão predominantemente individualista e patrimonialista. Uma das mais significativas projeções dessa postura jusfilosófica é, justamente, reconhecer na pessoa humana a sua estrutura coexistencial e, por consequência, a exaltação da solidariedade como valor jurídico.

5.1.1 Relação jurídica, Direito privado e o Direito civil contemporâneo

O movimento que propôs polarizar as construções jurídicas em torno da pessoa e inspirou a sua reintrodução ao topo das prescrições e das faculdades jurídicas foi significativo. Marcou a evolução das primeiras denúncias sobre o neutralismo ideológico, a pretensão de suficiência do pensamento científico para resolver os problemas e necessidades reais das pessoas, as posturas anti-humanistas e a tendência conceitualista ou nominalista de enxergar os indivíduos e suas relações na sociedade.

Essas acusações dirigiram-se, naturalmente, ao “indivíduo-centrismo”⁸¹⁸ que marcou os séculos XVIII e XIX e parte do século XX e que não se identificava com a proposta de centralidade da pessoa nos moldes propostos pelo movimento de repersonalização do direito que o pensamento jurídico contemporâneo busca experimentar. Aquele “indivíduo-centrismo” teve significado diverso. Orlando de CARVALHO explica que ele não era hábil “para captar o acento comunitário e o profundo sentido da solidariedade humana que, no plano do Direito, constituem marca irreversível da nossa época”⁸¹⁹.

Ao analisar a influência das Pandectas sobre os civilistas contemporâneos, Orlando de CARVALHO destacou a estrutura do Direito Civil existente em boa parte das codificações modernas. Nelas constatou, em regra, a mesma divisão de matérias objeto de preocupação jurídica: Direito das obrigações, Direito das coisas, Direito de família e Direito sucessório, tudo precedido por uma “Parte Geral”, centrada na “relação jurídica civil”. Concluiu que “o antepor-se uma teoria geral” aos específicos domínios das obrigações, do direito das coisas,

⁸¹⁸ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981, v. 1, p. 15.

⁸¹⁹ *Ibidem*.

do direito de família e sucessório “sugere que essa teoria geral é *caput et fundamentum* de toda a regulamentação das relações jurídicas civis”⁸²⁰. Nessa qualidade, a “parte geral” serviu (e ainda serve) como recurso indiscriminado à integração de lacunas, além de fonte ou germe das partes especiais e dos institutos que as caracterizam.

Foi fundamental, nessa análise, constatar a eliminação do tradicional livro “Das pessoas” (com que se abriam os sistemas latinos), em favor de uma “Parte geral”. Nesta, as pessoas reduziram-se a mero elemento da relação jurídica civil, o que “concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico, cujas seqüelas, como a última história nos mostra, dificilmente tranqüilizam qualquer boa consciência”⁸²¹. Com todo o ritualismo, tecnicismo e neutralismo do modelo, “o jurídico resvala num ritualismo epidérmico, sem qualquer desígnio humano sensível”, pois tudo se resume a um conjunto de fórmulas puras e simples que virtualmente se adapta a toda espécie de substância. Nessa perspectiva, “se a monstruosidade do jurista ‘puro’ (...) tem raízes mais profundas que a pandectística moderna, a esta deve, no entanto, um inestimável álibi”⁸²².

A construção de um Direito com estilo retórico, retraído e neutro, a exemplo do *Code Civil* e das Pandectas, “como se o Direito não fosse de homens e para homens”⁸²³, e no qual a centralidade da personagem humana substituiu-se por conceitos tênues, deixou um legado considerável em vários institutos jurídicos.

A relação jurídica é um bom exemplo dessa influência. Surgiu calcada em normas e regras abstratamente elaboradas, desprovidas de conteúdo concreto. Assim pensada, tornou o homem apenas um elemento a mais, ao lado de outros (do objeto, do fato jurídico, da garantia), e desprovido de qualquer privilégio como sujeito. Sinais de evolução só surgiram em meados do século XIX, quando alguns estudiosos do direito propuseram considerar as relações da vida, as formas de conduta e as formações espontâneas de vínculos. Compreendeu-se que era desses vínculos que “o Direito verdadeiramente irrompia” e importava o “primado da relação da vida (...) sobre a norma ou disposição que a regulamentava”⁸²⁴. Essa evolução, todavia, partiu do homem sozinho – como concebido pelo jusnaturalismo romântico e individualista – que não considerava “a alteridade do Direito, a sua profunda e indefectível socialidade”⁸²⁵. Por esta razão, tal progresso não evitou que a

⁸²⁰ *Idem*, p. 57.

⁸²¹ *Idem*, p. 60.

⁸²² *Idem*, p. 61.

⁸²³ *Idem*, p. 43-44.

⁸²⁴ *Ibidem*.

⁸²⁵ *Ibidem*.

relação jurídica, como introduzida nos sistemas jurídicos codificados e na consciência dos juristas se mantivesse sob a mesma ótica (normativista e conceitualista) para “oferecer-se como o autêntico rosto da matéria civilística”⁸²⁶.

Deve-se insistir, por outro lado, na constatação precisa de Orlando de CARVALHO no sentido de que “(...) não da vida, mas da vida em relação, nasce o Direito, pelo que só ao nível das relações inter-humanas pode o Direito concretamente compreender-se”⁸²⁷. Esta idéia indica um propósito bem definido: o de resgatar a humanização do homem no direito, transformado como foi em apenas mais um elemento, como outros nos textos codificados. Tal propósito, como se demonstrará, intensificou-se a partir dos últimos anos do século XX e tende a uma profunda transformação.

Reações mais concretas ao individualismo subjacente à codificação moderna iniciaram, no âmbito legislativo, com o Código Civil Suíço de 1907⁸²⁸. Considerado o Código da pessoa, do direito geral da personalidade, optou pela recusa “do abstrato em favor ‘(d) que é concreto, (d) o que é vivo, (d) o que cai debaixo dos olhos’ (...)”. Mostrou-se avesso “a todo o cientismo e a todo tecnocratismo (...), colocando-se em verdadeira oposição à técnica e a neutralidade ideológica do BGB”. No lugar do conceito formal de relação jurídica, nele preponderou novamente o homem, “a pessoa humana, que claramente se afirma em sua plena dimensão universal”⁸²⁹.

No mesmo movimento seguiu o Código Civil Italiano de 1942⁸³⁰, que exprimiu a “quase unânime resistência do país à introdução do sistema das Pandectas – designadamente à ‘parte geral’”. Reproduziu, em vasta medida, o Código Suíço, além de acrescentar um livro sobre obrigações, um sobre o trabalho e um último sobre a tutela dos direitos⁸³¹. Aderiram ao

⁸²⁶ *Idem*, p. 44-45.

⁸²⁷ *Idem*, p. 45.

⁸²⁸ O Código Civil Suíço inicia com um Título Preliminar, que vai dos artigos 1 ao 10. Neles são disciplinados aspectos como aplicação da lei, direitos e deveres gerais e dever de boa-fé, poderes de apreciação dos juizes, disposições gerais sobre direitos e obrigações, regras de direito federal e de direito cantonal (cantons). O Livro Primeiro trata do “Direito das Pessoas”, contemplando no Título Primeiro as “pessoas físicas”, com início no Capítulo Primeiro sobre “a personalidade”. O tratamento à “personalidade” distribui-se nos artigos art. 11 ao 38 para seguir, do art. 39 ao 49 à disciplina “dos atos da vida civil” para iniciar a partir do art. 52 o tratamento “as pessoas jurídicas”. O Livro Segundo, a partir do art. 90 inicia o tratamento ao “direito de família” e na sequência, o “da sucessão” e dos “direitos reais”. SUÍÇA. Code Civil Suisse. 10.12.1907. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf)>. Acesso em 30.07.2010.

⁸²⁹ CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 60.

⁸³⁰ O *Códice Civile Italiano* abre o texto com o “*Libro Primo*” para tratar “das pessoas e da família”, inserindo no Título I o tratamento dado às “pessoas físicas” (artigos 1 a 10). ITÁLIA. Il Codice Civile Italiano. 16.03.1942. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)>. Acesso em 31.07.2010.

⁸³¹ Considera-se que a resistência italiana acompanhou a longa preparação da reforma do Código de 1865 e abrangeu os mais variados setores jurídicos, pelo que não se pode considerar um reflexo do regime fascista que promulgou o *Códice Civile*, nem que se deve atribuir a esse regime a manutenção da “linha tradicional dos

movimento também alguns códigos considerados socialistas, como o Código Civil Checoslovaco de 1964⁸³² e o Código Civil Húngaro de 1959⁸³³.

Podem-se atribuir alguns significados correlatos a esse movimento. Entre eles, a visão de que os grandes códigos – francês e alemão – partiram da regulamentação, não de “um fenômeno real e típico, mas uma fórmula jurídica abstrata”; a compreensão de que esses códigos, especialmente o de *Napoleón* era o “código dos fortes”, que desconhecia “os interesses dos débeis, sendo a epopéia do homem burguês, não o instrumento de tutela da multidão dos *sans-culottes* (...)”; enfim, a consciência de que era necessário reivindicar “uma descida ao real, ao homem em situação – não uma fuga para fórmulas geométricas ainda mais ocas e impunemente alienantes”⁸³⁴.

O significado principal, todavia, parece ser o de que a inserção do Direito da pessoa em primeiro lugar no Direito privado e o estudo de suas regras, de forma conjunta, expressa uma fundamental tomada de posição: toda a construção do Direito está para servir, antes de tudo, aos interesses das pessoas e das coletividades humanas.

É nesse contexto que se propaga a repersonalização do Direito Civil, que remete à sua raiz antropocêntrica, à sua ligação profunda com a pessoa humana e os seus direitos e que se intensifica no direito contemporâneo. Judith MARTINS-COSTA observa o quanto se busca, no Direito Civil do século XXI, “descobrir a pessoa que está por detrás do *sujeito de direito* titular de um patrimônio”. Esta descoberta relaciona-se diretamente “com os meios e as formas pelas quais as concretas relações econômicas desenvolvidas na sociedade, criadas ou impulsionadas pelos fatos, são apreendidas pelo Direito”, que no seu estudo se particulariza ao Direito das obrigações⁸³⁵.

A história do direito obrigacional permite compreender o caminho evolutivo das relações jurídicas em um sentido mais amplo, no âmbito do Direito privado, especialmente o

códigos latinos” a que se refere a correspondente exposição de motivos. CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁸³² O Código Civil Checoslovaco subverteu as partes especiais para eliminar por completo as categorias abstratas do direito das obrigações e das coisas, “em benefício das categorias concretas da propriedade, do uso, dos serviços, etc”. O tecnicismo da estrutura das relações jurídicas se fez substituir pelo finalismo ou sociologismo da finalidade social dessas relações. *Idem*, p. 66-67.

⁸³³ Embora o Código Civil Húngaro não tenha demonstrado o mesmo avanço, retomou, na exposição de motivos, as grandes críticas de base ao sistema das Pandectas, fundamentalmente o organicismo, o tecnicismo e o anti-humanismo. *Idem*, p. 67.

⁸³⁴ *Idem*, p. 71-72.

⁸³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 332.

Direito Civil⁸³⁶. Partindo-se Direito moderno, a liberdade humana para criar vínculos jurídicos ancorava-se no conceito chave da autonomia da vontade, considerada como o próprio fundamento do direito. Entendia-se que se a vontade pode se exteriorizar de forma suficiente, por palavras, ela constitui uma declaração que se toma como verdade em relação ao declarante. O contrato e a liberdade contratual eram concebidos como manifestações da vontade humana e uma das liberdades naturais.

A liberdade de contratar, como elemento básico e fundamental das relações entre os particulares no Direito moderno atribuiu força de lei às condições pactuadas. À lei de ordem pública dispensou-se papel de menor importância, uma atuação reservada a situações em que algum interesse social exigisse preservação⁸³⁷. Garantida eficácia jurídica às combinações de interesses, eliminou-se quase por completo o formalismo contratual⁸³⁸, e, por refletirem um ato de liberdade individual, os negócios jurídicos, em especial os contratos, considerados portadores de um caráter justo tornaram-se praticamente intocáveis. A força onipotente da liberdade individual condensou-se no brocardo latino *pacta sunt servanda*: os pactos devem ser respeitados.

As teorias da força obrigatória dos pactos e da autonomia da vontade encontraram no primeiro período da Revolução industrial, solo fértil para expansão. A sociedade burguesa aclamaria a liberdade contratual movida pelo desejo de segurança, pelo anseio de eliminar riscos próprios dos seus negócios, pela expansão do comércio e da produção, bem como pela aspiração ao poder. Tal liberdade, pautada na igualdade formal e na força obrigatória dos pactos sustentou o pensamento político e jurídico que se seguiu, inclusive para fortificar o próprio sistema capitalista.

Por outro lado, o tempo incumbir-se-ia de apresentar ao Direito a realidade como, de fato, ela acontece: repleta de desigualdades individuais e sociais, que permitem aos que tem

⁸³⁶ Estudos sobre a evolução do direito obrigacional podem ser encontrados, entre outros, na seguinte bibliografia: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Autonomia Privada como Poder Jurídico*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 71, p. 5-6, nov., 1997. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090118234524.pdf>. Acesso em 01.09.2010; DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸³⁷ Cabe aqui a precisa referência de Luigi Ferrara: “*In via di principio, sin quando la legge non interviene ad imporre una particolare forma di dichiarazione, la manifestazione di volontà rientra nel potere di disposizione dell’agente, il quale è libero di suglierla a suo talento, tanto come forma espressa, quanto come forma tácita*”. FERRARA, Luigi. *Istituzione di diritto privato: parte generale*. Torino: Unione Tipográfica; Editrice Torinese, 1939, p. 375.

⁸³⁸ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1952, v. 195, p. 554.

força e poder sobrepor-se aos mais débeis. Nesse momento a liberdade plena na declaração de vontade começou a ser questionada e a sua estrutura – a igualdade formal – enfrentou resistências.

Propunha-se que as obrigações em geral, e, especialmente, os contratos fossem retirados do plano da abstração e inseridos no âmbito concreto das desigualdades, desequilíbrios e injustiças, que reclamavam proteção. Aquela igualdade formal reclamava o reconhecimento e a garantia da igualdade substancial entre as pessoas.

O pensamento contemporâneo absorveu, em grande medida, essas mudanças. As relações interprivadas exigem garantia de igualdade substancial e conjugação entre a autonomia e o reconhecimento da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana⁸³⁹. Nessa linha, um Direito Civil adequado à ordem constitucional (no campo de análise, à ordem constitucional brasileira) repousa sobre a proteção da personalidade e sobre o respeito à autonomia privada⁸⁴⁰.

Judith MARTINS-COSTA refere-se, efetivamente, à autonomia “privada” e não à autonomia “da vontade”. Esta, como se verificou, tem em sua base alguns dos postulados kantianos relativos à liberdade individual e contempla a liberdade natural e moral de querer ou de determinar-se desta ou daquela forma. Tal liberdade se identifica com o fundamento do poder de criar normas jurídicas (vontade negocial). Na autonomia da vontade, portanto, a vontade seria a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos⁸⁴¹.

A autonomia privada, como considera a autora, “descarta a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas”. Sua gênese será um fato (poder de auto regular os próprios interesses, dado e limitado pela ordem jurídica): uma fonte negocial ou normas criadas pela autonomia privada, que tem conteúdo próprio determinado pelas normas estatais que as limitam⁸⁴². Na expressão autonomia privada estaria implícita “a existência coletiva ou comunitária, exercida na (e pela) sociedade civil”⁸⁴³.

À luz do Código Civil brasileiro de 2002, “o *auto nomos* dos privados há de ser exercido nos quadros de uma substantiva justiça social”. O art. 421 é um bom exemplo. Nele

⁸³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento... *Op. cit.*, p. 345.

⁸⁴⁰ *Ibidem*.

⁸⁴¹ Nos contratos, a autonomia da vontade seria um aspecto da liberdade de contratar, em que o poder que se atribui aos particulares relaciona-se com a determinação de condutas à luz das relações disciplinadas pela lei. O conceito de liberdade de contratar abarcaria os poderes de autoregência de interesses, de livre debate sobre as condições do contrato, e livre escolha da forma conveniente à concretização da vontade. GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 29-30.

⁸⁴² MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento... *Op. cit.*, p. 346.

⁸⁴³ Esta constatação teria levado Natalino IRTI a lançar a idéia de “autonomia coletiva”, o que, porém, não parece superar a expressão que decorre do Código Civil brasileiro, relativa à autonomia solidária. *Ibidem*.

a liberdade de contratar será exercida “em razão e nos limites” da função social do contrato. Evidencia-se a correlação necessária entre a autonomia privada e a sua função social, que se assume como elemento constitutivo da própria liberdade de contratar.

A identificação entre liberdade contratual e autonomia da vontade conduziu a equívocos históricos nas relações jurídicas privadas. Hoje, sabe-se que a liberdade humana não se prende a uma hipotética vontade. Ela está “em poder desenvolver a própria personalidade e essa se desenvolve na *cives*, na relação com o outro, na consideração com a alteridade”⁸⁴⁴. Desta concepção decorrem vários e importantes efeitos jurídicos. Com a liberdade de contratar devem ser também considerados: a relevância externa do crédito; a limitação decorrente do respeito à proteção do meio ambiente; a adstrição aos princípios que regem a concorrência empresarial; a coibição de negócios usurários; e a especial tutela a certos negócios socialmente muito significativos, como os contratos educacionais⁸⁴⁵.

A postura personalista contida no atual Código Civil brasileiro, refletida nas relações jurídicas em geral, e em especial nos contratos e em outros institutos tipicamente civis, como se verificou, resultou de um lento processo. Todo processo sugere sucessão de mudanças, acontecimentos não repentinos que o tempo, a maturidade e o ajustamento se incumbem de assentar. Sugere travessia, avanços e retrocessos, superação, vitórias relativas e conservação de preceitos que inspiraram a ordem anterior, além de dificuldades e resistências. Assim se assenta o Direito privado contemporâneo: entre pontos de tensão com o que remanesce de uma herança moderna individualista e patrimonialista e o que se propaga com a inserção de uma nova ordem constitucional, repleta de valores voltados à pessoa, em especial à proteção de sua dignidade.

A necessidade de reavaliar conceitos filosóficos e políticos anteriores, com vistas a aferir sua validade para os dias atuais incita profundas reflexões. Luiz Edson FACHIN, no exercício de uma apropriada crítica ao Direito Civil nacional chamou a atenção aos efeitos da incidência “de uma principiologia axiológica de índole constitucional que se projetou sobre as relações interprivadas no Brasil contemporâneo”⁸⁴⁶. Apontou o estimulante horizonte de renovação que convida a refletir sobre essa travessia, seus desafios e o que será possível encontrar ao se atingir o outro lado da margem.

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11.

O movimento de repersonalização do Direito privado, que propõe situar a pessoa, como ser coletivo, no centro dos interesses jurídicos pode ser considerado um grande passo neste sentido. O intuito de superar o paradigma voluntarista – tão bem ajustado àquela sociedade burguesa, característica da Modernidade, em que o elemento estático tinha grande peso – impulsionou esse movimento. E assim ocorreu porque “a imobilidade não é compatível com a vida”⁸⁴⁷. O pensamento filosófico grego já havia constatado que tudo flui, tudo muda, em um movimento perpétuo que “mais faz sentido na nossa sociedade complexa e transversalizada, na qual convivem várias temporalidades históricas (...)”⁸⁴⁸.

Santi ROMANO já observara que “a relação, jurídica ou não jurídica, postula a pluralidade”⁸⁴⁹. Neste contexto de pluralidade e complexidade social é que as relações jurídicas deverão ser compreendidas. A realidade histórica do individualismo exacerbado deverá ser substituída pela coexistencialidade; as liberdades e a igualdade substancial deverão ser asseguradas; o equilíbrio entre justiça e segurança jurídica e entre interesses individuais e coletivos perseguidos. Esta profunda mudança conduz à solidariedade social.

A diretriz personalista, a que se fez referência, tende a abranger o mundo jurídico de forma ampla, porque “o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores”⁸⁵⁰. O ideal é humanizante, porém, não é a um vago humanismo que se devolve o Direito Civil, “mas ao humanismo mais concreto que é fundamento do seu modo de composição dos interesses (...)”. A centralização do regime em torno do ser humano e de seus interesses é que “faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”⁸⁵¹.

A comunicação que se estabeleceu entre Direito privado e ordem constitucional torna de pouco sentido até mesmo a tradicional separação entre público e privado. Implica que os valores da nova Constituição incorporem-se aos institutos tipicamente civilistas (e os que deles derivam), para contrapor o dever de solidariedade às legítimas aspirações dos particulares em assegurar suas liberdades e a satisfação de seus legítimos interesses. Os reflexos desta tendência aos poucos se revelam e em alguns institutos já são claros, como nas obrigações e nos contratos.

⁸⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários... Op. cit.*, p. 80.

⁸⁴⁸ *Ibidem*.

⁸⁴⁹ Tradução livre. Texto original: “*il rapporto, giuridico o non giuridico, postula la pluralità*”. ROMANO, Santi. *Op. cit.*, p. 55.

⁸⁵⁰ CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 90-91.

⁸⁵¹ *Idem*, p. 91-92.

5.1.2 Obrigações e contratos no Direito civil-constitucional: a funcionalização dos institutos

A concepção de pessoa como sujeito de direito abstrato, titular de direitos e obrigações fez do direito objetivo Moderno o reflexo das mais diversas manifestações da personalidade humana⁸⁵². Ao se considerar o Direito uma forma de emanção do ser humano, deu-se ao ordenamento positivo “a justificação e o limite ético necessários a legitimar-se o Direito estatal”⁸⁵³.

Aquela impessoalidade tornou o direito subjetivo “um atributo do ordenamento, configurando-se, a partir de então, evidente desprestígio da pessoa humana, reduzida a simples elemento da relação jurídica”⁸⁵⁴. Além desses fatores, a forte influência liberal do século XIX e o anseio de segurança jurídica levaram à codificação, quando o Direito Civil identificou-se e reduziu-se ao próprio Código Civil. Em tal sistema a pessoa transformou-se em “elemento científico, um conceito oriundo da construção abstrata do Direito”. A titularidade patrimonial definia “o melhor ou o pior delineamento da pessoa humana em relação à imagem conceitual de pessoa (sujeito de direito), ditadas pelas normas⁸⁵⁵. O século XX impôs mudanças a esse estado, que se acentuaram a partir da sua segunda metade.

Na experiência jurídica brasileira, paralelamente ao conceito de pessoa como sujeito de relações jurídicas basicamente patrimoniais, imposto pelo Código Civil de 1916, novas perspectivas se abriam com o advento da Constituição de 1988. Institutos como a família, a propriedade e os contratos passaram a ser vistos sob a ótica de sua função social, em uma sequência de formulações teóricas e de práticas judiciais sem precedentes. A proteção da dignidade humana, como expressa no art. 1º, III da Constituição tornou-se objeto de preocupação central nos debates jurídicos e o papel da pessoa foi gradativamente se transformando. O viés patrimonialista se abrandaria para permitir uma visão mais humana do Direito e para assumir a dignidade como fundamento e objetivo de toda a ordem jurídica.

⁸⁵² BARCELLONA, Pietro. Il soggetto di diritto. **In:** *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 208.

⁸⁵³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito subjetivo: uma perspectiva crítica. **In:** *Revista Jurídica Themis*, Curitiba, n. 8, p. 19, 1995-96.

⁸⁵⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? **In:** FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 180.

⁸⁵⁵ *Idem*, p. 180-181.

O Código Civil de 2002 surgiu nesse contexto teórico. Dos profundos debates que antecederam e sucederam a sua promulgação, entre aplausos e críticas é possível afirmar, como fez Álvaro Villaça AZEVEDO, que certamente a sequência do novo Código Civil é mais lógica. É que, primeiro, “os direitos exercem-se sobre a própria pessoa, são os direitos da personalidade, incluídos agora no texto do novo Código; depois, exercem-se sobre um bem jurídico fora da pessoa (...), são os direitos patrimoniais, obrigacionais ou reais (...)”⁸⁵⁶. Houve, efetivamente, um resgate das antigas formulações latinas em torno da pessoa humana, o que traz à lembrança a recomendação de Hermogeniano: *hominum causa, omne ius constitutum sit*, ou seja, “por causa dos homens, todo o direito seja constituído”⁸⁵⁷.

Está subjacente, no novo Código, relativamente ao conceito de relação jurídica, a noção de Direito como experiência, que constitui a compreensão do direito *in acto*⁸⁵⁸. Esta perspectiva descarta o direito como objeto de passiva contemplação ou descrição externa.

Miguel REALE, assim como Orlando de Carvalho já havia compreendido o Direito como realidade histórico-cultural, pelo que não pode ser considerado “pura sequência de esquemas lógicos”⁸⁵⁹. Tal concepção abre-se a uma abordagem “mais ampla e humana dos problemas jurídicos, ao mesmo tempo em que possibilita uma compreensão mais nossa de nossos ordenamentos, em consonância com as tendências basilares de nossa cultura”⁸⁶⁰.

Essas afirmações podem ser bem compreendidas se conjugados dois fenômenos distintos, mas que convergem: os diferentes papéis dos sujeitos no exercício das suas liberdades civis e econômicas e a relevância da pessoa quanto a certos efeitos jurídicos; e a nova racionalidade que preside as relações econômicas na sociedade⁸⁶¹. A nova realidade exige, além de uma reconstrução conceitual, uma nova gramática, especialmente no campo jurídico.

⁸⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Op. cit.*, p. 12.

⁸⁵⁷ A referência é ao Digesto, Livro I, título V, lei 2ª, *Hermogenianus, lib. 1, Institutionnum. Idem*, p. 13.

⁸⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ... Op. cit.*, p. 5.

⁸⁵⁹ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 31

⁸⁶⁰ REALE, Miguel. *Horizontes... Op. cit.*, p. 296.

⁸⁶¹ O primeiro fenômeno relaciona-se com a proteção à personalidade como núcleo aglutinante de “bens jurídicos fundamentais”. O segundo liga-se a uma nova racionalidade, a que preside as relações econômicas na sociedade denominada pós-industrial e que denota certa desmaterialização que, desde os finais do século XX, acompanha uma série de acontecimentos sociais (certos contratos “que não servem mais apenas para fazer circular as coisas, mas, *tout court*, para fazê-las, e em especial para criar produtos financeiros”; desmaterialização da moeda em números transmitidos por impulso eletrônico; operações eletrônicas estranhas aos moldes tradicionais, dotadas de elementos heterogêneos; certas relações negociais, em que o vendedor não é sequer o proprietário do bem que promete vender e o comprador sequer possui o dinheiro necessário para pagar o preço; e, ainda, relações obrigacionais que se desenvolvem em um meio-ambiente cultural inteiramente novo,

O anseio de dar concretude ao sujeito de direito e a racionalidade sócio-econômica contemporânea⁸⁶² evidenciam a fratura entre a realidade da vida e o método jurídico tradicional, que é inadequado para tratar da “pluralização da subjetividade jurídica e das complexas relações de inter-subjetividade”⁸⁶³. Se há uma fratura exposta, mais do que nunca é preciso tornar concretas as relações de igualdade substancial entre as pessoas. É necessário extrair da complexa realidade social a normatividade adequada, o que significa aspirar um conteúdo normativo o mais próximo possível das exigências e das peculiaridades das pessoas, considerando os valores e princípios expressos no ordenamento constitucional.

Judith MARTINS-COSTA observa que, se no sistema de codificação oitocentista o suporte ideológico dos próprios atributos das regras (generalidade e abstração) era a ficção da igualdade, esta não mais existe “nas normas agora codificadas, polarizadas que estão pela diretriz da *concretude*, que significa a observância da ‘ética da situação’”⁸⁶⁴. É importante, agora, análise interna da relação obrigacional, pois sua análise externa ignora aspectos relevantes da realidade social por promover uma imagem estática da relação, centrada entre duas partes: um devedor frente a um credor. Aí residiria a importância dos conceitos flexíveis ou fórmulas ordenadoras que estão no corpo da lei civil e que conduzem ao mencionado processo de concreção⁸⁶⁵.

A prevalência das situações existenciais em relação às patrimoniais, a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação-aplicação do Direito e a prioridade da

“o mundo dos *e-mails*, dos relacionamentos *on line*, do *telemarketing*, da TV a cabo, dos *home bankings*, etc)”. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários... Op. cit.*, p. 5-7.

⁸⁶² De acordo com Ulrich Beck, “sociedade de risco” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução espanhola de: Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998); de acordo com Touraine, “sociedade programada” (TOURAINÉ, Alain. *La société post-industrielle*. Paris: Daniel-Gonthier, 1969); e na expressão de Bourdieu, sociedade caracterizadora de um “taylorismo de serviços” (BOURDIEU, Pierre. *Contre-feux 2*. Paris: Raisons d’ Agir, 2001, p. 47).

⁸⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto privato futuro*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1993, p. 11.

⁸⁶⁴ A autora se refere ao novo Código Civil, que contempla vários conceitos flexíveis ou fórmulas ordenadoras, ou, ainda, expressões dotadas de vagueza socialmente típica, mas que levam à concretude. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários... Op. cit.*, p. 11.

⁸⁶⁵ Seriam exemplos dessas “fórmulas”: conforme as circunstâncias exigirem (art. 690); conforme as circunstâncias (do caso) ou conforme os usos (arts. 24, 138, 151, par. Único, 152, entre outros); uso a que se destina ou fim a que se destina (arts. 566, I e 567); uso regular (art. 569, III); costumes da localidade (art. 1297, par. 1º); justa causa ou justo motivo (arts. 57, 335, I, 602 caput e par. Único, entre outros); motivos graves (arts. 57, 111, 429); segundo a boa-fé, ou conforme os ditames da boa-fé (arts. 113, 128, 187, 422, 242, 286, 307, entre outros); má-fé (arts. 243, 766 par. Único, 878, 1216, entre outros); natureza da coisa ou natureza da atividade (art. 569, I, 927, par. único); dano iminente e dano considerável (arts. 870 151); obrigação excessivamente onerosa ou excessiva desproporção (arts. 156, 478, 480, 621, 944, par. Único); fim econômico ou social (arts. 187, 1228 par. 1º); liberdade de contratar (art.421); função social do contrato (art. 421 e 2015 par. Único); tempo suficiente (art. 428, II); razoabilidade (art.720, par. Único); extrema vantagem para a outra [parte] (art.478), entre várias outras expressões. *Idem*, p. 11-13.

função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura são características do que se denomina Direito civil-constitucional⁸⁶⁶.

A expressão “constitucionalização do direito” é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e comporta múltiplos sentidos⁸⁶⁷. No sentido que se abordará na sequência, e para adotar a expressão de Luis Roberto BARROSO, ela se associa a “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Valores, fins públicos e comportamentos implícitos nos princípios e regras da Constituição “passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”⁸⁶⁸, além de repercutirem sobre a atuação dos três Poderes, notadamente em suas relações com os particulares e nas próprias relações entre estes⁸⁶⁹.

No Direito Civil a constitucionalização desenvolveu-se no embalo das formulações doutrinárias sobre os ideais de democracia, solidariedade e de proteção à dignidade da pessoa, acentuadamente na doutrina italiana na segunda metade do século XX. No Brasil, coincidiu com a promulgação da Constituição de 1988⁸⁷⁰. Este fenômeno, na doutrina nacional notabilizou-se entre juristas preocupados com “a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais”⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

⁸⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil... Op. cit.*, p. 244.

⁸⁶⁸ *Idem*, p. 245.

⁸⁶⁹ No Poder Legislativo, a constitucionalização limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe certos deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais; na Administração Pública, além de limitar-lhe a discricionariedade e impor a ela o dever de atuação, também lhe fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independente da interposição do legislador ordinário; e no âmbito do Poder Judiciário, serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado, além de condicionar a interpretação de todas as normas do sistema; por fim, quanto aos particulares, estabelece limitações quanto à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. *Ibidem*.

⁸⁷⁰ Constituições promulgadas depois da Segunda Guerra mundial, como da Alemanha, da França e da Itália primeiro, e mais recentemente de Portugal e Espanha propiciaram o mesmo interesse pela constitucionalização do Direito Civil.

⁸⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil... Op. cit.*, p. 18.

A complexidade social e os micro-sistemas jurídicos pluridisciplinares, como o Direito do Consumidor, Ambiental, os da Criança, do Adolescente e do Idoso, chamaram atenção para a insuficiência e superação do Código. Estas, aliás, o Direito do Trabalho já havia detectado quando, por primeiro, afastou-se do sistema civil codificado para formar o seu próprio conjunto normativo e principiológico, que se construiu sobre bases mais próximas da realidade da vida das pessoas e das peculiaridades das suas relações jurídicas.

Sustenta-se que de todos os ramos jurídicos, o Direito Civil e o Direito Constitucional são os que mais dizem respeito ao cotidiano de cada pessoa e cidadão⁸⁷². Se cada um “é sujeito de direitos ou de deveres civis em todos os instantes da vida, como pessoas, como adquirentes e utentes de coisas e serviços ou como integrantes das relações negociais e familiares” e se todos os dias “exercemos a cidadania e somos tutelados pelos direitos fundamentais”, não se admite ignorar que as normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente⁸⁷³, o que acaba por favorecer a aproximação dos dois ramos.

As relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil atravessaram, nos últimos séculos, fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa⁸⁷⁴. No ambiente desta última é que ocorreu a “virada axiológica do direito civil”, tanto pela inserção de normas de Direito civil na Constituição, como pelo uso da Constituição para se interpretar o Direito Civil, com a imposição de um novo conjunto de princípios e valores.

A elevação de alguns fundamentos do Direito Civil a *status* constitucional permitiu à doutrina civilista perceber, primeiro, que assim ocorreu por deliberada escolha axiológica da sociedade; e segundo, que essa escolha foi indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e conseqüentemente para a promoção da justiça social e da solidariedade. Por se tratar de uma escolha social e política, diretamente vinculada à natureza do Estado social, hoje se compreende que a constitucionalização do Direito Civil impõe que a

⁸⁷² *Idem*, p. 19.

⁸⁷³ *Ibidem*.

⁸⁷⁴ A análise inicia com a Revolução francesa, que deu ao Direito constitucional e ao Direito civil um instrumento próprio, respectivamente: uma Constituição (1791) e o Código Civil napoleônico (1804). Embora contemporâneos, não houve entre eles integração ou comunicação. Na primeira fase, a Constituição, vista como uma Carta política, de papel limitado, servia só como referência às relações entre o Estado e o cidadão; o Código Civil, por sua vez, era o documento jurídico que regia as relações entre os particulares. Na segunda, ao longo do século XX o Estado social e a percepção da desigualdade material levou o Direito civil a buscar a superação do individualismo exacerbado e do dogma da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social da propriedade e do contrato o Estado passou a interferir nas relações entre os particulares para introduzir normas de ordem pública, que visavam, sobretudo, proteger o lado mais frágil dessa relação. Por fim, numa terceira fase consolidar-se-ia a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde atuaria como filtro para a leitura do direito em geral. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização... *Op. cit.*, p. 256-258.

ordem infraconstitucional concretize a organização social e econômica eleita pela Constituição, não sendo dado aos juristas desconsiderá-las.

Concretizar esses valores, todavia, exige atenção a alguns pressupostos teóricos que a doutrina do Direito Civil-constitucional, na expressão máxima de Pietro PERLINGIERI propõe sintetizar. O primeiro refere-se à natureza normativa das constituições: é preciso reconhecer não só o valor normativo dos seus princípios e normas, mas também sua supremacia. O segundo relaciona-se com a complexidade e o caráter unitário do ordenamento e ao pluralismo das fontes de direito: deve-se pensar o ordenamento como uno e complexo e os princípios constitucionais com a função de valores guias, com papel central na articulada pluralidade das fontes do direito. Por fim, uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos: deve-se afastar qualquer teoria formalística e adotar outra que ofereça uma interpretação capaz de considerar a hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica⁸⁷⁵.

Decorre desses pressupostos uma série de conseqüências que poderiam ser abordadas. De qualquer forma, a compreensão hoje possível da constitucionalização do Direito Civil não se resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Esta é apenas um de seus aspectos. O significado mais importante “é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas”, aplicação que pode ocorrer de duas formas: quando “inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito”; e quando “a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis”⁸⁷⁶.

As normas constitucionais, portanto, serão sempre aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja de forma integral, ou pelo processo de conformação das normas infraconstitucionais. A ideologia do social, que comporta a constitucionalização do Direito Civil e que se traduz nos valores de justiça social e solidariedade implica que o Estado atue para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e assegurar o espaço público de afirmação da dignidade. Tornam-se cada vez mais necessários a ordem econômica e social e os direitos tutelares que contemplam novas dimensões de cidadania, como as leis de proteção ao idoso, ao consumidor e ao trabalhador.

⁸⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil... Op. cit.*, p. 1-3.

⁸⁷⁶ LÓBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização... *Op. cit.*, p. 21.

Os valores da justiça social e da solidariedade oferecem, também, fundamentos para a defesa da funcionalização de institutos tipicamente civilistas, como a propriedade e os contratos.

O tema da função social desenvolveu-se no Brasil sob polêmica, por muito tempo associado à ciência política ou ao plano metajurídico⁸⁷⁷. Teria faltado, na realidade, profundidade nos debates, situação que se modificou principalmente com o advento do novo Código Civil, que introduziu no art. 421 a debatida fórmula: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A partir do Código diversas teorias procuram delimitar seu conteúdo e alcance.

Alguns sustentam que a função social do contrato não detém eficácia jurídica autônoma⁸⁷⁸. Outros afirmam que ela expressa o valor social das relações contratuais, enaltecendo a importância destas na ordem jurídica⁸⁷⁹. Outros, ainda, atribuem-lhe a condição de princípio jurídico, corrente mais aceita na atualidade.

Tomada a última perspectiva, a função social seria informada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), bem como os da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I). Por tal princípio as partes teriam “o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”⁸⁸⁰.

A força do princípio da função social projetaria para o domínio do contrato a noção de ordem pública, considerada “um fim para cuja realização se justifica a imposição de

⁸⁷⁷ Introduzida no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1946, na fórmula “função social da propriedade” e há mais de cinquenta anos é objeto de estudo pela doutrina italiana. Todavia, no Brasil a função social permaneceu dissociada de conotação jurídica e qualificou-se, na ótica individualista, como postulado metajurídico que correspondia, em matéria contratual, ao papel que o contrato deveria desempenhar no fomento às trocas e à prática comercial como um todo. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. **In:** FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo... Op. cit.*, p. 395-396.

⁸⁷⁸ A função social significaria uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que tem importância não em si mesma, mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, como: resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478); conversão do negócio jurídico (CC, art.170); simulação como causa de nulidade (CC, art. 167). Esta posição acabaria por esvaziar a importância da função social, pois esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento. Assim, acabar-se-ia interpretando a Constituição à luz do Código Civil. *Idem*, p. 396-397.

⁸⁷⁹ A função social do contrato seria uma forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alcançando-a sob o fundamento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice. Nessa concepção acaba-se por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se atentar que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual. *Idem*, p. 398-399.

⁸⁸⁰ *Idem*, p. 399.

preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”⁸⁸¹. Daí decorreria a regra do art. 2.035 do Código Civil: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A constitucionalização do Direito Civil brasileiro foi amplamente absorvida pela jurisprudência e pela doutrina, em geral. O impacto da Constituição sobre o Direito privado é hoje evidente. Parece que se perdeu no tempo a concepção de que o Código Civil, como foi o brasileiro de 1916, tinha o *status* de “constituição do direito privado” ou de “centro do sistema do Direito privado”. Aquele Código representou o monopólio da regulação do direito privado num cenário em que se aspirava aos ideais de completude, de ausência de lacunas⁸⁸². O gradativo crescimento de leis ao seu redor permitiu questionamentos sobre a completude, com a inevitável consequência de, lentamente, retirar-lhe o *locus* privilegiado que exibia.

Se o conjunto de leis que se aglutinou ao redor do Código Civil anterior retirou-lhe a centralidade, por outro lado, “a Constituição da República então reunifica o sistema, e avoca, para o conjunto de valores que democraticamente reconhece, o ponto de referência antes constituído pelo Código Civil”⁸⁸³.

Entre os paradigmas que se consolidam no Direito privado, sob a influência da Constituição de 1988⁸⁸⁴ destaca-se a “identificação do marco axiológico supremo do ordenamento jurídico na dignidade e na solidariedade”⁸⁸⁵. Esta se inseriu, definitivamente, entre os elementos do constitucionalismo democrático presentes no Direito privado, ao lado de outros como a limitação do poder, dignidade da pessoa humana, promoção e preservação dos direitos fundamentais, realização da justiça material, respeito à diversidade, além da soberania popular e a felicidade⁸⁸⁶.

Constitucionalismo e Direito Civil convergem para uma maior efetividade das normas constitucionais. O que se almeja por ambos, em síntese, é a “realização dos anseios de

⁸⁸¹ *Idem*, p. 400.

⁸⁸² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil... Op. cit.*, p. 262-263.

⁸⁸³ *Idem*, p. 264.

⁸⁸⁴ Entre eles: a aplicação direta dos princípios e valores constitucionais às relações privadas; a distinção e prevalência, nas situações de conflito, dos valores não patrimoniais sobre os patrimoniais; a funcionalização dos institutos jurídicos; a valorização da situação concreta e de suas especificidades sob a perspectiva da isonomia substancial; a superação da dicotomia público-privado; e a consagração da função social das instituições jurídicas, especialmente a propriedade e o contrato. *Idem*, p. 265.

⁸⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. O triunfo inacabado do direito constitucional. **In:** *Revista de Direito do Estado* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan/mar., 2006.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para usar a dicção do art. 3º, inciso I, da Constituição da República”⁸⁸⁷.

O contrato, categoria jurídica que guarda a mais evidente proximidade com as relações estabelecidas na vida em sociedade, e, portanto, se aproxima da natureza social e integrativa humana exige a mesma diretriz interpretativa. Neste sentido prosseguirá sua análise.

5.2 SOLIDARIEDADE E RELAÇÕES CONTRATUAIS

A ideia de contrato, na expressão de Orlando GOMES, aplica-se a todas as ramificações do direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, independente de sua modalidade ou eficácia⁸⁸⁸. Para os fins desta pesquisa a análise restringir-se-á ao Direito privado e, oportunamente, será particularizada ao campo das relações contratuais de trabalho.

A se tomar como referência o Direito romano mais remoto, parece não se poder identificar nele, a princípio, a categoria jurídica contrato como hoje se apresenta. Tratava-se de “um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*)”⁸⁸⁹.

A doutrina registra mudanças nesse conceito ainda na Antiguidade clássica, quando o contrato passou a ser visto como o acordo de vontades que gera obrigações e ações. Na fase pós-clássica admitia-se que as obrigações originavam da declaração de vontade das partes, o que conduziu à submissão rigorosa do contrato a seu cumprimento nos exatos termos avençados. A fórmula *pacta sunt servanda* sintetiza essa idéia. A Era medieval, embora não tenha alterado expressivamente essa maneira de conceber a origem das obrigações e a força impositiva dos pactos propiciou as primeiras idéias de sua relativização. Ela se aplicaria quando condições externas fossem capazes de alterar o rumo do que foi originariamente pactuado⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. *Op. cit.*, p. 267.

⁸⁸⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Revista atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. BRITO, Edvaldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

⁸⁸⁹ *Idem*, p. 7.

⁸⁹⁰ “(...) os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram (...) que o contrato devia ser

Considerado o conceito Moderno de contrato, sua formação derivou da confluência de diversas correntes de pensamento, acentuadamente a dos canonistas e a da Escola do Direito natural⁸⁹¹. A ideologia individualista então dominante e o processo de consolidação do regime capitalista de produção foram decisivos para a moderna concepção de contrato como o acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam vínculos e a eles se prendem⁸⁹².

Essa concepção, como se mencionou, enfrenta mudanças. Pietro PERLINGIERI há algum tempo chama a atenção aos novos perfis do contrato. Transformações sociais, internacionalização da economia e inovações tecnológicas são citadas como fatores determinantes dessa mudança e da necessidade de se redimensionar seu estudo, para bem compreender o debate sobre a autonomia negocial, que “se coloca entre liberdade e justiça contratual”⁸⁹³. Em outras palavras, busca-se promover o possível equilíbrio entre a liberdade de contratar e a necessária equivalência entre as prestações. Portanto, nos contratos a título oneroso “não é suficiente que deles derivem vantagens para ambas as partes, mas sim é necessário que entre estes haja uma relação de equivalência intangível”⁸⁹⁴.

Não se pode negar que o Direito privado, ao menos no que se refere à sua ramificação civil contratual ainda se sustenta, predominantemente, nos mesmos pilares da autonomia da vontade e da liberdade contratual que formaram a moldura teórica moderna no campo das relações jurídicas privadas. Nessa moldura, como não se cansam de observar os que se afinam a uma visão crítica do Direito Civil, a pessoa humana, pessoa real, reduziu-se à figura abstrata do sujeito de direito, refletida no indivíduo e seu patrimônio, bem como em seus códigos reguladores.

O próprio modelo político constitucional que se adotou no Brasil a partir de 1988, a rigor, ainda reconhece significativo campo de atuação à liberdade de iniciativa, à autonomia da vontade e à liberdade contratual. O que muda – e aí está um dos aspectos fundamentais dessa travessia – é que tal reconhecimento associa-se à tendência atual de suplantado o individualismo e o patrimonialismo para introduzir uma perspectiva existencialista,

cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que se houvessem alterações, a execução devia também ser modificada: *contratus que habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. A teoria ficou conhecida como cláusula *rebus sic stantibus* e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. III, p. 138/139.

⁸⁹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.*, p. 6.

⁸⁹² *Idem*, p. 7-8.

⁸⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil... Op. cit.*, p. 400-401.

⁸⁹⁴ *Idem*, p. 402.

personalista e humanista. Esta, como se verificou, está calcada no respeito à pessoa humana e às suas reais necessidades. A autonomia da vontade, a liberdade contratual e a livre iniciativa, nesse viés, só se legitimam se colocadas a serviço do bem comum e do interesse geral, o que supõe mudanças no conceito de sujeito de direito.

Verificou-se que o processo de constitucionalização do direito Civil implicou a substituição do seu centro valorativo: no lugar do indivíduo (abstratamente considerado) colocou-se a pessoa (no sentido concreto). Teresa NEGREIROS observa que em razão desse processo “onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”⁸⁹⁵.

Esse novo cenário e a maneira como afeta, na atualidade, as relações contratuais merecem particular análise. Por esta razão, algumas reflexões sobre as mudanças ocorridas e alguns resultados já observados merecem referência. A consideração da solidariedade constitucional como suporte imprescindível ao concreto equilíbrio das posições contratuais será um dos pontos de análise.

5.2.1 Direito contratual e suas transformações

Costuma-se afirmar no pensamento tradicional que o setor do Direito menos afetado pelas mudanças sociais seria o dos contratos, dada a sua tradição de conservar princípios legados ainda do Direito romano. Passa-se, desta forma, certa ideia de estabilidade nesse campo. Afinal, é pela via do contrato que as relações negociais, necessárias à aquisição e utilização de bens e serviços entre as pessoas, desde longa época se materializam.

O contrato tem o efeito de juridicizar o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, o que se verificou em todas as épocas⁸⁹⁶. Eros Roberto GRAU observa que “todo contrato instrumenta a juridicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”⁸⁹⁷. O vínculo contratual instala relativa certeza e segurança jurídica às partes, efeito que se aplica a todas as formas contratuais –

⁸⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 11.

⁸⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e Mudança Social. **In:** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, v. 722, p. 40, dez., 1995.

⁸⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 2, v.5, p. 73, jan/mar., 2001.

administrativas, empresariais, das relações de consumo, de trabalho e outras que se possa conceber.

O suposto distanciamento do direito contratual, das constantes transformações sociais é apenas aparente. Michele GIORGIANNI demonstra que o contrato, hoje, “sofre profundas transformações em virtude de numerosos fatores, como, por exemplo, a produção de bens e serviços em série, a contratação coletiva nas relações de trabalho, o surgimento dos monopólios de fato no campo da produção”⁸⁹⁸. Essas mudanças, embora lentas, ocorrem e com intensidade suficiente para conduzir a uma reviravolta, que pode ser decisiva na história do Direito privado⁸⁹⁹. A observação procede, na medida em que o direito privado se movimenta no sentido de superar aquela concepção individualista e patrimonialista, com regras e instrumentos jurídicos próprios.

Eros Roberto GRAU analisa afirmações acadêmicas relativas às mudanças nos paradigmas tradicionais dos contratos de forma cautelosa. De início, indaga: “de qual contrato se cuida?”⁹⁰⁰. É que o *contrato* não é um instituto único, mas um verdadeiro feixe de institutos jurídicos – *os contratos* –, da mesma forma que a propriedade também é um feixe de *propriedades*⁹⁰¹. O modelo dos contratos firmados sob as normas da *lex mercatoria* não seria o mesmo dos contratos com conteúdo uniformizado por condições gerais, como é, por exemplo, o contrato de trabalho. O regime jurídico deste é, há muito tempo, totalmente distinto do que se aplica à circulação de mercadorias. Também o caráter protetivo que marca os contratos de consumo não pode ser considerado novidade nas relações contratuais.

A definição de um novo modelo recomenda, antes de tudo, atenção, já que o anseio de reconstruir o Direito não se restringe à teoria dos contratos. Abrange teorias que procuram explicar uma nova realidade social e que devem ser tomadas como pressuposto à tarefa de interpretação contratual⁹⁰².

Substanciosas construções teóricas emergem, especialmente no âmbito acadêmico, sobre a nova configuração do contrato. As análises comparativas, em regra, partem do modelo

⁸⁹⁸ GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. **In:** *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 87, n. 747, p. 43, jan., 1998.

⁸⁹⁹ *Ibidem*.

⁹⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma... *Op. cit.*, p. 74.

⁹⁰¹ *Ibidem*.

⁹⁰² Esta advertência vale para alertar, também, que o discurso sobre a própria “morte do contrato” – que equivale ao fim da teoria clássica – é, na realidade, um discurso a favor da “vida do contrato”. Na vida prática, é no contrato que se embasa o sistema econômico, na medida em que se transforma. A teoria clássica do contrato e o ideal de livre mercado entrelaçam-se. E, à medida que o ordenamento lhe atribui maior força vinculante, com sanções por seu descumprimento e passa a intervir para tutelar a parte pretensamente mais fraca, acaba por permitir que “o contrato continue a desempenhar, exatamente, a mesma função que sempre lhe foi reservada (...)”. *Idem*, p. 7.

que se delineou no período de hegemonia do Estado liberal⁹⁰³. Não é demasiado considerar que a moldura contratual daquele período estruturou-se no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. Assim concebido e gerado, o contrato tornou-se lei entre as partes, inviolável, o contratante vinculado ética e juridicamente e o Estado desobrigado a intervenções.

Já se fez referência ao contexto histórico em que essas premissas enfrentaram os primeiros sinais de abalo. Dos numerosos acontecimentos, de início, dois merecem especial destaque: a eclosão do Estado social e a sociedade de massas. Com eles foi imperativo reconhecer as acentuadas diferenças sociais, que o dogma da vontade só poderia fundamentar as relações contratuais se calcado na igualdade real entre os contratantes e que o modelo então vigente mostrou-se inadequado à solução de problemas reais.

No trajeto das mudanças, o Estado – agora Estado social – além do papel de garantidor da liberdade e da autonomia contratual passou a intervir em determinadas relações contratuais. Assim ocorreu com as relações de trabalho, que evidenciavam a trágica realidade das diferenças sociais e compeliam a abandonar a ilusão da liberdade formal dos contratantes, porquanto se assistia a transformação da liberdade contratual em instrumento de exploração do hipossuficiente pelos detentores do poder econômico.

Naquele momento histórico profícuo surgiram os direitos sociais, considerados, do ponto de vista da teoria dos Direitos humanos, direitos de segunda geração. A promoção da justiça social tornou-se emergente e irreversível, porque o Estado social passou a incorporar em suas constituições, além das funções de organização do Estado, de delimitação do poder político e de garantia das liberdades individuais, outra que lhe daria característica própria: a função reguladora da ordem econômica e social. Esta afetaria profundamente os contratos, porque calcada em premissas inconciliáveis com a concepção tradicional, dados os seus preceitos de justiça social e eliminação de desigualdades sociais.

Embora o declínio da forma tradicional de contrato tenha iniciado antes do Estado social, sem que haja um marco temporal preciso, com a sociedade de massas impulsionou-se o retorno de alguns elementos que acelerariam as mudanças. Entre eles, a equidade na legislação e na doutrina, pela via da boa-fé, da lesão e da cláusula *rebus sic stantibus*⁹⁰⁴, esta

⁹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato... *Op. cit.*, p. 41.

⁹⁰⁴ A cláusula *rebus sic stantibus* opõe-se à célebre *pacta sunt servanda*. O antagonismo entre essas regras “traduz, em última análise, duas tendências filosóficas: a primeira é uma expressão marcante do liberalismo econômico e do otimismo burguês, confiante na santidade do contrato; a segunda, a procura de um critério de justiça contratual, quando um evento posterior à formação do negócio jurídico alterou imprevistamente o estado

nas suas muitas variantes⁹⁰⁵. Projetaram-se, ainda, as noções de onerosidade excessiva e de enriquecimento ilícito, como signos das mudanças que, embora acentuadas no campo dos contratos, na realidade integram o conjunto de transformações por que passou e ainda passa o direito, os demais ramos do conhecimento e a própria sociedade.

Orlando GOMES destacou três fatores considerados principais, relativos às transformações na teoria geral dos contratos: primeiro, a insatisfação da maioria das pessoas com o desequilíbrio decorrente da igualdade formal, o que levou à promulgação de leis de proteção a categorias de pessoas consideradas mais fracas econômica ou socialmente⁹⁰⁶; segundo, a modificação na técnica de formação dos vínculos jurídicos, pois a uniformização de cláusulas em alguns contratos tendeu à despersonalização dos contratantes, o que levou à produção de leis de apoio a grupos organizados⁹⁰⁷; por fim, a intromissão do Estado na vida econômica, que implicou limitação legal à liberdade de contratar e à autonomia da vontade, atingindo o contrato nas suas três dimensões: liberdade de celebrar contrato, de escolher o outro contratante e de determinar o conteúdo negocial⁹⁰⁸.

O princípio da equivalência das prestações é considerado uma forte característica do novo modelo, no sentido de preservar o justo equilíbrio contratual, “seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis”⁹⁰⁹. Tornou-se relevante não tanto o fiel cumprimento do pacto, mas se a sua execução é ou não capaz de acarretar excesso de vantagem a uma parte e excesso de ônus à outra, o que, ponto de vista objetivo, afere-se por regras da experiência ordinária.

de fato sobre o qual ele se constituiu”. BUSAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 423.

⁹⁰⁵ Entre elas: teoria da imprevisão, teoria da pressuposição e teoria da base negocial. Melhores estudos podem ser obtidos da seguinte bibliográfica: PEREIRA, José Luciano de Castilho. A teoria da imprevisão e os limites sociais do contrato no novo Código Civil: implicações no Direito do Trabalho. **In:** FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, n. 114, p. 274-275, abr/jun., 1992; WALD, Arnold. *Questões de responsabilidade civil*. Belém: CEJUP, 1990; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001; SOUZA, Wagner Mota Alves de. A cláusula *rebus sic stantibus*, da teoria da pressuposição e a teoria da base do negócio jurídico em face da doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*. **In:** *Revista Eletrônica Mensal*, Salvador, n. 82, mar., 2007. Disponível em: <http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_marco2007/convidados/con5.doc>.

⁹⁰⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.*, p. 8-9.

⁹⁰⁷ *Idem*, p. 9.

⁹⁰⁸ *Ibidem*.

⁹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contrato... Op. cit.*, p. 43

Aponta-se como importante tendência, também, a mudança do foco legislativo quanto à rigidez dos contratos⁹¹⁰. Aqueles firmados nos moldes clássicos passaram a exigir maior cuidado na disciplina da declaração de vontade e dos vícios que podem anulá-la, bem como nos limites de proteção aos que não tem condições de emití-la de forma livre e consciente. Os contratos nos moldes contemporâneos, que se operam em série impuseram preocupações com a defesa dos aderentes (nos contratos de adesão), para proibir, por normas legais, cláusulas iníquas⁹¹¹.

Afirma-se que “o maior golpe foi desferido quando entraram em cena os direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, protegendo-se interesses que ultrapassam os dos figurantes concretos da relação negocial, ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”⁹¹². Seriam ampliadas, ao mesmo tempo, as formas coletivas de contratos, convenções e negociações, que há algum tempo vinham sendo adotadas pelo Direito do trabalho. O contrato coletivo representaria um poderoso instrumento de solução e regulação de conflitos transindividuais. Seu uso difundiu-se na medida em que a sociedade civil mais se organizou⁹¹³ e a ordem estatal passou a ser desafiada com o crescente pluralismo jurídico, pois regras de convivência comunitária abriram-se à regulação também por acordos, em disputa com o monopólio legislativo do Estado.

A tendência que hoje permeia o Direito das obrigações em geral, e à disciplina dos contratos vincula a autonomia da vontade ao reconhecimento da dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade, que se exerce basicamente na comunidade, e, portanto, sob a forma de autonomia solidária⁹¹⁴. Daí a correlação necessária entre a autonomia privada, em que está implícita a existência coletiva ou comunitária e a função social.

Na medida em que o contrato foi deixando de ser a simples expressão da autonomia da privada⁹¹⁵, passou a formar uma estrutura de “conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes”⁹¹⁶. As relações entre produtores e consumidores, empregadores e empregados e senhorios e inquilinos, por

⁹¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.*, p. 9.

⁹¹¹ *Idem*, p. 10.

⁹¹² *Ibidem*.

⁹¹³ O Código de Defesa do Consumidor, que prevê a convenção coletiva para regular interesses de consumidores e fornecedores, por meio de entidades representativas, é um bom exemplo da força das ações coletivas para a defesa de interesses também coletivos.

⁹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento... *Op. cit.*, p. 345.

⁹¹⁵ Toma-se, para esta expressão de Orlando Gomes o sentido que lhe deu Judith Martins-Costa, de “autonomia da vontade”, porquanto esta seria adequada a indicar a vontade humana como fonte das obrigações.

⁹¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.*, p.16-17.

exemplo, bem refletem essa tendência. Tornam-se necessárias, assim, uma dogmática e uma hermenêutica afinadas com os novos significados e funções do contrato, o que leva a considerar os princípios fundamentais que inspiram este instituto.

Na moldura delineada ao final do século XVIII o contrato teve função e significado que, naturalmente, correspondiam aos pressupostos culturais da época. Foi o principal motor da vida econômica, permitiu a atuação da liberdade do indivíduo na esfera do Direito e foi meio para o exercício do poder de autodeterminação individual. Doutrinariamente, não exigia mais do que explicação de seus pressupostos, modo de ser e classificação e eventuais nulidades.

Os novos parâmetros permitem aos contratos “uma estrutura aberta, que é preenchida não apenas por disposições resultantes de um acordo de vontades, mas também por prescrições de lei, imperativas e dispositivas, e pela equidade”⁹¹⁷, o que significa abertura a interesses distintos.

Nessa linha, o atual Código Civil consagrou alguns princípios sobre os quais repousa o direito contratual. Além dos princípios considerados tradicionais adotou os da boa-fé, probidade e função social. Estes, somados aos princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, justiça social e solidariedade devem conduzir uma análise que se queira justa dos contratos.

5.2.2 A solidariedade como núcleo do contrato

De forma geral, os princípios que informaram os contratos e as suas funções, na concepção Moderna foram os da autonomia da vontade (ou liberdade contratual), força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*), relatividade subjetiva (ou eficácia às partes contratantes)⁹¹⁸ e consensualismo⁹¹⁹.

A liberdade de contratar, ínsita ao princípio da *autonomia da vontade* e que confere às partes o poder de suscitar os efeitos que pretendem nunca se mostrou ilimitada. Dois limites de caráter geral sempre lhe foram impostos: a ordem pública e os bons costumes⁹²⁰. A

⁹¹⁷ *Idem*, p. 18

⁹¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os novos princípios... *Op. cit.*, p. 265.

⁹¹⁹ À autonomia da vontade e à força obrigatória dos contratos Orlando Gomes acresce o consensualismo. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.*, p. 25; 37-38.

⁹²⁰ *Idem*, p. 26.

dificuldade de definir estes preceitos, por longo período condicionou sua aplicação à forma de organização política e à infra-estrutura ideológica dominantes em cada época e local, não obstante a evolução doutrinária que se registra neste campo⁹²¹. De toda sorte, esses limites também nunca se mostraram suficientes para inibir abusos, pois a consagrada liberdade de contratar derivou no excessivo poder da vontade.

Analisar as conseqüências práticas da liberdade de contratar, especialmente em um regime de desigualdade econômica leva considerar, de imediato, a abstenção do Estado no momento da formação dos contratos. A indiferença da ordem jurídica pela situação das partes e a ideia de que os contratantes assumem por sua vontade as limitações decorrentes do exercício da liberdade levou ao seu abuso extremo em algumas modalidades contratuais, o que, como se verificou, inspirou medidas legislativas tendentes a limitá-la⁹²².

A *pacta sunt servanda*, pela qual “nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas”⁹²³, sob pena de ofensa à liberdade de contratar, robusteceu o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos e ainda os inspira, ainda que de forma mais tênue. O que não mais se admite é o sentido absoluto que possuía, o que a torna aberta à relativização, notadamente a maior tolerância à intervenção do Estado, e, em especial, à intervenção judicial sobre certos conteúdos.

É insito ao princípio da *relatividade* dos contratos que os seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes; não aproveitam, nem prejudicam terceiros. Nessa concepção, “ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade, se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida”⁹²⁴. As exceções partem da evidência de que alguns contratos estendem efeitos a outras pessoas, “quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações”⁹²⁵, a exemplo do contrato coletivo de trabalho, que tendo como sujeitos apenas

⁹²¹ Seriam, exemplificativamente, leis de *ordem pública*: as que consagram ou salvaguardam a liberdade e a igualdade dos cidadãos, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; as relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou responsabilidades determinadas; as que asseguram ao operário proteção especial; leis sobre o estado e capacidade das pessoas; leis sobre o estado civil; princípios básicos do direito hereditário, como a legítima e o que proíbe pactos sobre sucessão futura; as relativas à composição do domínio público; princípios fundamentais do direito de propriedade; leis monetárias; e proibição do anatocismo. Quanto aos *bons costumes*, na falta de expressões gerais para defini-la a doutrina, de forma estratégica, enumerou alguns contratos, considerados contrários aos bons costumes: os relativos à exploração de casas de tolerância; os afetos às relações entre concubinários; os que têm por objeto a corretagem matrimonial; os que dizem respeito ao jogo; os que objetivam a venda ou o comércio de influência; os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo. Esses contratos seriam nulos, o que implica limitações de ordem geral à liberdade de contratar. *Idem*, p. 29.

⁹²² *Idem*, p. 31-32.

⁹²³ *Idem*, p. 40.

⁹²⁴ *Idem*, p. 47.

⁹²⁵ Além do contrato coletivo de trabalho, estariam nesta categoria a estipulação em favor de terceiro, a locação em certos casos e o fideicomisso *inter vivos*. *Ibidem*.

sindicatos e empresas, atinge toda a categoria de trabalhadores e empresas vinculadas à entidade sindical pactuante.

O *consensualismo* – o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato – é considerado conquista recente do pensamento jurídico⁹²⁶, que, a princípio, dispensa forma especial à elaboração dos contratos. Este também nunca foi aplicado de forma absoluta. Alguns contratos têm a validade condicionada a solenidades estabelecidas em lei e outros só se perfazem quando cumpridas exigências igualmente estabelecidas⁹²⁷.

Esses princípios tradicionais dividem, hoje, o mesmo pavimento jurídico daqueles desenvolvidos sob estímulo do Estado social e que dão aos contratos uma nova configuração. Paulo LOBO refere-se a estes novos como “princípios sociais dos contratos”, ou típicos do Estado social, que não eliminam os tradicionais, mas com eles convivem. Pode-se enumerá-los: princípio da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da equivalência material do contrato⁹²⁸.

Já se fez referência à *função social* dos contratos. Parece importante observar, ainda, que “a ordem econômica realiza-se, principalmente, mediante contratos” e que os princípios gerais da atividade econômica, contidos no art. 170 e seguintes da Constituição de 1988 introduzem uma diretriz social inovadora a este instituto jurídico. A Constituição “apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes”⁹²⁹. Sob essa diretriz constitucional, primeiro, o Código de Defesa do Consumidor⁹³⁰ e mais tarde, o Código Civil de 2002 adotaram o paradigma da funcionalização do contrato a fins sociais. A função social tornou-se determinante “do conteúdo e dos limites da liberdade contratual”⁹³¹.

O escopo da Ordem Econômica na Constituição – assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social – não se coaduna com a função apenas individual do contrato, nem com políticas que pressuponham ampla liberdade de mercado e restrita intervenção do Estado. Efetiva redução das desigualdades sociais e regionais recomenda a regulação da ordem econômica⁹³².

⁹²⁶ Nas civilizações Antiga e Medieval predominava nos contratos o formalismo e o simbolismo. A sua formação subordinava-se a determinada forma ritual, como no Direito romano, em que o ritual tinha importância decisiva. *Idem*, p. 37.

⁹²⁷ Assim ocorre com os contratos do tipo solene e os contratos reais. *Idem*, p. 38.

⁹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os novos princípios... *Op. cit.*, p. 269.

⁹²⁹ *Idem*, p. 268.

⁹³⁰ Código de Defesa do Consumidor, artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV.

⁹³¹ Código Civil, art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os novos princípios... *Op. cit.*, p. 268.

A *boa-fé* objetiva consagrou-se, definitivamente, no art. 422 da Lei civil brasileira de 2002 para atuar em todas as etapas do contrato, inclusive antes de sua celebração e após o seu término. A opção legislativa assentou a regra geral de conduta das pessoas nas relações sociais e, particularmente, nas relações obrigacionais. O princípio manifesta a idéia de conduta honesta, leal e correta, da confiança. Esta, na expressão de Menezes CORDEIRO, “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas”⁹³³.

Vários significados e funções se atribuem, hoje, ao princípio da *boa-fé* objetiva. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, afirma-se, como no Código Civil alemão, “que as partes devem agir com *lealdade* e *confiança* recíprocas”⁹³⁴. Por outro viés, cogita-se que “entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato”, o que supõe, no mínimo, que uma parte não dificulte a ação da outra⁹³⁵. Destaca-se, sem o propósito de aprofundamento no tema, também suas funções interpretativa, supletiva e corretiva⁹³⁶ e sua aplicação a toda e qualquer relação contratual, independente de possíveis desigualdades.

A necessidade de preservar o justo equilíbrio contratual, a harmonia real de direitos e deveres das partes decorre do princípio da *equivalência* material ou equilíbrio econômico dos contratos, que, na lei civil, destacou-se nos contratos de adesão de qualquer natureza. No seu aspecto subjetivo o princípio leva em conta o poder contratual dominante e a presunção legal de vulnerabilidade de uma das partes, como o trabalhador, o inquilino, o consumidor e o aderente no contrato de adesão. No aspecto objetivo considera-se o real desequilíbrio de direitos e deveres que pode se apresentar na celebração do contrato ou na mudança durante a sua execução por circunstâncias supervenientes que impliquem a onerosidade excessiva a uma das partes⁹³⁷.

Esses princípios novos se afinam com o objeto central desta pesquisa: o paradigma da solidariedade. Paulo LÔBO observou, com apoio em lições de Luc Grynbaum, que “as idéias que se exprimem sob a forma de obrigação de lealdade, de cooperação e de *boa-fé* na

⁹³³ CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1977, p. 1234.

⁹³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. *Op. cit.* p. 43.

⁹³⁵ *Ibidem*.

⁹³⁶ A função interpretativa da *boa-fé* está prevista no art. 113 do Código Civil. Significa a substituição do ponto de vista relevante, posicionando no contexto do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, para averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial se houvesse percebido a deficiência; na função supletiva, a *boa-fé* atua na criação de deveres anexos de conduta, como informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da outra parte; e, na função corretiva, atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. *Idem*, p. 44-45.

⁹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Os novos princípios... *Op. cit.*, p. 272-273.

execução dos contratos podem ser consideradas sob a noção do solidarismo contratual”⁹³⁸. Aderem a esta corrente autores compromissados em extrair uma compreensão social do Direito, fundada nos valores que inspiram a ordem constitucional.

O abandono da perspectiva individualista, efetivamente, abriu espaço à solidariedade social. É importante considerar, como fez Franz WIEACKER, que a solidariedade social não se circunscreveu à limitação dos direitos privados pelo público, mas começou a insinuar-se pela jurisprudência, “na concepção das relações contratuais intersubjetivas”, além dos direitos patrimoniais e dos direitos de propriedade⁹³⁹.

O legislador constituinte de 1988, sob essa diretriz e com apoio no princípio da dignidade da pessoa humana suscitou o enfrentamento das desigualdades sociais concretas do país e ofereceu fundamentos à tutela da dignidade da pessoa. Assim procedeu ao garantir, além dos tradicionais direitos individuais, também os direitos sociais e ao regular a ordem econômica, com o que reordenou as relações entre o Estado e a sociedade para impor a todos o dever de tornar a sociedade mais justa e solidária.

Há reflexos dessa opção em todo o Direito⁹⁴⁰. Nos contratos, inspirou articulações teóricas no sentido de se construir uma espécie de ponte capaz de unir “à dogmática contratual contemporânea – caracterizada pela formulação de princípios que visam à tutela do contratante débil e de boa-fé – a concepção trazida pela ordem constitucional acerca da pessoa humana e de sua socialidade”⁹⁴¹.

O enfoque dispensado por Maria Celina Bodin de MORAES à solidariedade – como meio de transformação social e de promoção da pessoa humana – e a sua observação sobre o quanto os contratos foram afetados pelas mudanças dos últimos tempos levaram-na a considerar os novos princípios para delinear o novo modelo contratual:

⁹³⁸ *Idem*, p. 268.

⁹³⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado*. 2 ed. Tradução de: Antonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993, p. 719.

⁹⁴⁰ A solidariedade, como prevista no texto constitucional aos poucos traz resultados práticos, o que indica que parte da doutrina e da jurisprudência nacional vem reconhecendo sua dimensão transformadora. O Supremo Tribunal Federal já sinalizou em compreendê-la como um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, que tem como objetivo beneficiar a sociedade como um todo. Aquela Corte já julgou recursos que envolveram direitos de propriedade e relativos ao meio ambiente, seguros obrigatórios de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e solidariedade financeira, entre outros. Entre os julgados estão: relativamente à propriedade: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança 22.164-0/SP. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 30.10.95. Ementa, v. 01809-05, p. 1.155. No aspecto relativo aos seguros: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADIMC 1003/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 01.08.94, publicação no DJ de 10/9/1999. Quanto à solidariedade tributária: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI 240/RJ. Relator Ministro Octavio Gallotti, julgamento em 26.09.96, publicação no DJ de 13.10.2000.

⁹⁴¹ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 23.

Outrora uma seara onde partes antagônicas dispunham de ampla liberdade para gravar – a ferro e fogo – os compromissos que suas vontades estipulassem, o princípio solidarista passa a se impor igualmente neste campo. Daí entender-se que o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através inclusive do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes”⁹⁴².

O princípio da solidariedade propõe novo padrão de comportamento negocial, com igual vigor e proporção dos princípios da função social, do equilíbrio entre as partes e da boa-fé objetiva. Permite dimensões inovadoras aos contratos, a começar pela escolha da valorização da pessoa e pelo reconhecimento de que sua atribuição não é apenas regular as relações e a vontade das partes no aspecto patrimonial. Inspira considerar a obrigação assumida, que, naturalmente, deve ser cumprida, mas também a pessoa do obrigado, os resultados práticos do pacto na vida dos contratantes e as eventuais disparidades ou abusos que surjam na sua formação ou execução. Esta é a sua dimensão social.

Pietro PERLINGIERI refere-se a dois perfis sob os quais é possível analisar a ordem social: o “ter”, que pertence à estrutura econômica e produtiva da sociedade; e o “ser”, relativo ao aspecto existencial da pessoa, seus direitos e deveres. Naquele incluem-se propriedade, iniciativa econômica privada e empresa, e, em parte, o trabalho, enquanto elemento da produção; o segundo, envolve aspectos relativos aos direitos fundamentais da pessoa, entre eles, o direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial diante de outros cidadãos e o respeito à própria dignidade⁹⁴³.

Sob a lente do princípio da solidariedade, o contrato, como instituto jurídico de extraordinária proximidade social assume a missão de atuar como um instrumento de promoção, engrandecimento e dignificação da pessoa humana. Com esta cara missão, conserva o potencial de provocar verdadeira ruptura na lógica do “ter”, para se conduzir à lógica do “ser”, o que significa considerar as potencialidades do instituto de privilegiar os interesses existenciais da pessoa e, assim, permitir seu pleno desenvolvimento.

Os possíveis sentidos da solidariedade e o seu efetivo alcance nos contratos remetem, necessariamente, à compreensão de seu significado jurídico de uma forma geral. Nicolò LIPARI, em estudo do tema no Direito italiano observou que a solidariedade é um cânone geral de interpretação de natureza constitucional, “que não tolera uma definição apriorística”,

⁹⁴² MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio... *Op. cit.*, p. 248.

⁹⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil... Op. cit.*, p. 177.

por serem por demais variadas as influências do direito, de forma que ela se apresenta a cada situação específica ou articulação fática⁹⁴⁴.

Pietro PERLINGIERI, no intuito de delimitar seu conceito de um ponto de vista mais funcional, propõe sua vinculação a alguns elementos especiais para sustentar a ética nos negócios e para falar da equidade do mercado e da realidade econômica que não esteja exclusivamente vinculada ao lucro. Refere-se a elementos não jurídicos como a simpatia, a generosidade, o senso do coletivo e até ao sentimento religioso⁹⁴⁵. O princípio, aplicado ao direito privado propõe assegurar à pessoa o respeito e a dignidade que lhe são inerentes nas suas relações jurídicas. Neste sentido, adverte que na concepção atual a solidariedade qualifica-se como “instrumento e resultado” da dignidade humana⁹⁴⁶. Afinal, o conceito contemporâneo de dignidade humana “é assim informado pela solidariedade”⁹⁴⁷.

Maria Celina Bodin de MORAES considera que nas relações privadas, num conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação patrimonial, “a primeira deve prevalecer, obedecidos, desta forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema”⁹⁴⁸. Destaca não haver um número previamente determinado de situações jurídicas tuteladas, pois quando a pessoa é o objeto da tutela é imperativo reconhecer que ela “constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica”⁹⁴⁹.

A tarefa de desvendar o conceito jurídico de solidariedade e compor seu conteúdo especificamente nas relações contratuais foi enfrentada também por Paulo NALIN. Em análise comparativa das atuais tendências e a ordem que inspirou o Código Civil brasileiro de 1916, pontuou que o solidarismo, numa relação contratual, só pode ser entendido em um contexto não individual e egoísta. É que o conceito supõe, antes de tudo, “o existir da concorrência e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁴ LIPARI, Nicolò. Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà. In: *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, n. 1, p. 26, 1995.

⁹⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. Mercato, solidarietà e diritti umani. In: *Rassegna... Op. cit.*, p. 97.

⁹⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell' Università di Camerino, 1982, p. 166.

⁹⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 53.

⁹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade... *Op. cit.*, p. 143.

⁹⁴⁹ *Ibidem*.

⁹⁵⁰ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001, p. 174.

Sua possível compreensão não estaria limitada a “um ou outro casuísmo tipificado pelo Código Civil”⁹⁵¹, porquanto o solidarismo serve como instrumento político ou, até mesmo, “como uma ‘terceira via’ entre o individualismo e o socialismo”⁹⁵². Esta proposta exige leitura do Código e interpretação dos contratos à luz da Constituição: “a melhor descrição de solidariedade deve estar voltada à verticalização dos interesses do homem, eficaz o suficiente para aniquilar as desigualdades subjetivas e regionais, configurando-se indissociáveis a solidariedade e a igualdade”⁹⁵³.

A construção teórica de Paulo NALIN inclui a atenção que se deve dispensar, na formação e na definição do negócio jurídico, para a colaboração entre os contratantes, especialmente no momento da execução contratual. A concretude dessa conduta, na prática das relações contratuais, pode encontrar no princípio da boa-fé uma das suas melhores traduções. Na falta de melhor critério para traduzir, mais concretamente, a aplicação da solidariedade contratual, seria “aceitável a aproximação deste valor constitucional ao princípio da boa-fé contratual, como parte da doutrina tem procurado fazer”⁹⁵⁴.

Em estudo sobre o movimento de desconstrução dos postulados que embasaram as análises do contrato tradicional, no país, Teresa NEGREIROS tomou como marco da mudança o Código de Defesa do Consumidor – CDC, promulgado em 1990. Este Código consubstanciou a incidência das normas constitucionais, a começar pela proteção da parte mais frágil da relação contratual, o consumidor⁹⁵⁵, além da solidariedade social, do valor social da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial⁹⁵⁶.

Algumas indagações ilustraram sua análise: “o que há de significar para o direito dos contratos (...) o influxo dos princípios e valores constitucionais?”; “como esta mudança de mentalidade, postulando que as relações jurídicas se assentem também sobre o princípio da solidariedade (...) haverá de repercutir no direito dos contratos e na interpretação do novo Código Civil?”; e “o que significa, concretamente, exigir-se dos contratantes que sejam solidários entre si, na exata medida em que se trata de pessoas cuja dignidade deva respeitar-se acima de tudo?”⁹⁵⁷.

⁹⁵¹ Neste ponto o autor fez referência à solidariedade prevista no Código Civil, de conteúdo estreito, relativa à unicidade de vínculo jurídico e à pluralidade de sujeitos a ele vinculados, conforme art. 896 daquele Código. Como esclareceu, não é daquela solidariedade que tratou ao analisar o solidarismo contratual. *Idem*, p. 175.

⁹⁵² *Idem*, p. 177.

⁹⁵³ *Idem*, p. 177-178.

⁹⁵⁴ *Idem*, p. 179.

⁹⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 28.

⁹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de proteção ao consumidor. Editorial. **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 5, p. III-V, jan/mar., 2001.

⁹⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 28.

Tal articulação teórica circundou o paradigma da essencialidade⁹⁵⁸, para sugerir a conjugação entre a boa-fé contratual e o conteúdo ético da solidariedade, e, em uma interpretação sistemática civil-constitucional, dar concretude à dignidade da pessoa no plano das relações patrimoniais. A fundamentação constitucional da boa-fé estaria na cláusula geral de tutela da pessoa humana, “em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado”. Concluiu ser possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional “que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica”⁹⁵⁹.

A incidência da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais torna-as “um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana”⁹⁶⁰, com a conseqüente valorização da dignidade da pessoa. Em outras palavras, ao promover uma ética de solidariedade contratual o princípio da boa-fé estaria a operar de diversas formas e em todos os momentos da relação, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos dos contratantes.

Na doutrina de Judith MARTINS-COSTA o princípio da solidariedade aproxima-se ao da função social. Como expôs, o Código Civil inovou “ao conectar a atividade contratual ao princípio da função social (art. 421)”. Da mesma forma, ao determinar que a licitude dos negócios jurídicos (art. 187), em geral, seja aferida também “pela adstrição entre o modo do seu exercício e a finalidade econômico-social cominada ao negócio”⁹⁶¹. A conjugação dessas duas disposições resultaria na diretriz de socialidade na relação obrigacional⁹⁶².

A relação obrigacional tem como elemento fundamental uma prestação – positiva ou negativa – e como finalidade o seu adimplemento. Nela se articulam diversos e complexos

⁹⁵⁸ O paradigma da essencialidade constitui “um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade essencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos”. *Idem*, p. 31-32.

⁹⁵⁹ *Idem*, p.117.

⁹⁶⁰ *Idem*, p. 117-118.

⁹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários... Op. cit.*, p. 85.

⁹⁶² A construção dogmática do princípio da função social, nessa linha, depende de se compreender os seus diversos níveis semânticos. Num nível mais amplo estaria a “concreção, no campo da atividade negocial, da diretriz de solidariedade social posta na Constituição federal como um dos fundamentos do Estado do Estado de Direito”. Num segundo nível o princípio atuaria como limite (externo) ao exercício de direitos subjetivos e, assim, à liberdade negocial. No terceiro, estariam as conseqüências mais práticas às partes contratantes e entre um ou ambos os contratantes e terceiros, respectivamente, e os deveres negativos (de abstenção) e positivos (de promoção) que daí decorrem. *Idem*, p. 89.

vínculos e em sucessivos momentos, interligados e integrados⁹⁶³. Decorrem dela direitos, deveres, ônus, expectativas legítimas, interesses e poderes formativos, que se movem e se modificam no curso do tempo até o adimplemento, o que a torna sempre complexa⁹⁶⁴. A relação obrigacional estrutura-se não só na “obrigação principal” (dever de prestação), mas também nos “deveres secundários”, que compreendem a cooperação e a solidariedade⁹⁶⁵, e nos deveres instrumentais, que visam garantir o fim a que se dirigem “a relação e a proteção dos legítimos interesses do *alter*”⁹⁶⁶.

Ronaldo Porto MACEDO JR. dá ao princípio da solidariedade “uma dimensão não-acessória, mas sim central”, no contexto do que denomina contratos relacionais⁹⁶⁷. O possível caráter acessório dos deveres de cooperação se transfiguraria de três maneiras: a cooperação assume um caráter central no contrato; o dever acessório de cooperação deixa de ser um princípio subsidiário na interpretação dos contratos para ser um princípio básico de todos os contratos relacionais; e o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com certos valores comunitários⁹⁶⁸.

A solidariedade envolve a confiança, entendida como a expectativa mútua de que, “numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”⁹⁶⁹. Em tal sentido, confiança implica não-exploração e constitui “um dos elementos do conceito de solidariedade”⁹⁷⁰. O modelo relacional de contratação procura “ampliar a importância de princípios e mecanismos institucionais que promovam o estímulo a valores de solidariedade, cooperação, e justiça contratual de caráter *welfarista*”⁹⁷¹. Essa abrangência “visa não apenas

⁹⁶³ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 6-7

⁹⁶⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de: Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid: EDERSA, 1958, p. 37-45.

⁹⁶⁵ A teoria dos deveres secundários ou acessórios, assim como os chamados laterais ou correlatos foi desenvolvida na literatura brasileira e europeia após a segunda metade do século XX. As obrigações principais – de dar, restituir, fazer e não fazer – fundamentaram o sistema do Código Civil de 1916 (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Op. cit.*, p. 104). Os deveres secundários, resultantes do princípio da boa-fé – deveres de indicação e esclarecimento, de informação, de aconselhamento e de cooperação – seriam típicos das obrigações complexas e incluiriam não só os deveres acessórios de prestação principal, mas também os relativos às prestações substitutivas ou complementares da obrigação principal, além dos deveres de conduta ou laterais – os que “não interessando diretamente à prestação principal, são, todavia, essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”. Os deveres secundários indicariam um caráter apenas subsidiário e derivado, no que se incluiria o dever de cooperação ou o de ser altruísta, que é ínsito ao dever de solidariedade (VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 105-107).

⁹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith Martins. *Comentários...* *Op. cit.*, p. 78.

⁹⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153.

⁹⁶⁸ *Ibidem*.

⁹⁶⁹ *Idem*, p. 146.

⁹⁷⁰ *Ibidem*.

⁹⁷¹ *Idem*, p. 151.

fomentar a reprodução de laços de solidariedade e associações cooperativas, como também atender a exigências de justiça social (...)⁹⁷².

Os contratos, nas perspectivas apontadas exprimem uma nova ética. Franz WIEACKER refere-se a ela quando afirma que a ordem jurídica atual atribui aos institutos civilistas, como o contrato, e aos direitos patrimoniais uma função social global, pois os concebe “como meios de uma partilha justa de bens, de uma constituição patrimonial justa e como uma garantia de coexistência”⁹⁷³. E, ainda que eles permaneçam como espaços autônomos de liberdade, esta “já não é apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os sujeitos de direito”⁹⁷⁴.

O Direito italiano, antes de se inserir a solidariedade na Constituição brasileira de 1988 já demonstrava preocupação com o tema, legislativa e doutrinariamente. A doutrina já mostrava forte tendência à afirmação do princípio, que se aproximou do princípio da *correttezza*, a traduzir a idéia de correção, exatidão, honestidade, e da boa-fé, o que se fez com base no art. 1.175 do Código Civil daquele País⁹⁷⁵. O art. 41 da Constituição italiana⁹⁷⁶, por exemplo, inibiu o exercício da livre iniciativa quando capaz de contrastar com a utilidade social, ou de acarretar danos à segurança, à liberdade e à dignidade da pessoa humana. O dispositivo, em interpretação que se extrai da doutrina, estaria em perfeita consonância com o art. 2 daquela mesma Carta⁹⁷⁷, que faz referência expressa ao adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

⁹⁷² *Ibidem*.

⁹⁷³ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 720

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

⁹⁷⁵ ITALIA. Il Codice Civile Italiano. 16.03.1942. Libro Quarto. Delle Obligazioni. Art. 1175, Comportamento secondo correttezza: *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza* (Cod. Civ. 1337, 1358). *Op. cit.* Acesso em 01.10.2010. Tradução livre: “Art. 1175. Comportamento segundo a *correttezza*: O devedor e o credor devem se comportar segundo as regras de *correttezza*”.

⁹⁷⁶ ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. 22.12.1947. Art. 41: *L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.* *Op. cit.* Acesso em 01.10.2010. Tradução livre: Art. 41. “A iniciativa econômica privada é livre. A mesma não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os adequados controles, afim de que a atividade econômica pública e privada possa ser dirigida e coordenada para fins sociais”.

⁹⁷⁷ ITÁLIA. Costituzione da Repubblica Italiana. 22.12.1947. Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* *Idem.* Acesso em 01.10.2010. Tradução livre: Art. 2 “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

Francesco GAZZONI, ao discorrer sobre o princípio da *correttezza* esclareceu que ele “estabelece uma regra fundamental, estatuidando que o devedor e o credor devem se comportar segundo as regras da *correttezza* no desenvolvimento da relação obrigacional”⁹⁷⁸. Esta seria uma efetiva ‘cláusula geral’ aberta, que permite análise judicial do comportamento das partes contratantes, por um critério objetivo. A doutrina tem considerado inevitável estabelecer relação entre *correttezza* e solidariedade, diante do preceito constitucional do art. 2 daquela Constituição. Naquele sistema, portanto, “*correttezza*, boa-fé e solidariedade fazem parte de uma qualificada tríade principiológica e instigadora de um verdadeiro ‘*richiamo*’, ou seja, ‘de um chamamento de atenção dos contratantes’, para que fiquem atentos às suas recíprocas práticas contratuais”⁹⁷⁹.

Na mesma linha doutrinária, Francesco LUCARRELI perseguiu a construção de um significado mais específico à solidariedade. Partiu da conduta geral de “não ofender a interesse alheio para além da legítima tutela de um interesse próprio”⁹⁸⁰, e propôs ao campo específico das relações obrigacionais, que se estabeleça “uma recíproca responsabilidade entre os contratantes”⁹⁸¹.

A aproximação entre boa-fé objetiva – entendida como um critério de qualificação do comportamento do sujeito e especialmente como norma impositiva de deveres – e solidariedade contratual encontrou aceitação também na doutrina de Emilio BETTI, embora a solidariedade não tenha sido referida exatamente nestes termos. A distinção que estabeleceu entre boa-fé subjetiva e a que denominou “*la buena fé contractual, en sentido normativo*”, ou, seja, a boa-fé objetiva, foi assim elaborada: “A boa-fé de que se trata aqui é essencialmente uma atitude de cooperação destinada a cumprir de modo positivo a expectativa da outra parte”⁹⁸².

Ao analisar os artigos 2 e 41 da Constituição Italiana Cesare Massimo BIANCA destacou as mudanças na compreensão do princípio da autonomia da vontade, que só pode ser

⁹⁷⁸ Tradução livre. Texto original: “...pone una regola fontamentale, statuendo Che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della *correttezza* nello svolgimento del rapporto obbligatorio”. GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 6 ed. Napoli: ESI, 1996, p. 530.

⁹⁷⁹ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 180.

⁹⁸⁰ LUCARRELI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1970, p. 181.

⁹⁸¹ *Idem*, p. 201.

⁹⁸² BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Tradução de: José Luis de los Mozos. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p. 101-102. Tradução livre. Texto original: *La buena fe de que se trata aquí, en cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte (...)*.

considerado enquanto destinado à dignificação do homem. Nesse passo, subordina esse princípio ao da solidariedade social⁹⁸³.

Em estudos sobre o princípio da solidariedade no sistema italiano, Paulo NALIN considerou notável a ponte que se estabelece entre “um desejado juízo de solidariedade e os princípios norteadores do ordenamento privado, até para se identificar se a postura dos sujeitos envolvidos atende aos anseios da solidariedade contratual”⁹⁸⁴. Neste plano, tem-se relacionado a solidariedade à boa-fé. Naquele sistema a solidariedade “se projeta, ao nível do Direito Privado, nos momentos da formação do contrato, por aplicação do princípio de ‘*correttezza*’, e, na sua execução, por aplicação do princípio de diligência”⁹⁸⁵.

Considera-se um importante elemento no exame da solidariedade contratual, o mercado, seu comportamento e suas regras. À luz do sistema civil brasileiro, é legítimo perquirir sobre a possibilidade de aproximação entre mercado e solidariedade contratual⁹⁸⁶.

O mercado é uma dessas expressões que, embora amplamente usadas, não comporta definição precisa⁹⁸⁷. Na economia tradicional, e num sentido funcional, ele “consiste em firmas e indivíduos que tem contato entre si, para comprar ou vender uma mercadoria”⁹⁸⁸. Ou, ainda: “(...) um mercado é um grupo de compradores e vendedores que integram entre si, resultando na possibilidade de trocas”⁹⁸⁹.

Atualmente, mercado significa não um local, coisa ou entidade, mas um processo que se move impulsionado pelas ações de vários indivíduos que cooperam entre si sob o regime da divisão do trabalho. É determinado por forças – consideradas invisíveis – relacionadas com os julgamentos de valor dos indivíduos e de suas ações. Sua situação, em determinado momento, é definida pelo conjunto de relações de troca entre os que desejam vender e os que desejam comprar. Seu processo acontece pelo ajustamento das ações individuais dos vários membros da sociedade aos requisitos da cooperação mútua, sendo, portanto, “o ponto focal para onde convergem e de onde se irradiam as atividades dos indivíduos”⁹⁹⁰.

⁹⁸³ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 34.

⁹⁸⁴ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 182.

⁹⁸⁵ *Ibidem*.

⁹⁸⁶ *Idem*, p. 184.

⁹⁸⁷ TEIXEIRA, Aloísio. *Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência suplementar*. In: *Cadernos de Saúde Suplementar: 2 Ciclo de Oficinas*, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/objeto_regulacao/AA4.pdf>. Acesso em 10.09.2010.

⁹⁸⁸ MANSFIELD, Edwin. *Microeconomia: teoria e aplicações*. Tradução de: José Edgard da Mota Freiras; Mário da Fonseca Gelli. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1982, p. 86.

⁹⁸⁹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução de: Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 13.

⁹⁹⁰ MIESES, Ludwig von. *O mercado*. Rio de Janeiro: José Olympio/Instituto Liberal, 1987, p. 16-18.

É comum se afirmar que o mercado não comporta atuação solidária, dados os seus interesses, que refletem diretamente tendências egoísticas dos indivíduos, manifestadas pela competição nas relações de trocas. No conceito tradicional que se herdou do liberalismo econômico destacam-se a prioridade patrimonial e a sua ferramenta de troca – o contrato – que concretiza a relação jurídica entre liberdade e mercado.

Os conceitos econômico e jurídico de mercado, na essência, não se distanciam. Natalino IRTI ocupa-se da definição jurídica para considerá-lo como “(...) uma unidade jurídica da relação de troca, concernente a um dado bem ou dada categoria de bens”⁹⁹¹. Seu conceito jurídico afasta os atos de liberalidade, ou, em um aspecto mais geral, os atos a título gratuito destinados a obter alguma vantagem sem um equivalente econômico.

Este aspecto, de acordo com o autor não se confunde com a solidariedade de que trata o Direito, prevista no mencionado artigo 2 da Constituição Italiana. Os “inderrogáveis deveres de solidariedade”, econômica ou social, previstos no dispositivo “se especificam nos deveres negativos e positivos, com os quais a lei ordinária, por força do art. 41, parágrafos 2º e 3º prevêm a disciplina da iniciativa privada, e assim do mercado de um dado bem ou dada categoria de bens”. A conexão entre os artigos 2 e 41 daquele Texto constitucional exprimiria:

(...) a medida da relação entre solidariedade e mercado: se mercado designa o estatuto jurídico das trocas econômicas; se a Constituição exige da lei ordinária que lhe trace a fisionomia; os critérios de conformação, indicados nos parágrafos 2º e 3º do art. 41, traduzem o dever de solidariedade no campo próprio da liberdade de iniciativa econômica. Os deveres negativos do parágrafo 2º do art. 41, ao vedarem a execução de atos lesivos à utilidade social ou à segurança, ou à liberdade e dignidade humana, servem para especificar e realizar o dever de solidariedade⁹⁹².

Cabe indagar, como fez Paulo NALIN, se mercado e solidariedade – esta ainda centrada na figura do Estado – são excludentes, especialmente em um momento da história econômico-política em que a liberdade de mercado enfrenta debates por força do fenômeno da globalização. O tema deve levar, necessariamente, à solidariedade constitucional, dado o

⁹⁹¹ IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **In:** *Rivista di Diritto Civile*. Padova, a. 43, n. 2, p. 185, mar/apr., 1997. Tradução livre. Texto original: “...unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categorie di beni”.

⁹⁹² *Idem*, p. 188. Tradução livre. Texto original: (...) *esprime la misura del rapporto tra solidarietà e mercato: se mercato designa lo statuto giuridico degli scambi economici; se la Costituzione demanda alla legge ordinaria di tracciarne la fisionomia; i criteri di conformazione, indicati nei commi 2º e 3º dell’ art. 41, traducono il doveri di solidarietà no campo próprio della libertà di iniziativa econômica. I doveri negativi Del comma 2º dell’ art. 41, nel vietare il compimento di atti lesivi dell’ utilità sociale o della libertà e dignità umana, servono a specificare e realizzare il dovere di solidarietà.*

contraste entre ela e a liberdade de atuação no mercado, ao princípio da dignidade da pessoa humana, à justiça social e à função social dos institutos⁹⁹³.

No novo perfil, embora se reconheça a predominância da atuação legislativa, parece evidente o destaque a ser dado à figura do magistrado. Por uma linha tópica de pensamento Karl LARENZ formulou esta advertência:

É missão dos tribunais decidir de modo ‘justo’ os conflitos trazidos perante si e, se a ‘aplicação’ da lei, por via do procedimento da subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir de ‘dados materiais’ desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um ‘tratamento circular’, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista – tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica – que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes⁹⁹⁴.

O apelo do princípio da solidariedade não pode ser desprezado pelo juiz. A solidariedade “há de ser posta em experiência, a cada momento da relação jurídica, da pré-contratação à pós-execução”. Neste desenho, o intérprete do direito em geral, e especificamente o juiz, tem papel relevante, pois a tarefa de fazer a sua descrição “não será o legislador e, tampouco, o executor das leis, quem o fará”⁹⁹⁵. A relação entre Constituição, autonomia privada e solidariedade social é intensa, pelo que cabe ao Poder Judiciário a tarefa de conjugá-los. A pessoa humana deve ser o valor central do ordenamento e na sua dimensão coletiva e existencial, o que não se pode esperar que a lei concretize.

A proposta da pesquisa não é a de se desconsiderar o conteúdo patrimonial inerente a toda relação contratual. Este conteúdo, todavia, não impede que se lhe reserve um tratamento capaz de assegurar ao sujeito contratante, em especial àquele que compõe determinado grupo vulnerável, algo que reflita não só o desejo de garantia patrimonial, mas de outras necessidades existenciais verdadeiramente humanas.

Nessa dialética, que envolve a móvel fronteira entre solidariedade e contratos e entre solidariedade e mercado, considera-se relevante examinar um dos setores fundamentais das relações sociais e humanas, em que cabe o princípio da solidariedade: o Direito do Trabalho e as relações laborais. Nesse espaço se consumam variadas mediações sociais que influem no processo produtivo e na esfera jurídica dos direitos de personalidade.

⁹⁹³ NALIN, Paulo. *Op. cit.*, p. 187.

⁹⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Instituto Calouste Gulbenkian, 1997, p. 201.

⁹⁹⁵ *Idem*, p. 187-188.

6 RELAÇÕES DE TRABALHO E SOLIDARIEDADE

6.1 TRABALHO HUMANO E SUAS DIMENSÕES

O estudo da solidariedade identificou o momento em que, com a descoberta do espaço social, este se constituiu no campo da solidariedade social e derivou na construção do discurso solidarista. Delineou-se a partir daí uma nova concepção de Direito e de política. Foi esse o momento em que a solidariedade ingressou no campo jurídico e o eixo fundamental da sua análise deslocou-se para a sociedade

A solidariedade, com este ingresso, pretendeu tornar-se fundamento e limite determinante do jurídico, para impedir que o Direito se convertesse em instrumento de dominação ou de legitimação de profundas desigualdades sociais. Quando a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado e aos cidadãos a tarefa de construir uma sociedade solidária, com base na distribuição de justiça social, agregou aos demais valores constitucionais o princípio da solidariedade. Este representa verdadeiro dever jurídico de humanidade, que compreende respeito ao próximo e às suas mais básicas necessidades.

A exigência ética de nunca transformar o homem em meio para obter qualquer fim e de leis humanas que considerem a finalidade maior de realizar a dignidade das pessoas impôs ao Estado promover políticas públicas compatíveis com a grandiosidade da tarefa. O desafio maior permaneceu entre os particulares e as relações jurídicas que estabelecem no seu convívio social.

Como se mencionou, as relações interprivadas constituem palco adequado para se avaliar em que medida o princípio da solidariedade foi absorvido nas relações comuns e jurídicas, o que motivou incursão sobre as relações de Direito privado e sobre o fenômeno que melhor as representa no cotidiano das pessoas, o contrato.

A regulação dos contratos como se construiu na Modernidade, por influência da concepção formalista, individualista e patrimonialista que predominava os tornou produto do acordo de vontades, lei obrigatória entre as partes e, como no Direito privado em geral, a pessoa reduziu-se à figura abstrata do sujeito de direito. O constitucionalismo e o processo de constitucionalização do Direito Civil, todavia, incumbir-se-iam de propor o retorno da pessoa concreta no lugar do indivíduo, abstratamente considerado. Tal processo, como se observou, procura colocar no reino da liberdade individual a “solidariedade social”⁹⁹⁶.

⁹⁹⁶ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 11.

O novo cenário e a forma como afeta os contratos, em geral, já foi objeto de análise. Propõe-se considerar, de forma mais particularizada, os contratos de trabalho, que expressam mais intensamente as formulações axiológicas que, a partir da descoberta do espaço social conduziram à construção da solidariedade social e aos processos de luta pela promoção da dignidade da pessoa humana.

6.1.1 A essencialidade do trabalho humano e as suas dimensões

Além de constituir uma necessidade humana vital, o trabalho é considerado fator de libertação do homem, individual e socialmente⁹⁹⁷. Pelo trabalho a humanidade, geração após geração, manteve-se viva. Trabalho humano e formas de produzir confundem-se com a sociedade.

O fenômeno da vida social despertou, desde muito tempo, interesse e investigação teórica e empírica sob diferentes ângulos. Independente das razões verdadeiras da convivência humana é certo que o estabelecimento de uma sociedade tornou imperiosa a criação das demais. E há certo consenso de que a constituição em sociedade deriva do agrupamento humano, que, para satisfazer necessidades básicas de sobrevivência impele seus membros a produzir, e assim, transformar recursos naturais em bens úteis. Neste sentido o trabalho é fator de constituição, estruturação e manutenção das sociedades⁹⁹⁸.

Da sociedade e da forma como se estruturou para produzir a vida social originou-se a divisão do trabalho. O fenômeno social da produção existe porque existe o ser humano, porque ele vive em grupo e porque é necessário empregar sua força cooperativa para transformar bens da natureza em utilidades e satisfazer necessidades próprias e dos outros.

Estudos sobre o trabalho humano antecedem o surgimento das ciências sociais, mas sua intensificação verificou-se a partir das Revoluções francesa e industrial. Assim ocorreu porque as pessoas, possivelmente mais conscientes de si, passaram a perceber e construir a

⁹⁹⁷ FERRARI Irany [*et. al.*]. História do Trabalho. **In:** *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*, em homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: LTr, 1998, p. 15.

⁹⁹⁸ SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Gestão empresarial, qualidade e excelência e o direito do trabalho: da produção eficiente ao trabalho decente. **In:** ALMEIDA, Ronald Silka (Org.). HASSSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord). *Estado & atividade econômica: o direito laboral em perspectiva - estudos em homenagem ao Prof. Dr. Julio Assumpção Malhadas*. Curitiba, Juruá, 2010, v. II, p. 433.

própria história. Na visão de Friedrich ENGELS, teria sido esse o momento da passagem do homem, do reino das necessidades para o reino da liberdade⁹⁹⁹.

O interesse pelo que realmente ocorre com o homem quando ele trabalha povoou o intelecto e o espírito de grandes pensadores. HEGEL¹⁰⁰⁰ apresentou o trabalho como algo inerente à condição humana. Ligado aos conceitos de propriedade, como em John LOCKE¹⁰⁰¹, e de economia, como em Adam SMITH¹⁰⁰², em período mais recente foi considerado sob a perspectiva dos valores, como se verifica em Miguel REALE¹⁰⁰³. Projetou-se, também, como uma dimensão fundamental da existência humana na terra¹⁰⁰⁴. Séculos se passaram, todavia, até que o trabalho se tornasse um valor central e um bem merecedor de proteção jurídica

Já se fez referência às considerações de Hannah ARENDT sobre a condição humana, em que demonstrou que a *vita activa* designa “três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação” e que a cada uma delas “corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra”¹⁰⁰⁵. Nessa classificação o trabalho aparece como atividade que produz coisas e em cujas fronteiras “habita cada vida individual”. O trabalho e seu produto, o artefato humano “emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano”¹⁰⁰⁶.

As reflexões filosóficas sobre o trabalho são numerosas e contemplam vários outros enfoques¹⁰⁰⁷. As necessidades atendidas pelo trabalho humano produtivo variam histórica e geograficamente, mas é certo que não se restringem ao aspecto puramente biológico.

⁹⁹⁹ ENGELS, Friedrich. *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. São Paulo: Moraes [19 -].

¹⁰⁰⁰ HEGEL, Georg W. F. *Fenomenologia do espírito*. Tradução de: Paulo Menezes. Petrópolis-RJ: Vozes, 1992, v. I e II.

¹⁰⁰¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de: Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994 {Coleção Clássicos do Pensamento Político}.

¹⁰⁰² SMITH, Adam. *Riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e causas*. Tradução de: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.

¹⁰⁰³ REALE, Miguel. Introdução à primeira edição. In: BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

¹⁰⁰⁴ IGREJA CATÓLICA. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Carta Encíclica sobre o trabalho humano: Laborem Exercens*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 1981.

¹⁰⁰⁵ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁰⁶ *Idem*, p. 16.

¹⁰⁰⁷ Entre outros enfoques: o trabalho produtivo cumpre finalidades adicionais superiores; é nele que o homem encontra sua liberdade e salva seu isolamento, convertendo-se em um ser social; é algo divino, fonte de todas virtudes; é forma de estruturar o tempo vital e de expressar os poderes da criatividade e domínio; é modo de identificação pessoal e de atribuição de objeto à vida; criador de ambiente apto às relações sociais, entre outras. ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução ao direito do trabalho*. Tradução de: Regina Maria Macedo Nery Ferrari [et. al.]. Curitiba: Genesis, 1997, p. 51-53.

Comportam, também, um sentido cultural geral, que aponta a níveis superiores de satisfação humana, bem como um sentido psicológico¹⁰⁰⁸.

O que parece necessário realçar, como propôs Manuel Alonso OLEA, é que para a espécie humana, “de um lado, há no trabalho produtivo sempre um elemento de obrigatoriedade ou necessidade, e de outro, este elemento de necessidade é irreduzível e onipresente”. Estaria condenada à utopia qualquer tentativa de afastar este elemento da realidade humana, por ser evidente que “todo ou parte do trabalho do homem será (...) um ‘preço que se tem que pagar para obter bens de consumo e tempo de ócio’”¹⁰⁰⁹ (destaque no original).

As referências filosóficas, todavia, quando transpostas à consideração jurídica sobre o trabalho costumam-se reduzir a “um sentido neutro e social”, o que tem permitido menosprezar um aspecto relevante. A preocupação constante em torno do trabalho pode estar historicamente condicionada por uma economia de escassez ou de miséria padecida, “e em cujo padecimento continua grande parte dos seres humanos”. Este dado, de alguma forma “e mais quando se une à memória dos milênios de escravidão ou servidão, poderia também explicar o sentido em que se fala do caráter alienado do trabalho e do homem sujeito ao mesmo”¹⁰¹⁰.

Na história dos homens, das ações humanas, dos homens enquanto membros de um grupo social e destes grupos, o trabalho é, quem sabe, “o elemento mais permanente e mais profundo da atividade humana”¹⁰¹¹. Ele está indissolivelmente ligado “à natureza humana e às condições sociais da época em que vivemos”¹⁰¹².

Os conceitos científicos de trabalho oscilam entre apresentá-lo em seu sentido nominal (amplo e geral e por isso o mais impreciso), sentido real (mais objetivo) e o restrito (mais comum e sujeito a confusões, identificado com o trabalho manual). O conceito no seu sentido real é o que mais se aproxima de uma descrição científica da natureza do trabalho em sua complexidade e em sua relevância. Neste sentido, o trabalho pode ser definido como “todo esforço humano habitual ordenado a um fim”, e que tem como notas características “a racionalidade, a liberdade, a habitualidade e a fecundidade intencional”¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ *Idem*, p. 54.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁰¹⁰ *Idem*, p. 53.

¹⁰¹¹ SOBOUL, Albert. *Description et mesure : histoire sociale, sources et méthodes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 11; 19. **Apud:** ALONSO OLEA, Manuel. *Op. cit.* p. 139.

¹⁰¹² LIMA, Alceu Amoroso. *O problema do trabalho: ensaio de filosofia econômica*. Rio de Janeiro: Agir, 1947, t. 20, p. 39 {Obras Completas de Alceu Amoroso Lima}.

¹⁰¹³ *Idem*, p. 61.

Só se pode chamar de trabalho, a rigor, o esforço humano racional e livre. A consciência com que o homem dispõe das suas forças para uma atividade produtiva é que o insere em uma verdadeira atividade laborativa. O trabalho deve ser um esforço habitual, algo que se adquire ao longo da vida, que se incorpora à natureza humana e deve acompanhar o ritmo da própria vida. Deve-se ordenar a um fim, visar uma obra e não apenas “um esforço pelo esforço”¹⁰¹⁴.

A característica da racionalidade constitui a primeira exigência moral da atividade operativa, pois quando o trabalho é mecânico, repetitivo e meramente quantitativo, torna-se inumano. A autêntica racionalização está em aproximar o trabalho de sua fonte, que não será nem a natureza nem a sociedade, mas o homem. Ele é o sujeito e “a medida do trabalho”. Daí se afirmar: racionalizar para humanizar, não apenas para produzir¹⁰¹⁵.

Na liberdade de trabalhar insere-se a noção de atividade de homens conscientes. O trabalho humano, em uma sequência histórica evoluiu do escravo, servo e o proletário, ao trabalhador livre¹⁰¹⁶. O trabalho livre é o que deve orientar, efetivamente, a civilização contemporânea, no sentido de vencer em definitivo a escravidão, banir a servidão e ultrapassar a proletarização para tornar o homem “dono de si mesmo”, ainda que sob regime de trabalho subordinado, como é a relação de emprego. Significa que o trabalhador, ao oferecer sua força física e intelectual em proveito de alguém não aliena sua pessoa, suas escolhas ou a dignidade que lhe é inerente¹⁰¹⁷. Não obstante a obrigatoriedade social e as necessidades que lhe movem à atividade laborativa, ele preserva sua individualidade e, de forma consciente – de suas capacidades, deveres e direitos – persegue o fim a que seu trabalho se destina.

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 48-52.

¹⁰¹⁵ *Idem*, p. 54.

¹⁰¹⁶ Na *escravidão* o trabalhador não é considerado pessoa humana, mas integra o patrimônio material do senhor, forma que predominou em toda a civilização Antiga e Clássica; na *servidão* o trabalhador adquire liberdade relativa, pois ainda permanece preso ao senhor e à terra por compromissos que o tornam inapto a uma completa independência, regime que predominou durante a Idade Média; o sistema *proletário*, que caracterizou a Era Moderna tornou o homem livre, jurídica e moralmente, mas na realidade ele permaneceu preso por suas necessidades econômicas ao empregador particular, como no sistema capitalista, ou por necessidades cívicas do Estado, no sistema comunista. *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ As determinações ou características próximas do direito de propriedade, na concepção de Hegel, derivam das relações de vontade do proprietário com a coisa; uma delas é a possibilidade de venda. Contudo, “aqueles bens ... que constituem minha própria personalidade e a essência de minha autoconsciência são inalienáveis”. Tais bens compreendem “além da minha própria vida, naturalmente ... e da minha personalidade enquanto tal, minha vida ética e minha religião compreendem minha liberdade”. A possibilidade de alienação, de subtração “da minha vontade de dominação sobre mim mesmo, que consistem na minha personalidade e liberdade, dando lugar a outro, não existe, nem pode existir”. ALONSO OLEA, Manuel. *Da escravidão ao contrato de trabalho*. Tradução de: Sebastião Antunes Furtado. Curitiba: Juruá, 1990, p. 121.

Afirma-se que é pelo trabalho que o homem alcança a plenitude de sua personalidade. O homem seria, em parte, um produto de seu próprio esforço; não de um esforço accidental, mas permanente. O trabalho, neste sentido, deve integrar a própria trama da vida, inclusive aperfeiçoado pela educação e pela experiência, do que decorre o seu sentido de habitualidade¹⁰¹⁸. Na habitualidade estaria o traço que fixa e incorpora o trabalho à vida pessoal e coletiva.

A fecundidade intencional seria a última nota característica da natureza laborativa. Nem todo esforço significa trabalho, mas, como se mencionou, apenas o esforço “racional, livre, habitual e ordenado a um fim” o será. Esta ordenação é que constitui a característica em exame. Trata-se de um esforço intencional e fecundo. A intencionalidade relaciona-se com a sua adequação a um objetivo; a fecundidade indica que esse objetivo “deve ser transitivo, isto é, deve ultrapassar o instrumento, deve ir além do trabalhador e produzir alguma coisa de exterior”. O trabalho é intencional e fecundo à medida que sua intenção é “ordenar-se a um fim que transcende o próprio exercício da atividade”. Portanto, sua primazia social só se justifica quando realiza a sua natureza, não apenas individual, mas social, aberta ao bem comum¹⁰¹⁹.

A atividade laboral é essencialmente criadora, traduz-se numa obra, que não é apenas o seu produto material, mas também “o seu produto social, a comunicação, a irradiação, a solidarização com o próximo [e com Deus]”¹⁰²⁰. Assim, o bem comum será o termo do trabalho e a sua dignificação maior será precisamente transcender o trabalhador e sua família, para levar a sua função criadora à comunidade política.

O trabalho humano, considerado na sua integralidade, contempla um triplo esforço: *biológico*, como manifestação natural e profunda da natureza física humana e que corresponde à sua animalidade; *intelectivo*, no sentido de sobrepor a inteligência humana aos demais aspectos do corpo, como conseqüência natural da personalização do homem e que corresponde à sua natureza racional; e *transcendente*, que se liga à função moral e espiritual do trabalho, que propicia ao homem o aperfeiçoamento da personalidade e sua elevação ao mundo das realidades sobrenaturais e que corresponde à sua natureza livre e criadora do homem¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ A importância e a beleza do repouso estariam na proporção direta da habitualidade do trabalho, pois “o ócio sem trabalho é a ociosidade”, esta considerada indigna, como negação da operosidade. *Idem*, p. 56.

¹⁰¹⁹ *Idem*, p. 56-57; 60.

¹⁰²⁰ *Idem*, p. 60.

¹⁰²¹ *Idem*, p. 68-77.

Este sentido de trabalho humano – na sua integralidade – foi o que, ainda incipiente, prevaleceu entre pensadores e legisladores da segunda metade do século XIX e do século XX quando propiciaram as primeiras normas de proteção ao trabalhador. Este, o operário teoricamente livre, não passava de meio de produção ao lado de máquinas, equipamentos e insumos; seu trabalho, comprado e vendido como mercadoria, sujeitava-se ao preço da oferta e da procura, fixado pelas leis do mercado¹⁰²².

A compreensão integral do trabalho e a necessidade de amenizar o choque entre o individual e o coletivo para atender aos reclamos de uma percepção jurídica mais próxima à realidade da vida, dos desequilíbrios e injustiças sociais provocariam o gradativo abandono do *homo economicus* isolado. Ele passaria a ser visto como “homem histórico e social, que vive não só do pensamento, mas também da ação; o homem cujo verdadeiro estado de natureza é o estado em sociedade”¹⁰²³, que se desenvolve e exerce sua personalidade individual e socialmente. Iniciar-se-iam as primeiras medidas para impedir “que os mais aquinhoados economicamente se opusessem a que os menos favorecidos desenvolvessem suas faculdades e aptidões”¹⁰²⁴, cabendo ao Estado, naquele primeiro momento, essa mediação de equilíbrio.

Nas relações do trabalho com o homem e deste com o Direito é fundamental olhar por inteiro. Para que o trabalho seja, realmente, a expressão mais imediata e fiel da personalidade humana deve-se tomar como norte as leis da integridade, da totalidade e da perfeição. O trabalho será mais perfeito quanto mais abranger aquelas categorias de esforços que afastam o homem do isolamento e colocam diante dele a consciência de sua capacidade individual e dos resultados sociais de sua atividade laborativa. Como considerou Alceu Amoroso LIMA, “o trabalho é o homem todo”¹⁰²⁵.

O trabalho humano como realidade social e jurídica e enquanto objeto de proteção do Direito não pode prescindir desta visão integral, que reflete as posturas existencialista, personalista e humanista em todos os seus aspectos. É a visão que deve conduzir, necessariamente, todas as formulações sociais, políticas e jurídicas que envolvam as relações entre capital e trabalho. Se o trabalho é uma realidade primordial, o reconhecimento dessa essencialidade à condição humana deve conduzir todas as instâncias, públicas e privadas, a

¹⁰²² “E o proletariado se desenvolve em ritmo paralelo ao desenvolvimento da burguesia. Essa classe de operários modernos só pode viver se houver trabalho para eles só encontram trabalho na proporção em que a burguesia aumenta o capital. Esses operários, obrigados a se venderem diariamente, transformam-se em mercadorias e artigos de comércio e por isso sujeitos a todos os trâmites da concorrência, a todas as oscilações do mercado”. ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 1981, p. 24.

¹⁰²³ SÜSSEKIND, Arnaldo [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 1, p. 39.

¹⁰²⁴ *Ibidem*.

¹⁰²⁵ LIMA, Alceu Amoroso. *O problema do trabalho... Op. cit.*, p. 86.

absorver os preceitos que afirmam os seus valores sociais e o seu projeto de promover existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

6.1.2 Trabalho e Constituição: constitucionalização de normas do trabalho e sua perspectiva promocional

A liberdade e a propriedade privada, que fundamentaram o sistema capitalista, puderam contar com dois componentes correlatos sem os quais o impulso industrial que caracterizou o período Moderno não atingiria os resultados que teve: a disponibilidade de trabalho humano assalariado¹⁰²⁶ e a aparente liberdade do trabalhador¹⁰²⁷.

O trabalho que interessou ao sistema capitalista foi, efetivamente, o que se refere “a uma atividade humana intelectual ou manual, de transformação da natureza e de caráter fundamentalmente instrumental”, ou seja, aquele afeto ao regime de troca, de retribuição, por conta alheia¹⁰²⁸, sistema que se tornou clássico¹⁰²⁹.

Nos primeiros períodos da Revolução industrial, em quase todos os países europeus o contrato de trabalho tinha como fonte normativa basicamente a vontade empresarial. As condições laborais dependiam da vontade do patrão, e o contrato expressava apenas a adesão do trabalhador, que também concedia àquele, poderes de modificação ampla das cláusulas previstas.

¹⁰²⁶ “Para continuar existindo e dominando, torna-se imprescindível para a burguesia a acumulação de riqueza nas mãos de particulares, a formação e o crescimento do capital; e a condição essencial para existir esse capital é o trabalho assalariado. E este precisa exclusivamente da concorrência dos operários entre si (...)”. ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰²⁷ Essa aparente liberdade refletia as concepções liberais dos séculos XVIII e XIX, que se pautavam nos ideais de liberdade e igualdade, todavia, meramente formais. O homem (pessoa real) viu-se reduzido a mera abstração e no campo das relações jurídicas tornou-se o “sujeito livre e igual” para contrair obrigações e firmar contratos, como o de trabalho.

¹⁰²⁸ RESENDE. Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. **In:** CARVALHO, Luciana Paula Vaz; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹⁰²⁹ Este sistema tornou-se clássico e na sua fase inicial afinou-se a um dos primeiros paradigmas de administração, que defendia uma gestão administrativa por critérios de racionalidade da produção, divisão de tarefas em múltiplas etapas, supervisão cerrada e obediência hierárquica, além de intensa burocracia. Fredrich W. Taylor percebeu que na indústria ineficiência custa “dinheiro”. Defendeu a seleção científica do trabalhador, tempo padrão, trabalho conjunto e incentivo salarial; gerentes planejam e operários executam. Características: sistema hierárquico rígido; ênfase à eficiência; estudo de tempos e métodos; padronização de equipamentos; agilidade produtiva e redução de custos. Teve enfoque mecanicista do ser humano e ausência de incentivos morais, com ênfase nas tarefas. Inspirou vários outros métodos que se seguiram. LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia da Administração*. São Paulo: Atlas, [19-], p. 42-44.

O predomínio dessa forma contratual e a sua posterior substituição, ou por uma vontade normativa acordada em pactos coletivos ou pelo ordenamento jurídico estatal sustentam-se em razões tecnológicas e humanas¹⁰³⁰, além de ideológicas.

Para restringir a análise aos fatores ideológicos, destacam-se as primeiras reações ao individualismo político e jurídico, ao liberalismo econômico e ao “darwinismo social”, além dos novos modos de valorização do trabalho ligados à ética protestante que surgiam. Paralelamente, e de forma gradual a intervenção estatal avançava sobre a regulação afeta às relações de trabalho.

A linha política de pensamento individualista, pela qual não devem existir instâncias nem agrupamentos intermediários entre o cidadão e o Estado vislumbrou a sociedade como um contrato entre “indivíduos”. Seria nocivo tudo que rompesse a vontade geral, a exemplo de todo “facciosismo” ou pluralismo, como as associações, estas consideradas, no mínimo, desnecessárias, quando não perigosas¹⁰³¹. A tendência do cidadão a coligar-se com outros, se tolerada ou fomentada, pelo potencial de resultar em projetos perigosos à comunidade deveria ser reprimida¹⁰³². Agrupamentos ou reuniões, acordos e deliberações de pessoas do mesmo estado ou profissão, inclusive de operários, por serem vistos como atentatórios à liberdade deveriam ser formalmente abolidos e reprimidos¹⁰³³.

O individualismo jurídico, como se fez referência, consagrou nos códigos o dogma da autonomia da vontade e, por consequência, a abstenção normativa especialmente em relação aos contratos. Sob essa diretriz, reforçava-se, de um lado, o valor das declarações de vontades como preceitos vinculativos e dispensavam-se formalismos, tipicidade e requisitos complementares para legitimar o acordo; de outro, a faculdade teórica ou formal das partes fixarem, livremente, o conteúdo dos contratos¹⁰³⁴. A liberdade contratual era o ambiente natural dos contratos de trabalho do século XIX, amplamente aceita e que rejeitava qualquer forma de derrogação.

¹⁰³⁰ O nascimento do proletariado industrial foi qualificado como “o grande acontecimento histórico-social do século XIX”, que converteu a questão do trabalho em “questão social”. Só com o correr de muito tempo o proletariado foi se diferenciando e se desagregando internamente, diante da diversificação constante da tecnologia. Ao mesmo tempo, por um lado, se estabilizava e tendia à regressão a sua importância quantitativa, com o aumento do setor terciário e, por outro, ao melhorar seus níveis de vida e reduzir a jornada de trabalho, tendia a perder algumas de suas características próprias. ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução...* *Op. cit.*, p. 330.

¹⁰³¹ *Idem*, p. 340.

¹⁰³² Desse anti-associacionismo da Revolução francesa emergiram doutrinas constitucionais que negavam às pessoas jurídicas a possibilidade de serem titulares dos direitos básicos reconhecidos e reservados à pessoa natural. Essas seriam combatidas mais tarde por pensadores sociais, como no ensaio de vitalismo social de Maurice Hauriou, *A teoria da Instituição e da Fundação*, a que já se fez referência.

¹⁰³³ Essas proibições implicaram o atraso na formação dos primeiros sindicatos e a formulação de normas, por eles, sobre condições de trabalho dos operários. ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução...* *Op. cit.*, p. 341.

¹⁰³⁴ *Idem*, p. 342.

A suposta naturalidade das leis econômicas e a desconfiança nas tentativas de interferência sobre seu funcionamento, bem como a eleição do interesse individual como motor gerador da melhor situação dominou o pensamento econômico clássico. Com a convicção de que há leis econômicas que presidem uma espécie de ordem subjacente natural, que, se observadas sem interferência, produzem seus naturais efeitos, o liberalismo econômico do século XIX impôs-se para reger o pensamento político e jurídico, inclusive nas relações contratuais. Essas leis atuariam sobre o trabalho.

O comportamento do trabalho seria como de uma mercadoria. David RICARDO acentuaria que o trabalho, “como todas as outras coisas que são compradas e vendidas e cuja quantidade pode ser aumentada ou diminuída tem seu preço natural e seu preço de mercado”. O seu preço natural “é aquele necessário para permitir que os trabalhadores, em geral, subsistam e perpetuem sua descendência (...)”. Já, o preço de mercado “é aquele realmente pago por este, como resultado da interação natural das proporções entre a oferta e a demanda. O trabalho é raro quando escasso, e barato quando abundante”¹⁰³⁵. Pelas leis econômicas, portanto, seria natural que diante das oscilações entre o preço natural e o de mercado, o trabalhador auferia ganhos suficientes para assegurar-lhe uma condição “próspera e feliz” ou “pobre e miserável”¹⁰³⁶.

A ideia da seleção natural das espécies, inclusive a humana, adquiriu com Charles DARWIN um matiz científico¹⁰³⁷. Foi tema comum no século XIX situar o homem no mundo a partir da ideia de evolução natural das espécies. Tentou-se transplantar das espécies animais à humana e do homem às estruturas sociais aquela luta pela existência que inevitavelmente resulta da velocidade com que tendem a multiplicar-se todos os seres orgânicos, a que Darwin se referiu¹⁰³⁸. Assim, nas estruturas humanas ocorreria uma luta natural pela sobrevivência, na qual triunfa o mais apto e resultariam inúteis quaisquer tentativas de interferência. Haveria uma deputação “natural” biológica da espécie e, como consequência, seriam eliminados os menos aptos, ideias que reforçariam o abstencionismo do Estado¹⁰³⁹. A classe trabalhadora, nesse ambiente, só poderia contar “com sua própria sabedoria e habilidade”, seu próprio esforço.

¹⁰³⁵ RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 81 {Coleção Os Pensadores}.

¹⁰³⁶ *Idem*, p. 82.

¹⁰³⁷ DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Esboço de 1842. Rio de Janeiro: Clássicos Econômicos Newton, n/d.

¹⁰³⁸ ALONSO OLEA, Manuel. *Introdução... Op. cit.*, p. 348.

¹⁰³⁹ *Idem*, p. 352-353.

As mudanças na forma de se conceber o trabalho, ligadas à ética protestante, em especial às seitas derivadas do calvinismo justificaram a condição do trabalhador como a de cumpridor de um mandamento e o êxito do espírito aquisitivo do capitalismo nascente. O mundo medieval via no trabalho um “dever somente *naturali rationi*, para a manutenção da pessoa, sua família e sua comunidade” e não para enriquecimento, ou uma “vocação imposta pela Providência”, a que se deve submeter. Já, o calvinismo vislumbrou-o como “um princípio ativo, também proveniente de Deus, ao qual tem de dedicar-se para sua glória o predestinado”¹⁰⁴⁰.

A concepção calvinista obrigaria não só a um trabalho que afugente o vício da preguiça, ou a simples contemplação, agora considerada imoral, mas também à reaplicação de alguns ganhos que não deve dedicar nem à dissipação, nem ao luxo. A benção divina sobre os êxitos econômicos deveria levar ao trabalho incessante, continuado e sistemático. Portanto, “a avaliação religiosa de um trabalho sem descanso, contínuo e sistemático (...)”, unida à restrição dos consumos “(...) está na essência mesma do impulso empresarial e das capitalizações características da Revolução industrial”¹⁰⁴¹. Tal entusiasmo, transferido da teologia ao mercado resultou na conduta racional de aproveitamento máximo do tempo na atividade útil, o que contribuiu para impor aos trabalhadores jornadas de trabalho desumanas e retribuições suficientes apenas para manter a mais básica sobrevivência.

Por outro lado, o obstáculo do individualismo político, embora tenha retardado o aparecimento das associações profissionais e sindicatos, seria superado. Em um processo lento de tolerância e depois, de reconhecimento, estes surgiam como instâncias intermediárias destinadas a engrossar os movimentos a favor da intervenção do Estado nas relações capital e trabalho. A autonomia da vontade, característica do individualismo jurídico enfraquecia à medida que o pensamento social reivindicava interações entre realidade e direito e denunciava as atrocidades individuais e sociais do sistema. O jogo natural das forças de mercado já não seduzia como antes e enfrentava resistências de grupos organizados. A evolução das espécies já não explicava as diferenças sociais que decorriam de forças reais – econômicas e políticas – que pouco se relacionavam com o fenômeno biológico que, teoricamente, reteria as espécies vivas. O pensamento social da Igreja Católica impunha a humanização e a dignificação do trabalho para combater a exploração sem limites da força operária.

¹⁰⁴⁰ *Idem*, p. 353.

¹⁰⁴¹ *Idem*, p. 354-355.

O poder econômico, político e social do empresário e esses reforços ideológicos, portanto, não inibiram o desenvolvimento de uma regulação estatal sobre as relações de trabalho. Passou-se a interferir no jogo daquelas supostas leis naturais de existência e econômicas. Tal intervenção tornou-se premente pela força dos movimentos sociais, religiosos, filosóficos e jurídicos que se contrapunham ao paradoxo extremado de riqueza e poder, de um lado, e de outro, à realidade de miséria e desgraça da classe trabalhadora.

Como parte de “uma etapa humanitária e filantrópica” do Direito surgiram as primeiras leis de proteção ao trabalho e ao trabalhador. Com função nitidamente tutelar e com foco na noção de (in)justiça social surgia uma normatividade distinta, fruto das contradições modernas e da consciência social, de que emanavam novos conceitos de justiça.

A interferência estatal nas relações de trabalho, como acentua Manuel Alonso OLEA foi um prolongamento de muitas outras em terrenos sócio-econômicos múltiplos que, agindo em conjunto “converteram o *laissez faire*, vertente econômica do liberalismo foribundo (...) da história moderna, em uma ‘aberração breve’ dentro de uma ‘ortodoxia’ de intervenção estatal (...)”¹⁰⁴². Esta intervenção propiciou os fatores necessários ao desenvolvimento e a mudança e com a criação de uma normatividade diferenciada no ordenamento jurídico culminou na criação do Direito do Trabalho. Com este Direito, “não só se evitou um possível processo de pauperização em massa, mas que o inverteu em direção a uma decisiva melhora de bem-estar”¹⁰⁴³.

Considera-se dispensável traçar, aqui, o histórico evolutivo das normas que compuseram o Direito do Trabalho desde as suas primeiras manifestações em solo europeu, posteriormente no ambiente americano e particularmente no Brasil. A literatura é vasta neste campo.

Parece relevante, no processo de constitucionalização do Direito do Trabalho brasileiro que iniciou já na Constituição federal de 1934 e, em regra, manteve-se nas posteriores, abordar a Constituição de 1988. Com uma pauta principiológica bem definida e um extenso rol de direitos fundamentais a Constituição destinou ao trabalho e à pessoa do trabalhador proteção inovadora, em todas as suas dimensões. A análise remete, também, ao principal estatuto normativo do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943 e ao Código Civil de 2002, que ensejam leitura e interpretação conjunta em muitos aspectos e à luz do texto constitucional.

¹⁰⁴² *Idem*, p. 361.

¹⁰⁴³ *Idem*, p. 362.

Afirma-se que os tempos atuais são de promoção universal do trabalho. Como se mencionou, torna-se cada vez mais real, no Direito contemporâneo, o deslocamento de um dos institutos-chave do direito privado – a propriedade – do centro de proteção, para abrir espaço à tutela da pessoa. Nesta interação entre o jurídico e as pessoas e as coisas, por muito tempo se priorizou a última, o que acabou por distorcer o próprio conceito e o lugar do sujeito de direito. O processo de mudanças por que passou e ainda passa a sociedade e o Direito impôs questionamentos sobre o verdadeiro lugar da pessoa na arquitetura jurídica até aqui edificada, o que resultou em propostas teóricas no sentido da sua inserção ao centro das considerações jurídicas.

Pensar a pessoa como centro do Direito impõe retornar à consideração de Hannah ARENDT¹⁰⁴⁴ sobre uma das três atividades fundamentais da *vita activa* - o trabalho - que remete ao ser humano trabalhador e ao destaque que assumiu na ordem jurídica.

A Constituição federal de 1988, ao tratar dos princípios fundamentais da República considerou os valores sociais do trabalho um de seus fundamentos (art. 1º, IV). Incluiu o direito ao trabalho entre os direitos fundamentais no capítulo dos Direitos Sociais (art. 6º) e no título relativo à Ordem Econômica e Financeira, considerou-a fundada na valorização do trabalho humano, além da livre iniciativa (art. 170).

Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK observaram que se até bem pouco o Direito colocava em relevo a propriedade, hoje “dá ênfase principal ao trabalho, novo instituto de ordenamento da sociedade contemporânea, como fonte de vida e de bem-estar do indivíduo e da coletividade”¹⁰⁴⁵. O próprio pensamento econômico estaria neste sentido, dada a importância do trabalho no mundo moderno e contemporâneo, do ponto de vista social, econômico e jurídico. Foi nesta direção – de uma visão emancipável e integrativa das forças que compõem o processo de desenvolvimento social – a proposta de Amartya SEN de conciliar ética, economia e sociedade¹⁰⁴⁶.

A ordem jurídica instituída com a Constituição de 1988 reflete essa tendência, notadamente a Ordem Econômica, que autoriza o Estado a interferir nas relações privadas – como as de consumo e as de trabalho – para harmonizar classes distintas de direitos fundamentais. A valorização do trabalho humano dá fundamento a essa postura, que visa, ao final, assegurar existência digna a todos, conforme ditames de justiça social.

¹⁰⁴⁴ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁴⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 188.

¹⁰⁴⁶ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Os Direitos Sociais na Constituição devem ser compreendidos na perspectiva dos Direitos humanos. Estes, em sua concepção contemporânea, caracterizam-se pelos processos de universalização, internacionalização e indivisibilidade. Neste sentido, os Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser colocados no mesmo patamar de importância, merecimento e respeito que a categoria de Direitos civis e políticos. Para a normativa internacional os Direitos sociais e os que compõem o mesmo grupo são “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”¹⁰⁴⁷.

Afirma-se que “levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade”¹⁰⁴⁸, no que se inclui o aspecto da distribuição de renda. Uma das preocupações centrais dessa categoria de direitos é a proteção de grupos vulneráveis e suas necessidades fundamentais, que “não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”¹⁰⁴⁹.

Alguns relevantes princípios, extraídos do *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* orientam a hermenêutica dos Direitos sociais: o da observância do *minimum core obligation*; o da aplicação progressiva, do qual decorre o princípio da proibição do retrocesso social; o da inversão do ônus da prova; e o dos deveres do Estado em matéria de direitos sociais¹⁰⁵⁰. Estes, aliados aos princípios gerais, condicionadores da interpretação dos direitos humanos em geral – princípios da interpretação teleológica, efetiva, dinâmica e evolutiva e o da proporcionalidade – conduzem a compreensão e a aplicação dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

A Constituição estabeleceu no art. 6º, com outros Direitos sociais¹⁰⁵¹, o direito ao trabalho. E, com foco em um patamar mínimo de civilidade do trabalhador contemplou extenso rol de direitos fundamentais (art. 7º), que são complementados pela legislação infraconstitucional trabalhista e previdenciária. Nestes textos legislativos encontram-se os

¹⁰⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: CARVALHO, Luciana Paula Vaz de; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Op. cit.*, p. 10-11.

¹⁰⁴⁸ *Idem*, p. 11.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁰ O primeiro, da observância do *minimum core obligation*, a significar que o dever de observância do mínimo essencial concernente a esses direitos tem como fonte o princípio maior da dignidade humana; o segundo, da aplicação progressiva, no sentido de que os Estados devem reconhecer e progressivamente implementar os direitos previstos no Pacto; o terceiro, da inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado que alega não ter condições de satisfazer suas obrigações o ônus de provar este fato; e o quarto, o dos deveres dos Estados em matéria de direitos sociais. *Idem*, p. 21.

¹⁰⁵¹ São direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. A Constituição apresenta, ainda, uma Ordem Social com várias normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, a exemplo dos artigos 196, 205, 217, entre outros.

direitos irredutíveis, mínimos necessários para assegurar ao cidadão trabalhador condições de vida digna.

A noção de dignidade no trabalho, em termos objetivos, associa-se ao conceito de trabalho decente desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. Considera-se “decente um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho”¹⁰⁵².

A agenda do trabalho decente, da OIT, compreende quatro eixos centrais: criação de emprego de qualidade para homens e mulheres; extensão da proteção social; promoção e fortalecimento do diálogo social; e respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho. Estes se encontram na *Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho*, adotada pela OIT em 1998: liberdade de associação e de organização sindical e reconhecimento do direito de negociação coletiva (Convenções 87 e 98); eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções 29 e 105); abolição efetiva do trabalho infantil (Convenções 138 e 182); e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções 100 e 111).

A noção de trabalho decente, portanto, abrange a garantia de exercício livre do trabalho inserido no sistema produtivo; que ofereça remuneração adequada à satisfação das necessidades do trabalhador e de sua família; exercido com base em noções de justiça e equidade, no que se insere a noção de justiça contratual; que seja capaz de propiciar condições seguras nos aspectos físicos, mentais e emocionais; e que se pautem no respeito às diferenças, propiciando oportunidades iguais, a todos, de acesso, manutenção e oportunidades de ascensão a postos mais elevados.

O acesso ao trabalho decente, por outro lado, encontra sérias barreiras. Entre elas, a efetividade reduzida das normas constitucionais e infraconstitucionais.

O grau de efetividade das normas depende dos modelos e formas de sua aplicação, em que se incluem aspectos como o complexo normativo, o propósito da norma e o comportamento regulado¹⁰⁵³. A crise de efetividade, que se confunde com a crise do próprio trabalho e do Direito demanda solução transformadora, que supere a redescoberta democrática do trabalho e a consideração do trabalho decente. Algumas estratégias são propostas a partir

¹⁰⁵² OIT. *Trabalho Decente*. 2004. Disponível em: <http://www.oit.org.br/topic/decent_work/trab_decente_2.php>. Acesso em 21.01.2009.

¹⁰⁵³ FERREIRA, Antonio Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re)pensar o direito das relações laborais. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). *A globalização e as ciências sociais: solidariedade internacional e direitos dos trabalhadores*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 284.

de políticas e ações da OIT: exigência de padrões mínimos de qualidade¹⁰⁵⁴ para que os produtos possam circular livremente no mercado mundial; segurança na representação e proteção da “voz coletiva”; e transformação do sistema de relação laboral e da normatividade laboral¹⁰⁵⁵.

Fatores diversos combinam-se e se articulam, hoje, para formar uma complexa equação sociológica, no campo das relações de trabalho. A transformação dessas relações e do Direito que as rege, em uma lógica emancipável é o grande desafio. As medidas afetas ao trabalho decente significam, em grande medida, avanço neste campo. Emprego com qualidade aceitável, que assegure não apenas o direito ao trabalho, mas condições laborais e de vida dignos, seguros e justos inspiram importantes ações de base existencialista, personalista e humanista.

Consciente de que, em diversos países, ajustes estruturais e mudanças no primado da competição parecem conduzir a um processo contínuo de reestruturação de grandes empresas e que têm afetado milhões de empregados em várias partes do mundo, a OIT volta-se especialmente à qualidade do emprego.

Dizer do trabalho decente é, também, dizer do trabalho de qualidade. A idéia de qualidade, aqui, transcende os objetivos empresariais de garantir excelência aos produtos e serviços, assegurar competitividade e lucro¹⁰⁵⁶. Compreende qualidade ao próprio emprego, excelência ao trabalho e nobreza ao trabalhador¹⁰⁵⁷, o que implica situar o discurso solidarista no plano concreto das relações interprivadas que envolvem a prestação de trabalho humano.

¹⁰⁵⁴ Os padrões mínimos de qualidade no trabalho, em regra, relacionam-se com a seleção de quatro direitos laborais básicos que figuram no item 2, da *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Esses princípios e direitos humanos fundamentais encontram-se em textos de oito Convenções.

¹⁰⁵⁵ *Idem*, p. 289.

¹⁰⁵⁶ SUGIMATSU, Marlene T. Fuverki. *Gestão empresarial... Op. cit.*, p. 463.

¹⁰⁵⁷ (...) que cada mulher e que cada homem possam acender a um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, de equidade, de segurança e de dignidade. Não se trata de criar apenas mais empregos mas sim de criar empregos com uma qualidade aceitável. Não deve, assim, ocorrer um divórcio entre o volume de emprego e a sua qualidade. Todas as sociedades têm uma noção de trabalho decente, mas a qualidade do emprego pode significar muitas coisas. Pode reenviar para diferentes formas de trabalho, para diferentes condições de trabalho assim como para diferentes idéias de satisfação e de valor. É necessário, por isso, conceber sistemas sociais e econômicos que garantam o mínimo indispensável em matéria de segurança e de emprego sem que isso impeça a adaptação à evolução rápida de um mercado mundial extremamente concorrencial. FERREIRA, Antonio Casimiro. *Op. cit.* p. 289.

6.2 SOLIDARIEDADE, DIREITO DO TRABALHO E CONTRATO DE TRABALHO

6.2.1 Direito e contrato de trabalho: para além da natureza patrimonial.

O Direito do Trabalho resultou da constante atuação de movimentos sociais e reivindicatórios organizados e da atuação do Estado sobre as relações privadas, em um momento histórico que clamava proteção à parte mais frágil da relação capital e trabalho. Direcionou-se, desde o início, a regular o contrato de trabalho no sentido estrito, o trabalho subordinado.

Sua autonomia jurídica significou um processo de ruptura com a ordem civil vigente nos séculos XIX e XX, quando se fez necessário responder aos anseios das classes trabalhadoras, cada vez mais organizadas, que contestavam as chamadas leis econômicas do mercado e as que persistiam em assimilar o contrato de trabalho a uma locação. A intervenção do Estado nessas relações, a ampliação de leis protetivas e a adoção de princípios jurídicos imprescindíveis para garantir equilíbrio e justiça contratual derivou em um novo sistema de valores e regras destinados a tornar efetivo o seu próprio fundamento: proteger a parte mais frágil da relação, o trabalhador.

O Direito do Trabalho, como pontuou Mário de LA CUEVA, “é uma imposição da vida ao Direito, mas é também (...) a vitória de uma idéia e a substituição de um ideal periclitante de Justiça e Direito por um outro novo”¹⁰⁵⁸. Seu surgimento resultou da postura existencialista dos pensadores que se debruçaram sobre a realidade social, e do humanismo que caracteriza certas reações diante de injustiças e desequilíbrios que atingem, justamente, quem não dispõe dos melhores meios de defesa.

Como um dos acontecimentos marcantes da segunda fase do Direito moderno¹⁰⁵⁹ o Direito do Trabalho inclinou-se a compensar desigualdades contratuais, ao constatar que “a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas”¹⁰⁶⁰. O princípio

¹⁰⁵⁸ LA CUEVA, Mario de. *Panorama do Direito do Trabalho*. Tradução de: Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969, p. 26.

¹⁰⁵⁹ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 93-129.

¹⁰⁶⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 30.

fundamental de proteção ao sujeito mais frágil da relação jurídica confunde-se com a sua própria razão de ser.

Como fruto de leis especiais e protetivas o Direito do Trabalho almejou concretizar o princípio da igualdade material. Ao reconhecer que a forma de trabalho delineada desde o século XVIII exigia resposta diferente da que o ordenamento oferecia à sociedade, como um todo e por regras especiais oferecer solução aos contratantes que, no plano fático (econômica, técnica e culturalmente) não eram iguais, o Direito aproximou-se da realidade social. Além de acenar para a possível igualdade material nas relações de trabalho, fez real a cláusula de solidariedade que começava a se inserir no campo jurídico.

O Direito não caminha sozinho, mas intimamente ligado às demais realidades da estrutura social. Assim se desenvolveu o Direito do Trabalho, pela multiplicação e diversificação das formas de realizar o processo produtivo, das relações que delas resultavam e da regulamentação autônoma ou heterônoma que sobre elas ocorreram e ainda ocorrem¹⁰⁶¹. Ele é, hoje, um complexo conjunto de regras, princípios e institutos jurídicos destinados a regular as relações de emprego no aspecto individual e coletivo¹⁰⁶².

A tipologia dos princípios de Direito do Trabalho é ampla¹⁰⁶³. Por ela se podem compreender as razões da construção, interpretação e modos de aplicação deste ramo do direito, que tem caráter essencialmente teleológico e finalístico. Tal caráter o torna dependente não só dos seus peculiares princípios, como daqueles gerais, que constituem o núcleo basilar de todo o Direito (como dignidade humana, não-discriminação, justiça social, proporcionalidade e razoabilidade) e dos princípios relativos aos contratos em geral (boa-fé, equidade, justiça contratual).

¹⁰⁶¹ O Direito do Trabalho desenvolveu-se sobre a realidade fática da Revolução industrial e sobre as primeiras normas regulamentadoras do trabalho da mulher, da criança e do adolescente, da jornada de trabalho; seguiu com a regulamentação sobre segurança no trabalho e acidentes laborais, normas de seguridade social, regulação dos salários, estendendo-se para os demais conflitos oriundos das relações de trabalho. As normas pactuadas também integram esse complexo conjunto de fontes que a cada dia ampliam o campo de atuação deste ramo jurídico.

¹⁰⁶² Não se deve confundir o âmbito de aplicação do Direito do Trabalho – às relações de emprego – com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho que se operou com a Emenda Constitucional 45 de 2004. Com a EC a Justiça do Trabalho tornou-se competente para conhecer e julgar conflitos que decorram das relações de trabalho em geral – com ou sem vínculo de emprego –, o que não significa, todavia, que as regras historicamente construídas para atender a relação de emprego devam ser aplicadas a outras modalidades de prestação de trabalho (ao trabalhador autônomo, por exemplo), que não sejam as relações de emprego. Tal extensão só poderá ocorrer sustentada por uma ampla discussão pública e depois de delimitados os casos sujeitos a sua abrangência, pela via legislativa..

¹⁰⁶³ Constituem seu núcleo os seguintes princípios: da proteção, inalterabilidade contratual lesiva, intangibilidade salarial, primazia da realidade sobre a forma, continuidade da relação de emprego e indisponibilidade de direitos trabalhistas. Citam-se, ainda: princípio da despersonalização do empregador; da alteridade (ou da assunção dos riscos); da irretroatividade das nulidades; da aderência contratual; irredutibilidade salarial, entre outros. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*

A diversidade e a abrangência desses princípios demonstram que as relações, no âmbito do trabalho, não são puramente patrimoniais; elas não se esgotam na prestação de serviços e no pagamento dos salários contratados. A continuidade e o prolongamento do contrato conduzem a relações de diversas ordens, sejam de cunho material, pessoal ou moral, que muito se aproximam das relações de índole familiar.

A relação obrigacional, numa acepção ampla envolve um conjunto de atividades que corporificam deveres jurídicos, sujeições, ônus e expectativas jurídicas, além de direitos formativos ou potestativos. Eles formam a chamada *relação obrigacional complexa*, hoje reconhecida na formação progressiva de contratos, em redes contratuais, contratos de larga duração ou uniões empresariais, e nos contratos de trabalho.

Os doutrinadores, em geral, observam a natureza complexa da relação de trabalho, em que poderes e deveres diversos gravitam em torno de duas obrigações recíprocas: a de prestar trabalho, ou um *facere*; e a de pagar a remuneração, que se concretiza em um *dare*.¹⁰⁶⁴ Ônus e obrigações acessórios, com correspondentes pretensões e poderes de supremacia e correspondentes sujeições, são inerentes ao contrato de trabalho.

Relação obrigacional complexa, contratos por tempo indeterminado, ou contratos relacionais de longa duração¹⁰⁶⁵, todos têm íntima ligação com os contratos laborais, que guardam particularidades não encontradas nas obrigações em geral. Esta realidade, ao passo que demanda orientação hermenêutica particularizada, torna questionável a compatibilidade de muitos institutos e categorias originárias do Direito Civil a este ramo.

O estudo do trabalho humano supõe investigação que transcenda o aspecto meramente patrimonial do contrato e que dispense à pessoa e a seus valores existenciais a centralidade jurídica que merecem. Como alertou Luigi BAGOLINI, “quanto mais se considera o trabalho no seu aspecto estritamente econômico, mais o trabalho aparece como meio: todo ideal está para além dele”¹⁰⁶⁶. A natureza axiológica fundante do trabalho é que “postula e legitima o Direito do Trabalho como uma das estruturas fundamentais da experiência jurídica” e permite pensar “numa ‘democracia do trabalho’, não reduzida, é claro, à vida sindical, e, menos ainda, às atividades criadoras ou reprodutivas apenas no plano dos bens materiais”¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Op. cit.*, p. 177-187.

¹⁰⁶⁶ BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho: o trabalho na democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 47.

¹⁰⁶⁷ REALE, Miguel. Introdução à primeira edição. In: BAGOLINI, Luigi. *Op. cit.*, p. 11.

O trabalho, as relações trabalhistas e o Direito que lhe dá suporte, por outro lado, enfrentam mudanças. Fatores sociais, políticos, econômicos e culturais contemporâneos fazem com que grande parte dos problemas debatidos na atualidade, relacionados com transformações e crises, passe por questões de trabalho, produção ou emprego. A degradação das condições de vida e de trabalho parece emergir, em regra, de uma forma unilateral de flexibilidade – como o ajustamento dos recursos humanos às flutuações do mercado – e não de forma bilateral, como seria a busca de conciliação entre liberdade de empreender e liberdade ou direito de trabalhar¹⁰⁶⁸.

A modernização empresarial sempre implica mudanças estruturais nos processos de trabalho. Em vista de maior produtividade, lucros e garantia de inserção ou permanência no mercado mundial, adotam-se estratégias imaginadas por consultorias especializadas. Alinham-se o discurso e as práticas às técnicas de gestão praticadas em várias sociedades desenvolvidas.

A dialética entre economia e trabalho humano e economia e ética leva a considerar que a atual realidade produtiva necessita de uma atuação ética do Estado, enquanto promotor de justiça e de equidade¹⁰⁶⁹, bem como dos particulares nas relações jurídicas que estabelecem no campo do trabalho.

Crises econômicas, desemprego e agravamento da concentração de riquezas em poder de poucos, entre outros dilemas atuais exigem postura ética e solidária, como parte da solução que se busca. O problema moral está no âmago do problema econômico. Neste sentido, o dilema econômico deve encontrar solução nos fins e valores que ultrapassam as considerações de qualidade e eficiência¹⁰⁷⁰. Relações contratuais e Direito do Trabalho que se queiram éticos e solidários devem eleger como valores fundamentais a equidade, a justiça e a moral. É que, para além das considerações de eficiência econômica, está, sobretudo, “a preocupação com a equidade e com a dignidade humana, que justifica o investimento de recursos coletivos na solução de problemas fundamentais”¹⁰⁷¹.

Quando se afirma que as considerações sobre o Direito e o contrato de trabalho devem transcender seu aspecto material, afirma-se, primeiro, que não é possível enquadrá-los na categoria estreita de um Direito puramente econômico. O Direito do Trabalho é, ao mesmo tempo, econômico e social, e também constitucional, civil e previdenciário. Não se questiona

¹⁰⁶⁸ FERREIRA, Antonio Casimiro. *Op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁶⁹ BAGOLINI, Luigi. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁷¹ *Ibidem.*

que ele envolve direitos patrimoniais; mas envolve direitos humanos e fundamentais, assim como direitos de personalidade, assistenciais e previdenciários, e outros que o mundo do trabalho corriqueiramente apresenta. Neste sentido, saúde do trabalhador, qualificação profissional, sofrimentos e agressões físicas, mentais e emocionais no ambiente laboral, discriminações, motivações psicológicas, assistência e previdência, deficiência ou incapacitação laboral dão a nota profundamente ampla de seu real conteúdo.

Os dilemas do trabalho vão muito além do que a dogmática procura explicar. Análise de uma das principais características do contrato de trabalho, a onerosidade, confirma a amplitude de que se fala. Ela envolve o salário e este, por princípio, tem natureza alimentar. Tal caráter talvez seja “o seu mais incisivo traço face às demais retribuições próprias dos denominados contratos de atividade. O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família”¹⁰⁷². Por força dessa natureza a Constituição o protege em várias disposições¹⁰⁷³, sintetizadas nas regras da irredutibilidade salarial, isonomia salarial, vedação à sua retenção dolosa, entre outras. Salário é garantia de vida; é meio de satisfação de necessidades, sejam as mais básicas de sobrevivência ou as intelectual e espiritualmente mais elevadas; é meio de inserção no convívio com os outros e meio de ascensão social.

Há, na base desse raciocínio, a mesma orientação que marca as interpretações mais avançadas do Código Civil brasileiro de 2002, qual seja, superar as concepções patrimonialista e individualista que nortearam o Código de 1916. O novo Código, como fez a Constituição, priorizou a dignidade da pessoa com base nas premissas da operabilidade, da eticidade e da socialidade.

As repercussões jurídicas dessa postura no âmbito do trabalho são amplas. A análise que se propõe restringe-se à possível incidência do princípio da solidariedade nas relações contratuais de trabalho, considerando a dimensão do princípio da dignidade humana, do valor social do trabalho e da justiça social, em face da ordem constitucional de 1988.

¹⁰⁷² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁷³ Estas abrangem: normas antidiscriminatórias, sobre negociações, sobre complementos salariais, sobre o valor dos salários e normas de natureza penal. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 718-720.

6.2.2 Direito do trabalho emancipável, justo e solidário: a primazia da pessoa

A construção do Direito do Trabalho evoluiu ao longo dos três períodos que caracterizaram a modernidade político-jurídica do capitalismo: o capitalismo liberal, o organizado e o desorganizado¹⁰⁷⁴. Foi na fase do capitalismo organizado¹⁰⁷⁵ que se obteve maior êxito na tentativa de regular os riscos ligados às questões operária e social, quando se estabeleceram padrões de segurança e de previsibilidade ontológica e jurídica aos níveis individual e coletivo, nunca antes alcançados na história do trabalho.

A regulação política, o caráter público e a racionalidade jurídica do Direito do Trabalho acentuaram seu perfil promocional e sua imposição como um Direito de discriminação positiva, presente no princípio do *favor laboratoris* e no estabelecimento de padrões de emprego, de relações e de condições de trabalho¹⁰⁷⁶.

O modelo fundante, o alcance e as fronteiras típicas do Direito do Trabalho, todavia, são hoje questionados. É que, se o Estado-Providência tornou o emprego uma “categoria jurídica e o pleno emprego, um objetivo político, a crise que sobre ele recai importa mudança em três funções básicas do trabalho na sociedade capitalista: nas funções produtiva, redistributiva e de socialização”¹⁰⁷⁷.

Permanece essencial a função produtiva do trabalho, mas sua forma subordinada e assalariada, prevalente desde o início do sistema capitalista vê-se abalada com novas maneiras de produzir. A mudança acontece na função produtiva do trabalho assalariado, o que não afeta a função produtiva do trabalho em si. Por tal razão, o capital financeiro e industrial, agora transnacional, faz determinações que contêm a estranha combinação de liberalismo econômico e proteção de direitos humanos.

Estão comprometidas, também, as suas funções de distribuição e de socialização. Aquela, em razão do desemprego e da precarização de grande parte dos postos existentes, que cada vez mais dependem de exigências de competitividade e da vinculação dos salários à evolução da produtividade. E a função de socialização, porque, mesmo que o trabalho

¹⁰⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica... Op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁷⁵ Período marcado pela expansão do Estado-Providência, alargamento dos direitos de cidadania, pelo pacto social entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado e pelo modo de regulação social que se designou fordismo. *Idem*, p. 145-153.

¹⁰⁷⁶ FERREIRA, Antonio Casimiro. *Op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁷⁷ *Idem*, p. 272-273.

continue a gerar identidades inclusivas – cada vez mais frágeis e precárias – ressentir-se pelo mesmo drama do desemprego¹⁰⁷⁸.

É justo reconhecer que o Direito do Trabalho ofereceu respostas – em certa medida, positivamente – aos desafios da Revolução industrial, ainda que apoiado nos processos típicos de regulação e juridicização das relações sociais, e “num estado de tensão permanente entre grandes dicotomias ou códigos binários sócio-político-jurídicos”¹⁰⁷⁹. Aos críticos, porém, seu projeto permanece inacabado, pela limitada efetividade de suas normas.

Reconhecer a incompletude de seu projeto não implica aceitar a idéia de uma progressiva perda de sentido, como propagam alguns. Não significa, também, curvar-se a propostas para mercantilizá-lo, a críticas infundadas sobre suas normas e sua noção de justiça social ou a idéias que propõem reelaborar suas regras de utilização da força de trabalho, apenas para usá-la como instrumentos de competitividade¹⁰⁸⁰.

É atitude realista e ponderada admitir que o modelo sobre o qual se fundou o Direito do Trabalho, nacional e internacional, encontra-se em crise. Por outro lado, é sensato e louvável empenhar-se na tarefa de reconstruí-lo, reinventá-lo, pensá-lo novamente ou, “despensá-lo”¹⁰⁸¹.

Haverá um ponto de partida: “quer a regulação social, quer a emancipação social, deverão ser concebidas ao nível global”; e deverão, também, buscar “novos equilíbrios entre a ordem e a solidariedade social, de que resulte uma renovada combinação entre os princípios de regulação do Estado, do mercado e da comunidade”¹⁰⁸².

A capacidade de enfrentar modos hegemônicos de globalização, de flexibilização e precarização estaria na idéia de um Direito do Trabalho emancipável, que represente um interesse comum, que a todos compromete. Na construção desse interesse comum dois pressupostos devem estar sempre presentes: a redescoberta democrática do trabalho e a noção de trabalho decente¹⁰⁸³.

Defende-se o primeiro pressuposto como condição imprescindível para a reconstrução de uma economia que vise democracia social. A redução do trabalho a fator de

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁹ São as dicotomias: Estado/sociedade civil, público/privado, *status*/contrato, justiça comutativa/justiça distributiva, coletivo/individual, consenso/conflito, econômico/político, direito/política, autônomo/heterônomo, entre outras. *Idem*, p. 281.

¹⁰⁸⁰ Neste aspecto, SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Gestão empresarial... *Op. cit.* p. 458-460.

¹⁰⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 34

¹⁰⁸² *Ibidem*.

¹⁰⁸³ FERREIRA, Antonio Casimiro. *Op. cit.*, p. 288.

produção implicou a “dessocialização” da economia, o que explicaria sua dificuldade em sustentar a cidadania¹⁰⁸⁴.

O pressuposto do trabalho decente, que, como se mencionou, decorre de várias medidas adotadas pela OIT reunidas na *Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho*, é condições para um trabalho produtivo que assegure liberdade, dignidade, justiça, segurança e qualidade de vida. Mais do que criar empregos, a idéia é criar empregos com qualidade aceitável.

No Direito Constitucional brasileiro, destaca-se que quando a Constituição de 1988 erigiu a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV), cuidou de assentar no mesmo dispositivo, primeiro, os valores sociais do trabalho, ordem que se repete no *caput* do art. 170. Se essa posição geográfica, por si, não confirma o primado do trabalho humano na ordem de consideração constitucional, interpretação sistemática que alie o conteúdo dos dois dispositivos com a diretriz personalista e humanista da Constituição permite assim considerar. Decorrem desta diretriz os valores e princípios que conduzem à primazia da pessoa humana individual e coletivamente considerada.

Princípios como dignidade humana, solidariedade e justiça social parecem não colocar dúvidas sobre o que se deve considerar prioritário ao se contrapor a liberdade de iniciativa empresarial e o direito do trabalhador de buscar no trabalho, especialmente sob a forma de emprego, a sua existência em todas as dimensões. Não se concebe, no regime da Carta de 1988, ordem econômica em que a livre iniciativa sobrepuje o valor social do trabalho, sob pena de violação direta ao princípio da dignidade humana.

Deve-se compreender a liberdade de iniciativa como base da ordem econômica e social, em que os indivíduos são livres para desenvolver atividade socialmente útil, sem desprezar, jamais, o objetivo precípuo de justiça social. Daí se concluir que o trabalho, sob a ótica constitucional, merece proteção não meramente filantrópica, mas politicamente racional¹⁰⁸⁵, operante e efetiva ao longo da execução do contrato de trabalho. É nesse contexto que se deve interpretar também a função social da propriedade, no que se insere a função social da empresa¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar... Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica... Op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁸⁶ Sobre a ordem em que foram relacionados os princípios, no artigo 170, Eros Grau menciona o relato de Miguel Reale Júnior sobre a reação, no Plenário da Constituinte, à proposta alternativa apresentada pelo “Centrão” para a redação do artigo 199 (atual artigo 170). A intenção desse grupo de parlamentares era fazer com que a livre iniciativa antecederesse a valorização do trabalho humano. A rejeição da proposta foi interpretada por Miguel Reale Júnior como mais uma prova da precedência do valor do trabalho sobre a livre iniciativa. De

Está na base do Código Civil de 2002, a idéia de “direito como experiência”. Sua compreensão supõe a realidade histórico-cultural¹⁰⁸⁷, o que atrai discussões sobre os diferentes papéis dos sujeitos no exercício de suas liberdades civis e econômicas, e em especial, a relevância da pessoa frente a alguns efeitos jurídicos.

Já se mencionou que o Direito Civil busca, hoje, “descobrir a *pessoa* que está por detrás do sujeito de direito titular de um patrimônio”¹⁰⁸⁸. Assim acontece porque a relação obrigacional, embora se refira a interesses preponderantemente patrimoniais, também atrai a tutela de bens da personalidade, no que se incluem os direitos fundamentais. Nesse processo de repersonalização do Direito, as pessoas e suas necessidades fundamentais são colocadas no centro do sistema¹⁰⁸⁹. Tornam-se relevantes, no objeto da relação jurídica os comportamentos, como boa-fé e confiança; quanto aos sujeitos, propõe-se “afastar o sentido exclusivamente técnico da pessoa” para considerar que a relação jurídica leve sempre em conta “o sujeito em concreto”¹⁰⁹⁰.

Se o Direito Civil, nesta nova configuração passa a ser concebido a partir de sua raiz antropocêntrica para afastar o tecnicismo e o neutralismo, por meio de um “sistema aberto e rente à vida”¹⁰⁹¹, não faz sentido que o Direito do Trabalho permaneça refratário a ela.

A legislação trabalhista infraconstitucional brasileira, não obstante os avanços propiciados pela Constituição de 1988 ainda conserva, em muitos aspectos, elementos que decorrem de sua raiz civilista – o Código de 1916 – que vigia ao tempo em que a CLT foi promulgada (1943) e que não cabem na atualidade. Parte da doutrina e da jurisprudência ainda não assimilou essas transformações. Insiste em uma forma de interpretar e aplicar o Direito do Trabalho como se não se destinasse, prioritariamente, à pessoa – e aqui a parte mais frágil da relação – que continua em numerosos casos, tão ou mais débil do que lhe desenhou a Moderna indústria.

Basta observar o campo dos direitos potestativos¹⁰⁹², que encontram no Direito Civil o solo natural. Entre eles está o direito de uma das partes, unilateralmente, denunciar contratos

qualquer forma, a ordem de alusão no texto seria irrelevante, pois o que contaria é o fato de nele estar consagrada a valorização do trabalho humano e não a valorização a ambos ou apenas da livre iniciativa. *Ibidem*.

¹⁰⁸⁷ REALE, Miguel. *O direito... Op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários... Op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75.

¹⁰⁹⁰ CARVALHO, Orlando de. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹¹ *Idem*, p. 92.

¹⁰⁹² Os *direitos potestativos* integram a categoria dos direitos subjetivos, estes considerados os elementos mais importantes da relação jurídica. São “direitos que permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa) modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse”. As pessoas a eles sujeitas não têm, propriamente, uma obrigação; elas se encontram em posição passiva, de sujeição. Também chamados *direitos-poderes*, o exercício do direito

por tempo indeterminado, como na prestação de serviços¹⁰⁹³. Ao ser transposto ao texto da CLT legitimou as chamadas despedidas sem justa causa.

É típico direito potestativo, no Direito do Trabalho, justamente “o direito do patrão de dispensar um empregado”¹⁰⁹⁴. Significa que o empregador, unilateralmente, pode considerar rescindido o contrato a qualquer momento, sem declinar os motivos ou a causa e independente da vontade do empregado, bastando que cumpra algumas obrigações indenizatórias previstas em lei. É um direito auto-suficiente e pleno, sendo a ruptura unilateral a sua conseqüência. É “tão unilateral, até abstrata, e tão forte, que fulmina a relação de emprego”¹⁰⁹⁵. Ele reflete, na realidade, aquela influência voluntarista e individualista que permeou e influenciou os principais sistemas jurídicos codificados até meados do século XX, como a lei civil brasileira. Outra poderia ter sido, no entanto, a escolha do legislador do trabalho, diante das diversas formas de proteção ao emprego em outros sistemas jurídicos¹⁰⁹⁶.

As situações de direitos potestativos previstas no Código Civil diferem profundamente da realidade das relações de trabalho. Nestas, o objeto contratual é peculiar, a prestação de trabalho humano. A finalidade primeira é garantir a própria sobrevivência do prestador. Há um sujeito envolvido tão pessoal e diretamente com a prestação a que se obriga, a ponto de se confundir com ela, além de se tornar submisso a mecanismos de poder que o colocam em estado de subordinação econômica e jurídica, quando não técnica e até mesmo psicológica.

A despedida sem justa causa é o modo mais comum de terminar o contrato de trabalho e com o apoio da dogmática e da hermenêutica jurídica predominante. Crescem, todavia, manifestações que defendem a imposição de limites e condições a essa prática, e por várias razões.

Orlando GOMES e Elson GOTTSCHALK advertem que “além de ser fonte inesgotável de desemprego, constitui, historicamente, resquício do soberano poder do chefe

do titular depende exclusivamente de seu arbítrio. De qualquer forma, por suas conseqüências jurídicas, só poderão existir onde haja previsão no próprio ordenamento jurídico ou em contrato, atendidos os limites da liberdade contratual (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 56-57).

¹⁰⁹³ São exemplos: o direito do locador do imóvel de rescindir a locação, se o locatário não pagar os aluguéis; do condômino de exigir a divisão da coisa comum, se for divisível; de revogar procuração; de revogar doações por ingratidão do donatário, entre outros.

¹⁰⁹⁴ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁹⁵ CATHARINO, José Martins. *Compendio de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 285.

¹⁰⁹⁶ A doutrina costuma identificar, em geral, três principais modelos de proteção ao emprego: o da plena liberdade patronal, com fundamento na teoria do direito potestativo; o da estabilidade ou restrição do direito de despedir, que propõe critérios rígidos para as rescisões contratuais; e o da dispensa flexível, voltada proteger a despedida arbitrária e/ou absolutamente injustificada.

de empresa, incontrastável e arbitrário”¹⁰⁹⁷. Mauricio Godinho DELGADO pontua que “a radicalidade inerente à idéia de direito potestativo – que agride a noção de sociabilidade, que também é constitutiva do Direito – faz com que a ordem jus trabalhista tenda a reduzir, hoje, sua configuração concreta”¹⁰⁹⁸. Agir em nome de tal direito, como nas despedidas sem justa causa, implica deixar que a soberania da vontade particular se consolide, em confronto com o contexto social. A ideia que lhe é inerente “corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista” e corresponde “a um verdadeiro despotismo de fábrica”¹⁰⁹⁹.

É inerente ao direito potestativo o caráter voluntarista e individualista da conduta do titular, perfeitamente ajustado ao espírito do Direito Civil tradicional, que hoje sequer prevalece naquele ramo. Portanto, sua adequação às relações de trabalho exige cuidados e temperamento. A par de se reconhecer o trabalho como fator constitutivo da própria condição humana, a sua inegável utilidade econômica e a sua dimensão social, deve-se reconhecer que, em regra, é o único meio de subsistência da maioria das pessoas. A extinção dessa fonte de rendimentos, de forma abrupta e desmotivada, a toda evidência, pode gerar danos materiais e morais que deveriam ensejar reparações consideráveis e que ainda não ocorrem. Daí se falar em mecanismos que preservem o quanto possível, a continuidade da relação¹¹⁰⁰.

Diante dos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, fundamentais ao Direito do Trabalho, a despedida imotivada constitui uma anomalia jurídica. A continuidade da relação de emprego remete à idéia de estabilização social. A tutela da permanência no emprego, como menciona Américo PLÁ RODRIGUEZ “(...) aparece como uma das máximas realizações do princípio de proteção, porque deu origem à tutela dos trabalhadores, permitiu a acabada vigência de seus direitos subjetivos e atuou como real compensação das desigualdades”¹¹⁰¹.

Por esta razão e por refletir a ética solidarista que a inspira, a Constituição de 1988 inovou no art. 7º, I. Como forma de preservar, o máximo possível, a fonte de rendimentos do

¹⁰⁹⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK. *Op. cit.*, p. 345.

¹⁰⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 645.

¹⁰⁹⁹ A expressão é de autores do século XIX. *Idem*, p. 645.

¹¹⁰⁰ A preocupação jurídica com a ruptura unilateral do contrato já resultou em alguns mecanismos que tem maior ou menor efetividade, conforme o momento jurídico-político do País. Em geral, esses mecanismos servem para dificultar o ato nos aspectos jurídico e econômico e não propriamente para impedi-lo. Nesse sentido, as estabilidades no emprego que, no sistema nacional atual, são todas em caráter provisório e dependem de situações tópicas e delimitadas no tempo, que podem assegurar tanto o direito à reintegração ao emprego como à indenização dos salários do período de afastamento. Às estabilidades somam-se as indenizações trabalhistas. Esses mecanismos são necessários para que se concretize, ainda que em parte, o direito fundamental ao trabalho assegurado no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no art. 6º da Constituição Federal.

¹¹⁰¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*, p. 242.

trabalhador, garantiu a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)”. A inovação, que parece não ter sido corretamente assimilada pela doutrina e jurisprudência majoritárias resultou quase inoperante até os dias atuais¹¹⁰². A insistência em uma visão compartimentada do Direito, isolada entre os seus ramos, dos demais campos do conhecimento humano e da própria realidade social pode ser considerada um dos relevantes fatores dessa inoperância.

No Direito Internacional do Trabalho há um inspirador modelo de regulação de direitos fundamentais, especificamente voltado ao trabalho humano em nível mundial. Identifica-se na política social da OIT orientação no sentido de proteger o trabalhador e, especialmente, a relação de emprego, diante das ameaças constantes de precarização das condições de trabalho e avanço do desemprego. Por considerar que a rescisão contratual de iniciativa do empregador, em regra, constitui a este apenas um contratempo, ao passo que ao trabalhador e sua família pode significar instabilidade e miséria, promove estudos, pesquisas e debates, com importantes deliberações nesse campo¹¹⁰³.

O Direito do Trabalho – como todos os demais ramos infraconstitucionais – deve ser interpretado à luz do texto constitucional, para dele extrair diretrizes éticas e sua inerente normatividade. Interpretação mais humanizada de suas disposições leva a reconhecer que a solidariedade e a justiça social estão na base do art. 7º, I, para preservar “(...) os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, necessários a que se estabeleça um razoável equilíbrio entre os fatores de produção”¹¹⁰⁴. Nesta linha hermenêutica, o princípio da

¹¹⁰² Neste aspecto, defende-se que o art. 7º, I da Constituição acolheu a teoria da despedida flexível, que não proíbe as despedidas sem justa causa, mas exige, antes, que o empregador apresente motivos legítimos, como seriam os de razão disciplinar, técnica, financeira, econômica ou outros justificadores da medida. Apresentados e aceitos os motivos, a despedida poderá se concretizar, com todos os seus efeitos, inclusive pecuniários. Não apresentados os motivos, ou não aceitos como legítimos, a consequência seria a anulação do ato do empregador, ao que se abre as seguintes possibilidades: reintegração do empregado, readmissão, ou indenização capaz de repor a perda abrupta do contrato, soluções que podem ser previstas pelo ordenamento ou, enquanto não previstas, aplicadas pelo Poder Judiciário. SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Relação de emprego... *Op. cit.*, p. 168-179; SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Preservação da empresa e proteção ao trabalho: perspectiva constitucional, à luz da diretriz de tutela do ser humano. **In:** *Revista Jurídica* - Faculdades Integradas Curitiba. Curitiba, t. 3, n. 19, p. 103-147, 2006.

¹¹⁰³ Entre as deliberações está a que em 1982 resultou na adoção da Convenção 158, que trata do término da relação de emprego por iniciativa do empregador, sem justa causa, entre outros aspectos ligados à proteção do emprego. De acordo com o art. 4ª da Convenção o empregador obriga-se a motivar o término da relação de emprego em fatores considerados justos, que podem se relacionar: com a capacidade ou conduta do trabalhador, necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço ou aspectos de natureza econômica, tecnológica, estrutural ou análoga, sempre demonstrados, com garantia de defesa do empregado nos casos que envolvam a sua conduta ou desempenho. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em janeiro de 1995 e entrou em vigor no início de 1996. Pelas fortes reações que provocou no direito na política nacionais, já que atinge interesses econômicos, foi denunciada em 20/11/1996, com efeitos a partir de 20/11/1997.

¹¹⁰⁴ SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002, p. 234.

solidariedade respalda o intérprete do Direito e o Estado, especialmente por meio do Juiz, a interferir nas relações privadas para assegurar à parte mais frágil a preservação de seu direito fundamental ao trabalho, quando a ruptura se verificar sem motivos relevantes ou socialmente aceitos.

Entre as relações patrimoniais que se formam no espaço da produção convivem as existenciais. Estas têm amparo nos direitos de personalidade, muitas vezes ignorados ou negligenciados. Assim ocorre, entre outros exemplos, justamente quando o empregador, valendo-se do direito potestativo de despedir sem justa causa, toma determinado fator – ligado a origem, raça, opção sexual, gênero, deficiência – como determinante do ato de despedir, naturalmente sem decliná-lo, porquanto não está obrigado a motivar seu ato.

A despedida “sem justa causa”, na realidade, omite uma causa, que pode ser discriminatória, obstativa ou retaliativa, todas consideradas formas abusivas de romper os contatos. Para as decorrentes de atos de discriminação há proteção legal específica¹¹⁰⁵. Para muitas outras, aguarda-se atenção legislativa. Nestas hipóteses, cabe ao Poder Judiciário, com base no dever de proteção, respeito e consideração com o próximo que decorrem do princípio da solidariedade e na anomalia de um poder absoluto de apenas uma das partes da relação, coibir a conduta. Significa dizer que poderá intervir na vontade das partes (na hipótese, de uma delas) para anular o ato e restabelecer o necessário equilíbrio contratual. Esta perspectiva já tem fundamentado algumas decisões judiciais, no âmbito da Justiça do Trabalho¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ A Lei 9.029, de 13/04/1995 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal, e no art. 4º institui: “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/mulEI9029.htm>>. Acesso em 20.12.2010.

¹¹⁰⁶ DESPEDIDA ABUSIVA. SOLIDARISMO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO. PRINCÍPIOS DA PROIBIDADE E BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Presumindo-se a idoneidade, capacidade e experiência do empregado que permanece trabalhando por 29 anos na mesma empresa, há que se considerar abusiva a sua despedida imotivada, tendo em vista que a ordem jurídica constitucional brasileira hodiernamente consagra o *solidarismo*, expresso nos artigos 1º, III, 3º, caput, e 5º, V e X, da Constituição Federal, que, calcado na dignidade humana, limita o poder diretivo do empregador e impõe o dever de respeito e valorização da pessoa e do trabalho humano. Do solidarismo "lato sensu" decorre o solidarismo contratual, restritivo da autonomia da vontade, o que significa afirmar que os interesses individuais se subordinam ao interesse coletivo, que hoje se pauta na idéia de justiça social, devendo o contrato de trabalho, muito mais que as outras espécies de contrato, vincular-se à função social conferida aos contratos no artigo 421, do Código Civil de 2002, e, dessa forma, observar os princípios de proibidade e boa-fé (artigo 422). PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-05967-2008-021-09-00-5-ACO-37551-2009, 2ª Turma. Relatora Desembargadora: Ana Carolina Zaina. DJPR, 06.11.2009.

Visão contemporânea do contrato de trabalho não permite ignorar deveres inerentes ao princípio da solidariedade, como os de proteção, ajuda ao próximo e consideração de suas dificuldades. Há situações, nas relações de emprego, que chocam por serem abusivas e pelo grau de insensibilidade em algumas posturas empresariais individualistas e exclusivamente patrimoniais. Assim ocorre, por exemplo, quando o empregado, enfermo, com chances reduzidas de inserir-se de imediato no mercado de trabalho tem o contrato rompido abruptamente sob o manto da despedida sem justa causa. Situação fática desta natureza já inspirou julgado à luz do dever de solidariedade do empregador¹¹⁰⁷. Nestas situações, mostra-se prudente o juiz que, ao apreciar a situação controvertida “posta-se do outro lado da equação fática e examina também se os supostos da autonomia concorrem e se são bastantes para absorverem a (...) suposta subordinação”¹¹⁰⁸.

As situações existenciais que derivam do contrato impõem uma tutela diferenciada, especialmente quando as circunstâncias fáticas conduzem à violação de direitos de personalidade. A dignidade da pessoa humana deve ser o norte. Deve conduzir o comportamento das partes ao respeito mútuo e à preservação da integridade física e moral do outro.

DISPENSA ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA.SOLIDARIEDADE HUMANA. Conquanto o ato da dispensa do empregado esteja inserido no âmbito do poder potestativo do empregador, este não pode ser exercido de forma abusiva e discriminatória, encontrando limites na boa fé objetiva e nos princípios da igualdade e da *solidariedade humana*, insculpidos no artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal. Comprovada nos autos a necessidade de prorrogação de licença médica na data em que rescindido o contrato de trabalho sem justa causa, imperioso o reconhecimento da arbitrariedade patronal, porquanto passível a enfermidade de constatação em regular exame demissional ao qual estava obrigado. PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-00670-2008-072-09-00-6-ACO-18725-2009. 2ª Turma. Relatora Desembargadora: Rosemarie Diedrichs Pimpão. DJPR, 16.06.2009.

¹¹⁰⁷ TRABALHADOR ENFERMO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANOS MORAIS. A discriminação positiva marca uma mudança de postura do Estado que, em lugar de simplesmente proibir a discriminação, passa a adotar posturas reais, de obrigações positivas em favor dos grupos que encontram dificuldade para se impor ou sobre os quais recaem práticas discriminatórias. Trata-se de clara inspiração do *princípio da solidariedade* que pauta a substituição do Estado liberal pelo Estado social, interventor e promotor da igualdade. Já não basta apenas proibir a discriminação, mas, exigir ações positivas dos particulares e entes públicos em relação às minorias discriminadas. Nesse contexto é que se presume antijurídica a dispensa de trabalhador doente, de forma que o empregador deve demonstrar que houve outro motivo relevante para a rescisão. Circunstâncias discriminatórias, como as dos autos, são capazes de gerar abalo moral. Recurso a que se dá provimento, no particular, para reconhecer a ocorrência de despedida discriminatória e de abalo moral e condenar a ré ao pagamento de indenização. PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-04420-2007-670-09-00-0-ACO-30442-2009 – 2ª Turma. Relatora Desembargadora: Marlene T. Fuverki Suguiatsu. DJPR, 18.09.2009.

¹¹⁰⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. 356 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

Situações desrespeitosas no ambiente de trabalho, tendentes a humilhar, rebaixar, constranger, desestabilizar, ridicularizar a outra parte, especialmente o trabalhador subordinado, entre outras práticas análogas associadas ao assédio moral e a formas abusivas de administrar, são potencialmente ofensivas aos direitos de personalidade. A tutela da pessoa, em seus aspectos existenciais exige do julgador compromisso com o justo, o que compreende recorrer aos princípios corolários da dignidade da pessoa, entre os quais está o da solidariedade¹¹⁰⁹.

A exigência da solidariedade mais se evidencia nas relações de trabalho, no campo da responsabilidade civil. Acidentes e doenças laborais têm ocupado a pauta do Poder Judiciário em diversidade e frequência que impressionam. O drama do trabalhador enfermo, mutilado e em numerosos casos inválido, incapacitado por condições precárias de trabalho deve ser corajosamente enfrentado. É imprescindível, remanescendo capacidade laborativa, que primeiro se garanta o emprego. O infortúnio não pode configurar um castigo ao empregado que, por buscar meios de sobrevivência, padece, ao tempo em que promoveu riqueza e prosperidade ao empregador. Impõe-se a este, por dever de solidariedade, ao menos mantê-lo no emprego, como forma de aliviar o sofrimento causado e de impedir que uma possível seqüela dificulte nova atividade. Alguns julgados já caminham neste sentido¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁹ Neste sentido, o seguinte julgado: EXPOSIÇÃO A SITUAÇÃO VEXATÓRIA. ANOTAÇÃO DE ERROS DO EMPREGADO EM EDITAL. ABUSIVIDADE DO EMPREGADOR. VIOLAÇÃO AO DEVER DE BOA-FÉ. DANOS MORAIS. A conduta adotada pelo empregador de anotar erros cometidos pelos empregados em edital afixado em local visível a todos os trabalhadores da empresa caracteriza-se como ato abusivo, porque expõe os empregados a situação humilhante e vexatória. Tal prática implica a quebra dos deveres de boa-fé e de *solidariedade* que devem orientar as relações de trabalho, além de ser medida desnecessária e que afronta os padrões mínimos de razoabilidade. O dever de reparação do dano perante o direito privado nasce de um ato ilícito, aquele em que o agente contravém os ditames da ordem jurídica, ofende direito alheio e causa lesão a seu titular (...). Em hipóteses como a dos autos, a conclusão de que houve dano moral está vinculada à constatação de que o empregador causou prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao trabalhador no que diz respeito à sua honra, dignidade, boa fama ou outros direitos de personalidade. Recurso a que se nega provimento, para manter a condenação ao pagamento da indenização por danos morais. PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-07178-2007-014-09-00-0-ACO-00241-2011. 2ª Turma. Relatora Desembargadora: Marlene T. Fuverki Sugimatsu. DEJT, 18.01.2011.

¹¹¹⁰ INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Não se pode também ignorar que, sob o manto do Estado Democrático de Direito, deve prevalecer o caráter institucional da empresa como comunidade capaz de realizar plenamente sua destinação econômica e social, porém de um modo bem mais humano e *solidário*, para produzir prosperidades sociais (CF, art. 1º, incisos III e IV; art. 170). Nunca o contrário. É nesse sentido que transparece nitidamente o forte interesse social na observância das normas de segurança estabelecidas tendentes a evitar danos à pessoa do trabalhador. Assim, a ocorrência de dano à pessoa do empregado, em razão e por conta do trabalho executado em favor da empresa, tal como se deu no caso sub examine, configura violação de direito transindividual de ordem coletiva, em face da infração de normas de ordem pública e da afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, não há que se apurar a culpa do empregador, quando sua atividade, pela sua natureza, coloca em risco a integridade física e mental do trabalhador. Portanto, o fundamento da responsabilidade civil hodierna, no mundo do trabalho, não se restringe à prática de ato ilícito, mas repousa ainda no fato danoso sofrido pelo empregado em razão da própria atividade normalmente desenvolvida pela empresa (CC, art. 927, par. único). PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª

Os princípios da proteção e da solidariedade justificam a adoção da teoria da responsabilidade objetiva nas hipóteses de danos decorrentes das atividades laborais. Esta postura implica reconhecer, em definitivo, a insuficiência e a decadência do individualismo jurídico para solucionar problemas sociais¹¹¹¹. A propagação da responsabilidade objetiva no século XX pela adoção da teoria do risco, que decorre da própria atividade exercida e dos benefícios que dela se extraem significou a superação, em muitos casos, da necessidade de se identificar o culpado para assegurar tutela à vítima.

Afinada a princípios como o da valorização social do trabalho e o da dignidade humana a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se como solução ao habitual descompasso entre a existência de danos efetivos e a ausência de reparação, quase sempre pela impossibilidade da vítima demonstrar a culpa daquele que os causou. O que não mais se admite é que a vítima suporte os prejuízos e permaneça em desamparo, enquanto a atividade que lhe deu causa permanece a gerar lucros ao empreendedor e, quem sabe, a causar novas vítimas.

Numerosas situações de desconforto, angústias e sofrimento experimentados no ambiente de trabalho, além do que seria aceitável em uma relação contratual ensejam o dever de reparação, com fundamento, entre outros, no dever de solidariedade¹¹¹².

Região. TRT-PR-04205-2004-664-09-00-5-ACO-34037-2008. 2ª Turma. Relatora Desembargadora: Dinaura Godinho Pimentel. Gomes. DJPR, 23.09.2008.

¹¹¹¹ FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. cit.*, p. 135.

¹¹¹² (1...) 2. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO PELA SIMPLES OCORRÊNCIA DO FATOS. 2.1. O dano moral se configura pela mudança do estado psíquico do ofendido, submetido pelo agressor a desconforto superior àqueles que lhe infligem as condições normais de sua vida. 2.2. O patrimônio moral está garantido pela Constituição Federal, quando firma a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, estendendo sua proteção à vida, liberdade, igualdade, intimidade, honra e imagem, ao mesmo tempo em que condena tratamentos degradantes e garante a reparação por dano (arts. 1º, III, e 5º, -caput- e incisos III, V, e X). 2.3. No diálogo sinalagmático que se estabelece no contrato individual de trabalho, incumbe ao empregador proceder, tempestivamente, ao pagamento de salários (CLT, art. 459, § 1º). 2.4. O atraso reiterado no pagamento de salários claramente compromete a regularidade das obrigações do trabalhador, sem falar no próprio sustento e da sua família, quando houver, criando estado de permanente apreensão, que, por óbvio, compromete toda a vida do empregado. 2.5. Tal estado de angústia resta configurado sempre que se verifica o atraso costumeiro no pagamento dos salários - *damnum in re ipsa*-. 2.6. Ao contrário do dano material, que exige prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima a ensejar o pagamento de danos emergentes e de lucros cessantes, nos termos do art. 402 do Código Civil, desnecessária a prova do prejuízo moral, pois presumido da violação da personalidade do ofendido, autorizando que o juiz arbitre valor para o compensar financeiramente. 2.7. O simples fato de o ordenamento jurídico prever consequências jurídicas ao ato faltoso do empregador (a rescisão indireta do contrato de trabalho, com a condenação da empresa às reparações cabíveis nos termos dos arts. 483, -d-, e 484 da CLT) não prejudica a pretensão de indenização por dano moral, consideradas as facetas diversas das lesões e o princípio constitucional do *solidarismo*. Recurso de revista conhecido e desprovido. (3...). Recurso de revista não conhecido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 137400-04.2007.5.09.0562. 3ª Turma. Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 03.09.2010.

Pode-se argumentar, também, com um dos mais relevantes aspectos da relação de trabalho, que historicamente foi regulado pelas forças do capital: o tempo de trabalho, ou, em outras palavras, o tempo dos indivíduos no trabalho.

Afirma-se que a formação social e cultural dos povos civilizados, desde sua origem, estruturou-se predominantemente em função do trabalho. O trabalho integrou a existência humana e a perseguiu como uma fiel companhia ao longo dos tempos. Do homem caçador/colhedor do período paleolítico ao fazendeiro neolítico; do homem do regime laboral forçado do período escravista ao servo e artesão medieval; do operário da linha de montagem dos séculos XVIII e XIX ao executivo do século XX; e deste ao profissional da contemporânea era cibernética, todos trabalharam. Por milênios trabalharam sem limites objetivos no que se refere à intensidade e ao tempo.

É recente, na história da humanidade, o surgimento de normas jurídicas impositivas de limites razoáveis ao tempo destinado pelo homem ao trabalho¹¹¹³ e ainda assim, na prática, descumpridos. Karl MARX, no contexto social capitalista do século XIX já mostrava que “o valor da força do trabalho, como o de toda a mercadoria, é determinado pelo tempo de trabalho necessário à produção(...)”¹¹¹⁴. E, a natureza peculiar dessa “mercadoria específica”, a força de trabalho, faz com que o trabalhador adiante ao capitalista o valor de uso da força de trabalho, ou seja, ele “deixa consumi-la pelo comprador, antes de receber o pagamento de seu preço”. O comprador da força de trabalho a consome ao fazer trabalhar o seu vendedor. E porque a força de trabalho, especialmente naquele contexto, era literalmente “comprada”, o possuidor de dinheiro, que a pagava, tinha-a como bem que lhe pertencia. Daí as contundentes denúncias de MARX no sentido do comprador do trabalho submeter a força comprada a limites inumanos, a prolongar o tempo de uso do trabalho comprado até obter dele o maior

¹¹¹³ A história do Direito do Trabalho registra que antes do advento da indústria não havia regulamentação sistemática da duração do trabalho. Como ato isolado, a chamada Lei das Índias, em 1593, que vigorou na Espanha, dispôs que a jornada de trabalho não poderia ultrapassar a 8 horas, porém, de forma bastante restrita. As primeiras leis de alcance geral surgiram, primeiro, na Inglaterra, em 1847, para limitar a jornada de 10 horas, no que foi seguida pela França; e nos Estados Unidos da América, em 1868, que fixou a jornada em 8 horas. Na América Latina, o Chile foi o primeiro que, em 1908, regulamentou a jornada ao limite máximo de 8 horas, seguido de Cuba, em 1909 e do Uruguai em 1915. No Brasil, além do ato isolado de 1891, que após a abolição da escravidão regulou a jornada de 9 horas para trabalhadores meninos e de 8 horas para as meninas, a legislação só se ocuparia do tema a partir de 1932, para, gradativamente, estender a jornada máxima de 8 horas a todas as categorias de trabalhadores. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 621.

¹¹¹⁴ MARX, Karl. *O capital*. Tradução de: Regis Barbosa; Flávio R. Kothe. V. 1. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 137 [Coleção Os Economistas].

proveito possível, ainda que significasse esgotamento e espoliação da própria vida do prestador¹¹¹⁵.

MARX não sobreviveu para avaliar a repercussão de suas denúncias, que, com outros fatores, gradativamente levaram à instituição de leis limitadoras do tempo de trabalho. De qualquer forma, os primeiros limites impostos levaram-no a avaliar que, finalmente, começava-se a esclarecer “quando termina o tempo que o trabalhador vende e quando começa o tempo que a ele mesmo pertence”¹¹¹⁶.

A realidade denunciada por MARX, passados mais de dois séculos, ainda é marcante na sociedade produtiva atual. Os limites impostos pelos sistemas jurídicos ocidentais não contiveram a prática do excesso laboral. Ainda se trabalha sem tréguas e, em extraordinário número de casos, ao menos na realidade nacional, sem a devida contraprestação. Como observa István MÉSZÁROS, o modo historicamente único de reprodução do capital degrada o tempo. Assim ocorre porque sua forma própria de intercâmbio humano é conduzir-se à contínua expansão e esta se alcança na sociedade de troca “apenas por meio da exploração do tempo de trabalho”, especialmente do trabalho excedente, explorado ao máximo. Nesse sentido, a ordem social, como constituída, degrada o tempo histórico – tempo de vida tanto dos indivíduos como da humanidade – que se submete “à tirania do tempo reificado do capital, sem levar em conta as conseqüências”¹¹¹⁷.

Como os animais, o homem tem seu tempo de vida limitado. E porque, diferente dos animais, é capaz de estabelecer conscientemente, a si mesmo, objetivos particulares, estes só podem ser realizados e ampliados para além do universo produtivo na medida em que se conquista o “tempo livre”. Quando se submete um trabalhador a excesso temporal de trabalho se está usurpando, justamente, a possibilidade dele se reservar o necessário “tempo” ao desenvolvimento das potencialidades que marcarão, mais genuinamente, sua característica de humano.

O embrutecimento do homem pelo excesso de trabalho não se compatibiliza com a postura existencialista e humanista que inspirou o texto da Constituição federal brasileira de 1988. Daí decorrem os limites estabelecidos no seu próprio texto e a necessidade de constante atenção, para evitar que o tempo histórico do indivíduo seja degradado pelo avanço do tempo

¹¹¹⁵ Relatos extraídos de dados oficiais indicam, no *Capital*, a prática de se exigir trabalho dos operários, entre homens, mulheres e crianças, de 10, 12, 14, 16 ou mais horas de trabalho em um dia e o sofrimento daquela classe diante da exploração e dos demais abusos que relata. *Idem*, p. 178-229.

¹¹¹⁶ *Idem*, p. 229.

¹¹¹⁷ MÉSZÁROS, István. *O desafio e o fardo do tempo histórico: o socialismo no século XXI*. Tradução de: Ana Cotrim; Vera Cotrim. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 33 [Mundo do trabalho].

sem freios, imposto pelo sistema produtivo, no modelo capitalista predominante. O viés solidarista a que se fez referência, aplicável à relação de trabalho, atuará, nesta hipótese, como fundamento à limitação e à instituição de mecanismos inibidores de abusos.

Não se pode esgotar, em um estudo, as projeções da solidariedade nas relações laborais, nem o que seja contratação solidária. Ela se expressa, primeiro, pelo seu contrário, pois não é difícil saber quando uma postura contratual individualista e egoísta a ofende. Sem riscos de derivar a casuísmos, pode-se afirmar que a situação concreta da vida apontará a conduta solidária ou o seu contrário em uma relação contratual.

Em segundo, sua real dimensão deve ser encontrada na própria Constituição. O espírito personalista e humanista que a encarna torna imperativa a leitura das leis trabalhistas e das que subsidiariamente se aplicam a este ramo à luz desse espírito condutor. Será solidária a postura contratual que assegure condições e resultados equitativos às partes, que respeite os direitos, liberdades e situações existenciais das pessoas e que promova o bem estar não só material, mas nas suas mais elevadas dimensões. Ainda, que se firme como instrumento de respeito, atenção, cuidado, auxílio e cooperação com o outro, em todas as fases contratuais. A dignidade humana, consagrada na Constituição será o limite.

Por fim, deve-se buscar na premissa básica de que tudo o quanto se constrói, social e juridicamente, só pode servir a um propósito: a realização da pessoa, em todas as dimensões.

A se adotar no Direito do Trabalho uma linha hermenêutica aberta, expansiva e emancipável, à luz dos valores e princípios inseridos na Constituição federal, parece inevitável esta tendência: o trabalho há de ser analisado tendo em vista a pessoa que o executa e o valor e o respeito que lhe são inerentes; e, ser analisado em razão da capacidade criadora do homem, que se distingue dos outros animais justamente por sua habilidade de “produzir” arte e ciência¹¹¹⁸, de encarar o mundo como um conjunto de materiais ao seu dispor e moldá-lo conforme seus interesses. Esta especificidade do homem é um exemplo de ser por natureza.

Todos procuram um mundo melhor¹¹¹⁹, o que supõe pessoas, grupos e instituições melhores e uma ordem social mais justa, norteada pelo objetivo de respeito mútuo, solidariedade, paz e não violência.

Um Direito melhor, neste sentido, exige combate ao pensamento dogmático, como, também, uma forma de pensamento aberto, além de extrema humildade intelectual dos que interpretam e aplicam o Direito. Quanto mais se aprende sobre a vida e o universo, tanto mais

¹¹¹⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livro I. Tradução de: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2006, p. 43.

¹¹¹⁹ POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de: Teresa Curvelo. 3 ed. Lisboa: Fragmentos, 1992, p. 11.

consciente, pormenorizado e rigoroso se torna o saber, diante dos inúmeros problemas que surgem, ainda sem solução¹¹²⁰. Quanto mais se aprofunda o saber, tanto mais consciente e nítido se esboça “o nosso saber sobre aquilo *que não sabemos*, o nosso saber sobre a nossa ignorância”¹¹²¹ e sobre a possibilidade de erros.

Se a verdade das coisas está para além de toda autoridade humana, então as considerações expendidas nesta pesquisa devem ser recebidas como simples tentativa de acerto, como propostas de solução provisórias, como contribuições, que poderão se revelar errôneas e, quem sabe, superadas por conjecturas mais sólidas.

¹¹²⁰ *Idem*, p. 50.

¹¹²¹ *Idem*, p. 58.

7 CONCLUSÃO

A solidariedade é um dos valores mais importantes da sociedade contemporânea e um princípio jurídico, com atuação em todos os ramos do Direito. Antes de ganhar força como instrumento jurídico já fora colocada em prática em alguns segmentos sociais e teorizada por pensadores diversos, o que implica reconhecer as suas raízes religiosas, filosóficas e sociológicas. Nas duas primeiras perspectivas, assenta-se no dever de ajuda e amor ao próximo, no dever de humanidade, ou de se solidarizar ativamente com a sorte dos outros. Na Sociologia, deriva do inevitável caráter social humano e da dependência recíproca entre os homens, por serem todos considerados individualmente incompletos. Como promessa de justiça, constituiu um dos pilares da Revolução francesa, com a igualdade e da liberdade.

A sua dimensão jurídica se delineou com as primeiras formulações sobre o espaço social e o solidarismo no campo da Sociologia, na Europa do final do século XIX e início do século XX. A construção teórica do espaço social derivou em um novo campo de reflexão, o social, quando o Direito e a política passaram a ser concebidos com uma nova função simbólica e nova capacidade de ação. A solidariedade no sentido jurídico surgiria com referência não na natureza cósmica, nem na natureza humana, mas a partir da concepção de justiça social, na qual o Direito tem como referência a sociedade.

Revelada a solidariedade social ao Direito, propôs-se a sua atuação como fundamento da ordem social e jurídica e da construção da cidadania. Passou-se a sustentar a necessidade de se exigir do jurista o uso de método baseado tanto na observação dos fatos sociais ou das realidades fáticas compartilhadas pela humanidade, como na consideração de valores como o da justiça social. A solidariedade passou a compor um novo tipo de experiência jurídica, que toma o fato social como referência, o que exigiu a aproximação entre Sociologia e Direito e a criação da Sociologia jurídica.

No ambiente polêmico do saber jurídico do final do século XIX delinear-se os esforços de alguns juristas ligados ao pensamento sociológico, que procuravam superar contradições do discurso jurídico. Procurava-se um novo saber, que promovesse ruptura com a forma de análise e interpretação do Direito predominante. O direito de solidariedade seria a resposta. Seu programa de atuação significou a mudança almejada, por sua oposição ao formalismo e ao dogmatismo que tinham absorvido a maioria dos juristas e o rompimento com a Escola da Exegese, com o conseqüente rompimento com o voluntarismo e com o positivismo jurídico.

Pensadores solidaristas investigariam os fundamentos e os fins do Direito. Os laços de solidariedade social que unem os homens e que permitem a subsistência da vida em sociedade cobrariam regras de conduta a serem cumpridas por todos, regras que formam o direito positivo. Afirmou-se, com esse raciocínio, a solidariedade social como fundamento do Direito e a concepção deste fundada no dever. Essas considerações levaram a uma gradativa revisão do constitucionalismo liberal para transformá-lo em constitucionalismo social, que tem como marca uma postura ética capaz de promover justiça social e harmonizar juridicamente as esferas individuais e sociais das pessoas.

O direito de solidariedade representa um aspecto do pensamento jurídico ocidental atual, pois imbuído do mesmo grau de complexidade da sociedade contemporânea, que se abre à realidade da coexistência humana e a experiências pluralistas de Direito, com vistas a direcionar o Direito às pessoas e às suas reais necessidades. As correntes que propuseram ruptura com o modelo jurídico dominante aproximaram-se-iam, um pouco mais tarde, de idéias filosóficas que em meados do século XX contrapunham o individualismo à coexistencialidade humana. Entre elas, a filosofia da existência, o humanismo e o personalismo. Estas possibilitaram uma visão particular de Direito: o ser humano é considerado como bem supremo do Direito e este visto por uma concepção humanizada.

A afirmação da pessoa como centro das criações jurídicas, impulsionada pelo pensamento solidarista – junto com o existencialismo, o humanismo e o personalismo – e consagrada na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, significou, na realidade, o retorno da pessoa humana ao mundo do Direito. Afirma-se o retorno porque com a Modernidade, e a racionalidade que lhe caracterizou, a pessoa em suas necessidades concretas cedeu lugar ao sujeito de direito, impessoal e abstrato, desconsiderado no plano da realidade individual e social.

Analisar a relação entre solidariedade e Direito do ponto de vista dos Direitos fundamentais facilita compreender a sua transposição, como categoria metajurídica, a elemento de preocupação jurídica. Aos direitos de primeira geração (de liberdade) e de segunda geração (sociais, culturais e econômicos), somou-se no final do século XX a terceira dimensão, calcada na fraternidade ou solidariedade (direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, e ao patrimônio da humanidade). A partir desse marco Constituições de vários países passaram a incluir a solidariedade em seus textos.

No Brasil, a solidariedade ingressou no campo jurídico com a Constituição Federal de 1988, que definiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo do Estado (art. 3º, I). Como categoria jurídica, sua exata configuração ainda não se delineou,

porém, predomina a posição de que constitui um princípio geral, pelo qual se busca atingir o objetivo de igual dignidade social. Esta, em uma interpretação mais aberta, refere-se a mecanismos de tutela do dever de respeito a cada um e do direito das pessoas de serem colocadas em condições idôneas ao exercício das suas aptidões. Como princípio jurídico, a solidariedade reclama o reconhecimento de sua força normativa, capaz de tutelar o dever de respeito e de impor, por meio da ação criadora, interpretativa e integrativa das normas jurídicas condutas de responsabilidade e consideração pelos outros.

A solidariedade na Constituição assume a natureza de dever, passível, portanto, de ser exigida, dada a lógica de cooperação, de igualdade substancial e de justiça social que lhe move. Neste sentido, o art. 3º tem função promocional relativa aos direitos fundamentais e deve ser interpretado em consonância com o art. 170 da Constituição, que impõe limites jurídicos ao poder econômico para disciplinar a obtenção, a acumulação e o uso de riquezas em função de interesses sociais.

No Direito privado procura-se reavaliar conceitos filosóficos e políticos anteriores para aferir a validade de seus institutos nos dias atuais. Busca-se dar sequência às proposições jurídico-sociológicas que tentaram retirar as obrigações em geral e os contratos do plano da abstração, para que fossem inseridos no âmbito concreto das desigualdades e injustiças sociais. O Direito Civil contemporâneo caminha entre pontos de tensão com o que remanesce de uma herança individualista e patrimonialista e o que se propaga com a inserção de uma ordem constitucional repleta de valores voltados à proteção da pessoa, em especial à proteção de sua dignidade.

A comunicação que se estabeleceu entre Direito privado e ordem constitucional refletiu no tratamento jurídico dos contratos, para impor novos parâmetros. Estes permitem uma estrutura aberta, a ser preenchida não só por disposições que resultam de um acordo de vontades, mas também por prescrições legais imperativas e dispositivas e pela equidade. A tentativa de abandono da perspectiva individualista abriu espaço à solidariedade social, que impõe novo padrão de comportamento negocial, a exemplo da valorização da pessoa e da consideração das suas necessidades e dificuldades em todas as fases contratuais. Os deveres de respeito, auxílio, atenção, consideração com o outro e tutela da pessoa são alguns exemplos do influxo da solidariedade nas relações contratuais.

Nos contratos de trabalho, dadas as particularidades dessa forma de relação jurídica, aplicar a solidariedade significa extrair deles uma interpretação mais humanizada. Princípios como a dignidade da pessoa humana, justiça social e solidariedade parecem não colocar dúvidas sobre o que se deve considerar prioritário quando se contrapõe a liberdade de

iniciativa empresarial e o direito do trabalhador, primeiro, de obter trabalho; segundo, de obter trabalho digno e reconhecido em seu valor social; e terceiro, de assegurar, por meio do trabalho, especialmente sob a modalidade de emprego, todas as dimensões da vida humana. O regime instituído com a Constituição de 1988 não legitima uma ordem econômica em que a livre iniciativa sobrepuje o valor social do trabalho, sob pena de violação ao princípio da dignidade humana.

Se o Direito Civil propõe, hoje, a centralidade das pessoas e de suas necessidades fundamentais no sistema jurídico, para os fins de determinados efeitos jurídicos, não faz sentido que o Direito do Trabalho permaneça refratário a essa proposta. Com as relações patrimoniais que se formam no espaço da produção convivem as existenciais, que impõem uma tutela diferenciada, especialmente quando as circunstâncias fáticas conduzem à violação de direitos de personalidade. A dignidade da pessoa humana deve ser o norte. Deve conduzir o comportamento das partes contratantes ao respeito mútuo, à preservação da integridade física e moral do outro e ao dever de cooperação, de proteção, cuidado e auxílio em todas as fases contratuais.

O espírito personalista e humanista da Constituição federal de 1988, que se reflete no princípio da solidariedade há que fazer dessas condutas verdadeiras obrigações, passíveis de sanção. Será solidária, assim, a postura contratual que assegure condições e resultados equitativos às partes, que respeite direitos, liberdades e situações existenciais das pessoas e que promova o bem estar humano em todas as suas dimensões.

8 REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Bernadete Siqueira (Org.). *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2004 {Coleção Os Pensadores}.
- ACUÑA, José. Prólogo de la primera edición. **In:** DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005 {Colección Crítica del Derecho}.
- AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Tradução de: J. Oliveira Santos; A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 2000 {Coleção Os Pensadores}.
- _____. *Soliloquios; A vida feliz*. Tradução de: Nair Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995.
- _____. *Teoría dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALMEIDA, João Carlos. Antropologia da solidariedade. **In:** *Notandum*, Porto-PT, a. X, v. 14, 2007. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand14/joao.pdf>>. Acesso em 26.01.2009.
- ALONSO OLEA, Manuel. *Da escravidão ao contrato de trabalho*. Tradução de: Sebastião Antunes Furtado. Curitiba: Juruá, 1990.
- _____. *Introdução ao direito do trabalho*. Tradução de: Regina Maria Macedo Nery Ferrari [et al.]. Curitiba: Genesis, 1997.
- ALVES, Rubem. *A Solidariedade é!* 2008. Disponível em: <<http://palavrastodaspalavras.wordpress.com/2008/08/21/a-solidariedade-e-por-rubem-alves/>>. Acesso em 16.11.2009.
- AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução de: Alexandre Correia. 2 ed. Porto Alegre: Sulina; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. Disponível em: <<http://www.permanencia.org.br/drupal/node/8>>. Acesso em 27.01.2009.
- ARAÚJO, Vera. Economia de comunhão e comportamentos sociais. **In:** COSTA, Rui [et al.]. *Economia de Comunhão*. São Paulo: Cidade Nova, 1998.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco; Poética*. Livro II. Tradução, comentários e índice analítico de: Eudoro de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- _____. *Metafísica*. Livro I. Tradução de: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2006.
- _____. *Política*. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002 {Coleção A obra-prima de cada autor}.

ARNAUD, André-Jean [et. al.] (Direção). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Tradução de: Vicente de Paulo Barretto. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

ATO DOS APÓSTOLOS. **In:** BÍBLIA sagrada: novo testamento. São Paulo: Edição Pastoral. Disponível em: <<http://www.paulus.com.br/BP/PXV.HTM>>. Acesso em 16.09.2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). **In:** FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 9, jan/mar, 2002.

AZEVEDO, Priscila Gomes de. *Pierre Bourdieu e Charles Taylor: a construção social da pessoa. Virtú*, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/virtu/files/2009/11/6-Bourdieu-Taylor-UFJF.pdf>>. Acesso em 02.01.2009.

BACKX, Sheila de Souza. *Justiça social: contribuições para sua resignificação no âmbito do Serviço Social*. 2008. 287 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8132>. Acesso em 20.07.2010.

BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho: o trabalho na democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BALERA, Wagner. Direitos de solidariedade configuram cidadania mundial? **In:** *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, out., 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-12/direitos_solidariedade_configuram_cidadania_mundial>. Acesso em 27.11.2009.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. **In:** RAMOS, Carmem Lucia Silveira [et al.] (Org.). *Diálogos sobre o Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1924.

BARCELLONA, Pietro. Il soggetto di diritto. **In:** *Diritto privato e società moderna*. Napoli:

Jovene, 1996.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo-RS: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O triunfo inacabado do direito constitucional. **In:** *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan/mar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **In:** *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 28, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm#3.3>. Acesso em 04.10.2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. I.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução espanhola de: Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BÉLGICA. La Constitution Belge. 17.02.1994. Disponível em: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html#modif20070425>. Acesso em 26.05.2010.

BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. São Paulo: Loyola, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Tradução de: José Luís de los Mozos. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998.

BIGNOTTO, Newton. Escola Humanista. Verbete. **In:** BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo-RS: Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri-SP: Manole, 2007.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 2003.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. 07.02.2009. La Paz: U.P.S. Editorial, 2009.

BOMBASSARO, Luis Carlos. Educação e formação humana: breves considerações sobre os aspectos filosóficos do humanismo no Brasil atual. **In:** DAL RI JR, Arno; PAVIANI, Jayme. *Humanismo latino no Brasil de hoje*. Belo Horizonte: PUC/MG, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Contre-feux 2*. Paris: Raisons d'Agir, 2001.

_____. Efeitos do lugar. **In:** BOURDIEU, Pierre (Coord). *A miséria do mundo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

_____. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Tradução de: Mariza Corrêa. 9 ed. Campinas-SP: Papirus, 1996. Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=Z_ZMpcB4GTcC&pg=PA27&lpg=PA27&dq=%22BOURDIEU%22+%22Espa%C3%A7o+social+*+espa%C3%A7o%22&source=web&ots=zL7zUMp1yS&sig=uWtEQoEFIO-EHPRuJdkELPDmP0&hl=pt-BR&sa=X&oi=book_result&resnum=2&ct=result#PPA24,M1>. Acesso em 01.02.2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição Federal da República federativa do Brasil. 05.10.1988. CAHALI, Jussef Said (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRAY, Renato Toller; PAJOLA, Marcelo Tadeu; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. A cultura jusnaturalista de inspiração cristã no Brasil: justiça divina e justiça social. **In:** ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, 15, 2006, Recife. *Artigos publicados nos Anais do Recife-PE*. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_da_justica_renato_bray_e_outros.pdf>. Acesso em 28.10.2009.

BUSAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 8 ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____; _____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARIELLO, Bruno Vigneron; GODOY, Maximiliano Vieira Franco de; PEDRETE, Leonardo Amaral. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. **In:** *Revista Habitus - IFCS/UFRJ*. Rio de Janeiro. v. 2, n. 1, 2004. Disponível em: <<http://www.ifcs.ufrj.br/~habitus/pdf/2brunomaxleo.pdf>>. Acesso em 20.11.2009.

CARRIÈRE, Jean-Claude; DELUMEAU, Jean; ECO, Umberto; GOULD, Sephen Jay. *Entrevistas sobre o fim dos tempos*. Entrevistadores: Catherine David e Frederic Lenoir. Tradução de: José Laurenio de Melo. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA. Nice, 2002. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 10.07.2010.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981, v. 1.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CATHARINO, José Martins. *Compendio de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 3 ed. São Paulo: Ática, 1995.

COELHO, Nelly Novaes. Ternura, compaixão e solidariedade. **In:** CARVALHO, Edgard. *Ética, solidariedade e complexidade*. São Paulo: Palas Athena, 1998.

COLÔMBIA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. **In:** CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS AMERICANOS, 9. Bogotá, abril de 1948. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/declaracao_americana_dos_direitos_e_deveres_do_homem.pdf>. Acesso em 30.05.2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. Tradução de: José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978 {Coleção Os Pensadores}.

_____. *Discurso sobre o espírito positivo*. Tradução de: José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1978 {Coleção Os Pensadores}.

CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1977.

COSTA, Rui [et. al]. *Economia de Comunhão*. 2 ed. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRISPIM, Luiz Augusto. O direito contemporâneo e a era dos princípios. **In:** *Prima Facie - Direito, História e Política*. João Pessoa, v. 2, n. 2, jan/jun, 2003. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/viewFile/4406/3320>>. Acesso em 10.02.2010.

CUNHA, José Ricardo. Direito e complexidade: ciência, incerteza e pluralidade. **In:** BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo-RS: Unisinos, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1952, v. 195.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. Esboço de 1842. Rio de Janeiro: Clássicos Econômicos Newton, n/d.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

DENNINGER, Erhard. L' impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee. **In:** IORIO FILHO, Rafael M.; SILVA NETO, Francisco da Cunha e. *Solidariedade, diversidade e segurança: os novos paradigmas do constitucionalismo ocidental*. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14, 2006, Fortaleza. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2006. v. 1. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Rafael%20M.%20Iorio%20Filho%20e%20Francisco%20da%20Cunha%20e%20Silva%20Neto.pdf>>. Acesso em 01.02.2009.

DUGUIT, Leon. *Le droit constitutionnel et la sociologie*. Paris: Armand Colin et Cie. Éditeurs, 1889. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Les transformations générales du droit privé depuis de le Code Napoleon*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

_____. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005 {Colección Crítica del Derecho}.

_____. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris: A. Fontemoing, 1927, t. I.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de: Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000 {Coleção Os Pensadores}.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Da divisão social do trabalho*. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de principio*. Tradução de: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. Tradução de: Eliana Aguiar. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

_____. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. Lisboa: Presença, 1977.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do trabalho*. Tradução de: René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: formação do Estado e Civilização*. Tradução de: Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, v. 2.

ENGELS, Friedrich. *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. São Paulo: Moraes [19--].

_____; MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Global, 1981.

ESPAÑA. Constitución Española. 29.12.1978. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acesso em 26.05.2010.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de: António Fernando Cascais. 2

ed. Lisboa: Vega, 2000.

FACHIN, Luís Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FELIPE, Sônia. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. **In:** OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; SOUSA, José Maria Arruda de (Org.). *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. 1 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 2 ed. Trujillo: Normas Legales, 1995.

FERRARA, Luigi. *Intuizione di diritto privato: parte generale*. Torino: Unione Tipografico; Editrice Torinese, 1939.

FERRARI Irany [et. al.]. História do Trabalho. **In:** *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*, em homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: LTr, 1998.

FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

FERREIRA, Antonio Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re)pensar o direito das relações laborais. **In:** SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). *A globalização e as ciências sociais: solidariedade internacional e direitos dos trabalhadores*. São Paulo: Cortez, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2010. Disponível em: <<https://dicionario.trt9.jus.br/aurelio/home.asp>>. Acesso em 20.01.2009.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex Livros, 1989, v. I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. I.

FIEDLER-FERRARA, Nelson. Ciência, ética e solidariedade. **In:** CARVALHO, Edgard. *Ética, solidariedade e complexidade*. São Paulo: Palas Athena, 1998.

FILIPE, António. *Espaço social e a lógica das classes*. 13 de abril de 2008. Disponível em: <<http://sociologando.wordpress.com/2008/04/13/espaco-social-e-a-logica-das-classes/>>. Acesso em 02.01.2009.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. Artigo. **In:** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n.

165, jan/mar, 2005.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Prefácio. Tradução de: Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANÇA. Constitution. 04.10.1958. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-de-1958.5074.html>>. Acesso em: 26.05.2010.

_____. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.htm>. Acesso em 30.01.2009.

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. **In:** *Tempo Social - Revista de Sociologia*, São Paulo: USP, 1 (2), 2 semestre, 1989. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/pdf/vol01n2/a%20questao.pdf>>. Acesso em 15.08.2010.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. Tradução de: Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GÂMBIA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. **In:** CONFERÊNCIA MINISTERIAL DA ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Banjul, janeiro de 1981. Capítulo II. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em 30.05.2010.

GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. 6 ed. Napoli: ESI, 1996.

GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Parte I. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 95-99. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GERNET, Louis. *Anthropologie de la Grèce antique*. Paris: Maspero, 1976.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **In:** *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 87, n. 747, jan, 1998.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Revista Atualizada e Aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. BRITO, Evaldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008. _____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7 ed. São Paulo:

Malheiros, 2002.

_____. Um Novo Paradigma dos Contratos? **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, a. 2, v.5, jan/mar, 2001.

GURVITCH, Georges, *L’Idée du Droit Social: notion e système du droit social*. Historie doctrinale depuis le XVIIIème Siècle jusqu’à la Fin du XXème Siècle. Paris: Recueil Sirey, 1932. **Apud:** BALERA, Wagner. Direitos de solidariedade configuram cidadania mundial? **In:** *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, out., 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-out-12/direitos_solidariedade_configuram_cidadania_mundial>. Acesso em: 27/11/2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de: Marcos Augusto Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de: Tomaz da Silva; Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HAURIUO, Maurice. *Leçons sur le Mouvement Social*. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Les facultes de Droit et la sociologie*. Paris: E. Thorin et Fils, 1893. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Police Juridique et fond du Droit*, p. 190. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Principios de Derecho publico x constitucional*. Libro Primero. 2 ed. Madrid: Réus, 1927.

_____. *Teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução de: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008.

HEGEL, Georg W. F. *Fenomenologia do espírito*. Tradução de: Paulo Menezes. Petrópolis-RJ: Vozes, 1992, v. I e II.

HESÍODO. *Os trabalhos e os dias*. Primeira Parte. Introdução, tradução e comentários de: Mary de Camargo Neves Lafer. São Paulo: Iluminuras, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. TUCK, Richard (Org.). Tradução de: João Paulo Monteiro [et. al]. São Paulo: Martins Fontes, 2003 {Clássicos Cambridge de Filosofia Política}.

HOLTON, Gerald. *L’invention scientifique: themata et interprétation*. Paris: PUF, 1982.

HUISMAN, Denis. *Dicionário de Obras Filosóficas*. Tradução de: Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). *Encíclica Rerum Novarum*. Roma,

Vaticano, 1891. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 11.10.2009.

_____. Papa (1922-1939: Pio XI). *Carta Encíclica Divini Redemptoris*. Roma, Vaticano, 19 de março de 1937. Disponível em: <http://permanencia.org.br/revista/politica/comunismo/Divini%20Redemptoris.pdf>>. Acesso em 02.12.2009.

_____. Papa (1958-1963: João XXIII). *Carta Encíclica Pacem in Terris: a paz de todos os povos, na base da verdade, justiça caridade e liberdade*. Roma, Vaticano, 11 de abril de 1963. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html>. Acesso em 03.12.2009.

_____. Papa (1963-1978: Paulo VI). *Carta Encíclica Populorum Progressio*. Roma, Vaticano, 26 de março de 1967. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html>. Acesso em 03.12.2009.

_____. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Carta Encíclica sobre o trabalho humano: Laborem Exercens*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 1981.

_____. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Mensagem para a celebração do XXXVIII Dia Mundial da Paz*. Roma, Vaticano, 08 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20041216_xxxviii-world-day-for-peace_po.html>. Acesso em 02.12.2009.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de: Peitro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **In:** *Rivista di Diritto Civile*. Padova, a. 43, n. 2, mar/apr, 1997.

ITÁLIA. Il Codice Civile Italiano. 16.03.1942. Disponível em: [http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)>. Acesso em 31.07.2010.

_____. Costituzione della Repubblica Italiana. 22.12.1947. Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/constituzione.pdf>>. Acesso em 26.05.2010.

JEFFERSON, Thomas. *Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América*. Congresso Geral, 4 de julho de 1776. Disponível em:

<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 30.01.2009.

JORNAL GAZETA DO POVO. *A disposição para ajudar*. Caderno de Ciência. Comportamento. Curitiba, 12 de dezembro de 2009.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. 2 ed. Bauru-SP: EDIPRO, 2008 {Série Clássicos Edipro}.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LA CUEVA, Mario de. *Panorama do Direito do Trabalho*. Tradução de: Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969.

LAFER, Mary de Camargo Neves. Introdução. **In:** HESÍODO. *Os trabalhos e os dias*. Primeira Parte. São Paulo: Iluminuras, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia da Administração*. São Paulo: Atlas, [19-].

LAKATOS, Imre. O falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica. **In:** LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1979.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de: Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid: EDERSA, 1958.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Instituto Calouste Gulbenkian, 1997.

LAROUSSE CULTUAL, Grande Enciclopédia. São Paulo: Círculo do Livro, 1993, v. 21.

LÉVY, Pierre. *Limiares do contemporâneo*. Entrevista. COSTA, Rogério da (Org.). São Paulo: Escuta, 1993.

LÉVY-BRUHL, Henry. *Sociologia do direito*. Tradução de: Teruka Minamissawa. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao direito moderno*. 4 ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2001.

_____. *O problema do trabalho: ensaio de filosofia econômica*. Rio de Janeiro: Agir, 1947, t. 20 {Obras Completas de Alceu Amoroso Lima}.

LINTON, Ralph. *O Homem: uma introdução à antropologia*. Tradução de: Lavinia Vilela. 10 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1976.

LIPARI, Nicolò. Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà. **In:** *Rassegna di Diritto Civile*. Napoli, n. 1, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Alas, 2008.

_____. Contrato e Mudança Social. **In:** *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 84, v. 722, dez, 1995.

_____. Os novos princípios contratuais. **In:** MATOS, Ana Clara Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de: Magda Lopes; Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994 {Coleção Clássicos do Pensamento Político}.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições preliminares*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUCARRELI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1970.

LUCAS, Javier de. *El concepto de solidaridad*. 1 ed. Colonia del Carmen-México: Fontamara, 1993.

LUCKACS, John. *O fim de uma era*. Tradução de: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANSFIELD, Edwin. *Microeconomia: teoria e aplicações*. Tradução de: José Edgard da Mota Freitas; Mario da Fonseca Gelli. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de: Maria Lúcia Cumo. 19 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006 {Coleção Leitura}.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem*. Tradução de: Afrântio Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967 {Coleção Sagarana}.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARQUES, Ramiro. Certo e errado na ética da virtude e na ética deontológica: implicações educativas. **In:** *Interações*, Santarém-PT, n. 5, 2007. Disponível em: <<http://nonio.eses.pt/interaccoes/artigos/E5.pdf>>. Acesso em 25.01.2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Introdução geral. 2 ed. Tomo I, v. V. TEIXERA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. **In:** FRANCIULLI NETTO, Domingos [et. al.] (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, São Paulo: LTr, 2003.

MARX, Karl. *O capital*. Tradução de: Regis Barbosa; Flávio R. Kothe. V. 1. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 [Coleção Os Economistas].

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

MATHEUS. **In:** BÍBLIA sagrada: novo testamento. São Paulo: Edição Pastoral. Disponível em: <http://www.paulus.com.br/BP/_PVS.HTM>. Acesso em 16.09.2009.

MBAYA, Etienne-Richard. *Menschenrechte im Nord-Sued Verhältnis*. Manuscrito. **In:** BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? **In:** FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENESES, Tobias Barreto de. Um discurso em mangas de camisa. **In:** *A questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1977.

MÉSZÁROS, István. *O desafio e o fardo do tempo histórico: o socialismo no século XXI*. Tradução de: Ana Cotrim; Vera Cotrim. São Paulo: Boitempo, 2007 [Mundo do trabalho].

MIESES, Ludwig von. *O mercado*. Rio de Janeiro: José Olympio / Instituto Liberal, 1987.

MONDIN, Battista. *O humano filosófico de Tomás de Aquino*. Tradução de: Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Alas, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. O princípio da solidariedade. **In:** MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de: Maria D. Alexandre; Maria Alice Sampaio Dória. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

_____. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Tradução de: Juremir Machado da Silva. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. Tradução de: João Bernard da Costa. 3 ed. Lisboa: Moraes; Santos-SP: Martins Fontes, 1974.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NICOLADELI, Sandro Lunard. *Direito e autogestão: a solidariedade como elemento indutor de uma outra economia*. Curitiba: Instituto Memória, 2009.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- OIT. *Trabalho Decente*. 2004. Disponível em: <http://www.oit.org.br/topic/decent_work/trab_decente_2.php>. Acesso em 21.01.2009.
- ONU. *Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados*. Documento das Nações Unidas. Assembleia Geral. Vigésima Nona Seção, dezembro de 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/index.htm>>. Acesso em 01.06.2010.
- _____. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 30.01.2009.
- PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. *História da filosofia*. 4 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. III.
- PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. **In:** TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Alas, 2008.
- _____. *Il diritto privato futuro*. Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 1993.
- _____. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Camerino: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell' Università di Camerino, 1982.
- _____. *Mercato, Solidarietà e diritti umani*. **In:** *Rassegna di Diritto Civile*. Napoli, n. 1, 1995.
- _____. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito civil constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental: uma história concisa*. Tradução de: Waltensir Dutra; Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PERU. *Constitución Política del Peru*. 31.10.1993. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em 26.05.2010.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução de: Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. **In:** CARVALHO, Luciana Paula Vaz; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. I.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIRATELI, Marcos Roberto. *Santo Agostinho e as respostas sobre a existência humana: educação para santificar o homem*. 2006. 225 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, 2006. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2006-Marcos_Pirateli.pdf>. Acesso em 25.01.2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de: Wagner D. Giglio; Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1993.

PLATÃO. *A República – Obra Completa*. Livro I. Tradução de: Ciro Mioranza. 2 ed. São Paulo: Escala, 2007.

_____. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 {Coleção Os Pensadores}.

POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de: Teresa Curvelo. 3 ed. Lisboa: Fragmentos, 1992.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de emprego: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. 2008. 356 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 02.04.1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 26.05.2010.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*. Oeuvres complètes. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1930, v. I. **Apud:** FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Sistema das contradições econômicas ou filosóficas da miséria*. Tradução de: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2003 {Coleção Fundamentos da Filosofia}.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de: Luís Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979 {Coleção Studium}.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Introdução à primeira edição. **In:** BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997

_____. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedade y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. 3 ed. Porrúa-México, 1952.

RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. **In:** CARVALHO, Luciana Paula Vaz; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de: Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982 {Coleção Os Pensadores}.

RIDLEY, Matt. *As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

RODRIGUES, José Albertino. *Durkheim - Sociologia*. São Paulo: Ática, 2005 {Coleção Grandes Cientistas Sociais}.

ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. 2 ed. Sansoni-Firenze: Officine Grafiche Fratelli Stianti, 1945.

ROMITA, Arion Sayão. *A declaração da OIT sobre a justiça social*. **In:** *Revista LTr. - Suplemento Trabalhista*. São Paulo, a. 45, n. 43, 2009.

ROTTERDAM, Erasmo da. L'educazione precoce e liberale dei fanciulli (Declamatio de pueris statim ac liberaliter instituendis). **In:** *La formazione cristiana dell'uomo*. Milano: Rusconi, 1989.

ROUANET, Luiz Paulo; CRUZ, Elisa Pires da. Hermenêutica constitucional e justiça social: uma análise à luz da teoria da justiça como equidade de John Rawls. **In:** *Revista Jurídica – PUC Campinas*, Campinas, v. 23, n. 2, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobre as ciências e as artes*. Tradução de: Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 18, abr/jun, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1.

_____. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. **In:** SOUTO, Claudio; FLACÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980.

_____. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. Lisboa: Gradiva, 1998.

SANTOS, Genivaldo de Sousa. *O conceito de humanismo nas diretrizes curriculares nacionais para o ensino médio*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de São Paulo, Campus Marília, Marília-SP, 2008. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/Educacao/Dissertacoes/santos_gs_ms_mar.pdf>. Acesso em 13.07.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana - Parte I. **In:** BARRETTO, Vicente

de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo-RS: Unisinos, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução de: Vergílio Ferreira. Lisboa: Presença, 1964.

_____. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de: Paulo Perdigão. 16 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito subjetivo: uma perspectiva crítica. **In:** *Revista Jurídica Themis*. Curitiba, n. 8, 1995-96.

SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. Tradução de: William Lagos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **In:** *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, abr/jun, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMITH, Adam. *Riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e causas*. Tradução de: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981.

SOARES FILHO, José. *A proteção da relação de emprego: análise crítica em face de normas da OIT e da legislação nacional*. São Paulo: LTr, 2002.

SOBOUL, Albert. *Description et mesure: histoire sociale, sources et méthodes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967. **Apud:** OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Tradução de: Regina Maria Macedo Nery Ferrari [et al.]. Curitiba: Genesis, 1997.

SOMÁVIA, Juan. OIT. *Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa*. Prefácio. Conferência Internacional do Trabalho. 97ª Sessão. Genebra, 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em 10.11.2009.

SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Gestão empresarial, qualidade e excelência e o direito do trabalho: da produção eficiente ao trabalho decente. **In:** ALMEIDA, Ronald Silka (Org.). HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). *Estado & atividade econômica: o direito laboral em perspectiva - estudos em homenagem ao Prof. Dr. Julio Assumpção Malhadas*. Curitiba, Juruá, 2010, v. II.

_____. Preservação da empresa e proteção ao trabalho: perspectiva constitucional, à luz da diretriz de tutela do ser humano. **In:** *Revista Jurídica - Faculdades Integradas Curitiba*.

Curitiba, n. 19, t. 3, 2006.

_____. Relação de emprego e (des)proteção contra despedida arbitrária e sem justa causa: o art. 7º, I da Constituição. **In:** ALMEIDA, Ronald Silka de (Org.). HASSON, Roland; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.). *Direito constitucional do trabalho: vinte anos depois*. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008.

SUÍÇA. Code Civil Suisse. 10.12.1907. Disponível em:

<[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf)>. Acesso em 30.07.2010.

_____. Costituzione Federale della Confederazione Svizzera. 18.04.1999. Disponível em:

<<http://www.admin.ch/ch/i/rs/101/ani1.html>>. Acesso em 26.05.2010.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo [et. al.]. *Instituições de direito do trabalho*. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 1.

TARNAS, Richard. *A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo*. Tradução de: Beatriz Sidou. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

TEIXEIRA, Aloísio. *Mercado e imperfeições de mercado: o caso da assistência suplementar*.

In: *Cadernos de Saúde Suplementar: 2 Ciclo de Oficinas*. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/objeto_regulacao/AA4.pdf>. Acesso em 10.09.2010.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Estado e a justiça social. **In:** ENCONTRO IBERO-AMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO, 5., 1991, México. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, 1992, v. 56, n. 4.

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de proteção ao consumidor. Editorial. **In:** *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 5, jan/mar, 2001.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. **In:** FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? **In:** GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. Solidariedade e Justiça Fiscal. **In:** CARVALHO, Maria Augusta Machado de (Coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Florence, 1998.

TOURRAINE, Alain. *La société post-industrielle*. Paris: Daniel-Gonthier, 1969.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Prefácio à obra de Jayme Benvenuto Lima Junior. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UBILLOS, Juan Maria Bibao. En qué medida vinculan a los particulares dos derechos fundamentales? **In:** SARLERT, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e*

direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VASAK, Karel. *Léçon Inaugurale. Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité*. Instituto Internacional dos Direitos do Homem. Estrasburgo, 1979. **In:** BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VEGA MERE, Yuri. Prologo a la segunda edición. **In:** FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y persona*. 2 ed. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Tradução de: Ciro Mioranza. Ijuí-RS: Unijuí, 2006.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de: Waltensir Dutra. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da idéia de solidariedade. **In:** *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 11, n. 1, jan/jun, 2008. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/viewArticle/4757>>. Acesso em 27.11.2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado*. 2 ed. Tradução de: Atonio Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. **In:** WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.