

Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*

Dr. Cláudio Michelon

Doutor em Direito. Professor nas Faculdades de Direito da PUC/RS e da UFRGS.

I - Introdução

Um dos requisitos para que qualquer investigação possa ser considerada uma investigação racional é que ao início da análise o investigador tenha uma certa noção sobre o que será o resultado final da investigação. Toda a investigação racional supõe, portanto, aquilo que Aristóteles chamaria de uma *arché*. A importância da *arché* no processo investigatório decorre do fato de que ela dá o norte da investigação e estabelece um critério último para decidir qual das diversas teorias sobre fenômeno oferece a melhor explicação. Sem uma *arché* é impossível avaliar o progresso de uma investigação e os investigadores procedem sem rumo produzindo teorias incomensuráveis sobre o problema investigado¹. O presente trabalho pretende ser uma contribuição para o debate sobre a *arché* do direito privado, ou seja, uma contribuição para o debate sobre o que

precisamente estaremos descobrindo quando, e se, a investigação de um problema de direito privado for concluída com êxito².

Dois são os problemas centrais no debate sobre a *arché* do direito privado. Em primeiro lugar, não há clareza sobre quais são as concepções rivais de *arché* para o direito privado. Em diferentes momentos históricos concepções da *arché* do direito privado foram tão largamente dominantes que frequentemente parecia àqueles envolvidos com a prática do direito privado não haver qualquer alternativa à concepção dominante. Assim, durante o período em que predominou a concepção da investigação sobre o direito privado como uma investigação sobre a melhor forma de garantir a autonomia dos indivíduos (o que chamarei de concepção autônômica) era difícil perceber qualquer alternativa à autonomia da vontade como princípio fundante do direito privado.

* Eu gostaria de agradecer aos professores Judith Martins-Costa, Félix Lamas, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Leandro Martins Zanitelli e Luis Fernando Barzotto e também aos meus alunos na disciplina de *Temas de Filosofia do Direito* (ministrada no curso de doutoramento da Universidade federal do Rio Grande do Sul no segundo semestre de 2001) pelas críticas e sugestões recebidas.

¹ Essa 'falta de rumo' e a incomensurabilidade que resulta dela é uma das características mais problemáticas da razão prática na modernidade. O que esse artigo propõe é tratar o direito privado (ou ao menos as áreas da reflexão tradicionalmente cobertas pelo direito privado) como instâncias da razão prática (aquela forma de razão cujo resultado é uma ação), ao invés de instâncias da razão teórica (aquela forma de razão cujo resultado é uma conclusão sobre o que é o caso. Não é surpreendente, portanto, que a 'falta de rumo' e a conseqüente incomensurabilidade que resulta dessa falta de rumo sejam também encontradas na reflexão sobre o direito privado.

² Pela expressão 'direito privado' quero dizer simplesmente 'aquele conjunto de problemas tradicionalmente considerados como problemas de direito privado'. Como ficará claro nas seções III e IV, é mesmo discutível se existe uma *arché* comum a todos os problemas de direito privado.

Hoje, a afirmação de que o direito privado deve servir à realização do homem como um meio que não tem valor em si mesmo é também frequentemente, considerada um truismo³.

A primeira forma como o presente artigo pretende contribuir para o debate é através de um mapeamento de algumas das concepções rivais da *arché* do direito privado. Serão identificadas três concepções rivais, nomeadamente, a concepção baseada na idéia de autonomia, a concepção funcionalista e a concepção aristotélica-tomista. A segunda forma como o presente artigo pretende contribuir para o debate é através de uma defesa da consistência interna da perspectiva aristotélica. Ou seja, esse artigo pretende demonstrar que a concepção funcionalista não é obviamente verdadeira, através da apresentação de uma concepção alternativa que também é internamente consistente e que não leva a resultados inaceitáveis⁴.

No processo de me desincumbir dessas duas tarefas eu não pretendo separá-las. Eu pretendo que as diferentes concepções da *arché* do direito privado fiquem claras a medida que eu vou apresentando minha defesa da consistência da concepção aristotélica.

II - Funcionalismo

A melhor maneira de introduzir a concepção de contrato e de direito privado que eu pretendo defender nesse artigo é proceder por oposição, apresentando uma concepção rival de contrato e de direito privado. A

concepção rival, chamemo-la, seguindo Weinrib, de concepção funcionalista, concebe todas as instituições de direito privado como sendo instrumentos para a persecução de um objetivo socialmente desejável⁵. Assim,

[o] que o funcionalismo propõe não é tanto uma teoria do direito privado, mas uma teoria dos objetivos sociais na qual o direito privado pode ou não ser integrado.⁶

Dai decorre a negação de que exista um conjunto de regras de justiça diretamente aplicáveis aos institutos de direito privado que, como alicates e chaves de fenda, serviriam somente como meios para atingir objetivos definidos independentemente deles. Em outras palavras, a negação de que existam critérios de justiça internos à relação de direito privado.

A concepção funcionalista dos institutos de direito privado é atrativa por diversas razões. Em primeiro lugar, da adoção da concepção funcionalista segue-se que a diferença entre direito público e direito privado torna-se irrelevante. Como consequência, desaparece a necessidade de uma teoria da justiça que dê conta da necessidade de uma distinção entre direito público e de um direito privado. Assim, tanto a prática do direito quanto a teoria da justiça que justifica o engajamento com a prática do direito seriam unificados em uma teoria geral dos objetivos sociais almejados. A questão central para a compreensão do direito privado passa a ser então uma questão externa ao direito privado, a saber: quais são os objetivos sociais a serem alcançados. Essa questão determinará o design de todas as instituições sociais, inclusive da

³ Weinrib, *The Idea of Private Law* Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 4

⁴ Esses resultados só podem ser julgados inaceitáveis se estão em direto conflito com os *topoi* (lugares comuns compartilhados) que servem como o ponto de partida para a reflexão filosófica.

⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, p. 3

⁶ op. cit., p. 4.

instituição social que chamamos direito privado, já que o valor (e o conteúdo) do direito privado seria simplesmente instrumental em relação à objetivos sociais comuns a serem alcançados pela comunidade.

A atratividade das concepções funcionalistas de direito privado pode ser comprovada tanto pelo largo curso de teorias gerais do direito que pretendem-se aplicáveis também ao direito privado (como a teoria econômica do direito de Posner⁷ e de Calabresi⁸ ou a teoria funcionalista do direito privado de Gierke⁹), como por particulares concepções de alguns institutos jurídicos em luz funcionalista, como a concepção da propriedade segundo a sua função social e, mais recentemente, a concepção do contrato como possuindo uma função social (conforme o que está consagrado no art. 420 no recentemente aprovado Projeto Brasileiro de Código Civil).

Uma razão para a força do funcionalismo reside no fato de que o funcionalismo surge historicamente em oposição ao paradigma anterior do direito privado, ou seja, à concepção do direito privado como garantidor da autonomia da vontade (doravante denominada simplesmente 'concepção autônômica'). A rigor as duas concepções não são excludentes, já

que diversos argumentos a favor da concepção de direito privado como garantidor da autonomia da vontade foram justificados com base em argumentos funcionalistas. J. Ghestin arrola alguns desses argumentos, quando afirma que:

Le principe d'autonomie de la volonté s'impose alors par son utilité sociale. La loi économique de l'offre et de la demande répondra nécessairement à l'intérêt général. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique il faut écarter toutes les entraves à la liberté contractuelle. C'est le principe du "laissez faire, laissez passer", que complète implicitement le laisser contracter.¹⁰

Seria interessante identificar o quanto justificativas funcionalistas influenciaram a formação do princípio da autonomia da vontade, já que uma fundamentação alternativa do princípio da autonomia da vontade pode ser encontrada no coração da filosofia moderna. A filosofia política e social moderna pode ser compreendida como uma tentativa de oferecer uma resposta para o problema de como viver adequadamente em uma sociedade pluralista. A solução em voga nos séculos XVIII e XIX, e que ainda é uma forte tendência da filosofia política contemporânea é encontrada na idéia de tolerância¹¹, ou seja, na idéia de que todos

⁷ O funcionalismo permeia toda a obra de Richard Posner. Em sua obra seminal *Economic Analysis of Law* (5th ed. 1998) a perspectiva funcionalista é um pressuposto de todo o argumento. Posner chegou a questionar a existência do direito como uma disciplina autônoma (em 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' *Harvard Law Review* (1987), p. 761. Posner, ao contrário de outros adeptos do movimento 'Law and Economics', não concebe a visão econômica do direito como uma ferramenta útil na análise do direito, mas sim como a única perspectiva possível para a compreensão do direito.

⁸ Para exemplificar a defesa de uma perspectiva funcionalista em áreas como a responsabilidade civil, veja-se Calabresi, Guido 'Some thoughts on Risk Distribution and the law of torts' in Avery Wiener Katz (ed.) *Foundations of the Economic Approach to Law* New York, Foundation Press, 1998, p. 44

⁹ Em especial no primeiro ensaio de GIERKE, Otto von. "Die soziale Aufgabe des Privatrechts"/"Das Wesen der menschlichen Verbände". Berlin : 1889 ; Leipzig : 1902 (utilizei a trad. esp. por José M. Navarro de Palencia. "La función social del derecho privado"/"La naturaleza de las asociaciones humanas". Madrid : Sociedad Editorial Española, 1904).

¹⁰ Ghestin Jacques *L'utile et le juste dans les contracts* Archives de Philosophie du Droit V. 26 (1981) p. 36

¹¹ Sobre a tolerância religiosa como a inspiração histórica do liberalismo político contemporâneo ver Rawls, John *Political Liberalism* New York: Columbia University Press, 1996, p. xxvi; sobre a tolerância como parte integrante do liberalismo político contemporâneo veja-se na mesma obra p. 194 e ss.

devem ter garantida na maior medida possível a possibilidade de determinarem seu próprio destino. Daí porque só a vontade do indivíduo poderia ser considerada como uma fonte de deveres cogentes para o próprio indivíduo. Infelizmente uma tal investigação histórica não é necessária para que eu me desincumba das tarefas a que me propus no presente artigo. Basta aqui caracterizar duas concepções da *arché* do direito privado, a saber, a concepção funcionalista e a concepção autonômica.

De acordo com a concepção autonômica, a investigação do direito privado, quando completada, terá concluído pela melhor maneira de garantir aos indivíduos a sua autodeterminação de modo compatível com a mesma medida de autodeterminação dos demais indivíduos. De acordo com a concepção funcionalista, como vimos acima, a investigação do direito privado, quando completada, terá concluído pelos meios mais eficazes para atingir certos objetivos sociais decididos independentemente do direito privado (o que não exclui a possibilidade de que o direito privado seja considerado um mecanismo ineficaz de persecução dos tais fins sociais e de que, como conseqüência, devesse ser simplesmente descartado).

Um exemplo será útil para compreender a tese funcionalista e suas implicações para a prática do direito. Há quem defenda a tese de que em relações de consumo a razão de ser da responsabilidade civil objetiva do fornecedor é simplesmente promover uma repartição social dos riscos gerados pela produção em escala industrial¹². É seguro presumir que o valor do

ressarcimento devido pelo fornecedor será repassado aos consumidores dos seus produtos, fazendo com que cada consumidor responda por uma parcela do dano e evitando que o consumidor sobre o qual o dano mais diretamente incidiu sofra toda a perda derivada do acidente de consumo. Com base nesta concepção de responsabilidade civil, alguns autores chegaram à conclusão de que a responsabilidade objetiva do código do consumidor não apenas exclui a necessidade da culpa do fornecedor dos produtos, mas também exclui que o fornecedor possa defender-se alegando a ocorrência das excludentes de nexos de causalidade, a saber, o caso fortuito e a força maior¹³. Dessa forma, a concepção da *arché* da investigação levou diversos autores a uma particular solução para o pouco genérico problema de saber se as excludentes de nexos de causalidade (o caso fortuito e a força maior) servem como defesas aos fornecedores em ações de reparação pelos danos causados por seus produtos.

Foi dito acima que a concepção funcionalista foi apresentada como a alternativa à concepção autonômica. Mas a mudança é mais sutil do que aparenta ser. O debate entre a concepção funcionalista e a concepção autonômica é frequentemente obscurecido pelo fato de que os partidários de uma ou outra concepção descrevem a concepção rival em seus próprios termos, escondendo a divergência essencial entre as duas concepções de direito privado.

Jacques Ghestin oferece um bom exemplo aqui. A concepção autonômica foi

caracterizada por ele, como percebe-se na passagem transcrita acima, como uma concepção de direito privado que se baseia no fato de que a autonomia da vontade é um meio para maior eficiência econômica e que, por essa razão, tem grande utilidade social. Uma objeção mortal à concepção autonômica seria, portanto, demonstrar que a tal eficiência econômica não se produz ou que apesar da concepção autonômica atingir a eficiência, um outro objetivo social não é convenientemente alcançado se o direito privado é concebido em chave autonômica. E é justamente o que alguns opositores da concepção autonômica (entre eles o próprio Ghestin) passam a arguir: a concepção autonômica não é um meio adequado de atingir as finalidades sociais desejadas. Aqui os opositores da concepção autonômica estão simplesmente desconsiderando que a concepção autonômica possa ser justificada de outro modo que não em termos funcionais. Mas como vimos acima um bom argumento, na verdade o melhor argumento possível e, possivelmente, o primeiro argumento histórico a favor da concepção autonômica é o argumento liberal baseado na tolerância.

A oposição entre as duas concepções de direito privado pode ser vista como uma instanciação dentro do direito privado do debate entre utilitaristas e liberais, ou seja, entre a busca da maximização da utilidade social e a garantia da autodeterminação do ser humano¹⁴.

Todavia, não é imediatamente claro porque o direito privado deva ser concebido em termos dessa rivalidade entre as concepções funcionalistas e as concepções autonômicas.

Da mesma forma que existem outras alternativas na filosofia além do liberalismo e do utilitarismo, existem outras maneiras de conceber o direito privado que não se esgotam no funcionalismo ou na concepção autonômica. E da mesma forma que alternativas às duas filosofias morais dominantes da modernidade (i.e. liberalismo e utilitarismo) são encontradas na filosofia pré-moderna (v.g. o comunitarismo), a filosofia pré-moderna também é fonte de concepções alternativas de direito privado. A justiça comutativa aristotélico-tomista oferece as bases para uma tal concepção alternativa e, na próxima seção é dela que eu me ocupo.

III – Uma moralidade para o direito privado.

Em fidelidade ao método aristotélico o melhor ponto de partida para a apresentação da concepção aristotélica de direito privado devem ser algumas opiniões compartilhadas.

Quando chamados a efetuar julgamentos sobre a responsabilidade de alguém, é freqüente nosso julgamento seja efetuado considerando os agentes *no contexto da relação em que praticaram a ação*. Nem sempre fazemos cálculos sobre como a ação que julgamos repercutiu na persecução pela sociedade de certos objetivos sociais gerais. Nós entendemos as pessoas que julgamos de diversos modos e nem sempre a pessoa julgada é definida como parte de um projeto comum de perseguir certos objetivos sociais. A partir dessas práticas compartilhadas é possível

¹² Essa concepção funcionalista da responsabilidade civil em geral foi descrita por Paolo Gallo na primeiras páginas de seu *Pene private e responsabilità civile* Milano: 1996. Para uma defesa dessa visão funcionalista especificamente no que diz respeito às relações de consumo, veja-se José Reinaldo de Lima Lopes (*Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 29 e ss. 97 e ss., 145 e ss.)

¹³ No sentido de excluir dentre as defesas do fornecedor as alegações de caso fortuito e de força maior, Nery Jr., Nelson *Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor* Revista de Direito do Consumidor, n. 3(set./dez. de 1993), p. 56.

¹⁴ A correspondência não é conceitual. Utilitaristas poderiam, dadas algumas pressuposições sobre, por exemplo, como a economia se torna mais eficaz, propor uma concepção autonômica de direito privado. Da mesma forma, liberais podem pensar o direito privado em termos funcionais, pensando ser o direito privado um instrumento para a almejada neutralidade entre as concepções de bem. A correspondência aqui apontada diz respeito ao ar de família que existe, de um lado, entre liberalismo e concepção autonômica e, de outro lado, entre utilitarismo e funcionalismo. Enquanto os primeiros dois estão centrados especialmente na necessidade de criar uma esfera de liberdade para o indivíduo, os últimos dois encontram a chave para a compreensão do fenômeno que se propõem a explicar no cálculo da utilidade social geral a ser obtida com uma ação.

formular algumas das teses centrais da concepção aristotélica de direito privado.

Em primeiro lugar, julgamentos morais parecem ser sensíveis ao contexto da relação social em que as ações são praticadas e não simplesmente julgamentos sobre qual a contribuição da ação para a realização de um objetivo do grupo social. Em segundo lugar existem diferentes formas de conceber a relação entre dois indivíduos, e a concepção da relação entre dois indivíduos enquanto membros de um grupo social que persegue objetivos gerais é apenas uma das formas de conceber relações interindividuais.

As nossas intuições, portanto, falam de um critério de justiça próprio das relações entre agentes *qua* agentes privados, mas obviamente que a mera intuição não é uma prova de que exista um tal critério. Devemos, portanto, investigar qual poderia ser o fundamento racional de tal intuição.

Mas, enquanto procedemos essa busca, devemos sempre ter em mente qual o tipo de critério buscado. O que estamos buscando é simplesmente a *arché* das investigações sobre o direito privado. A *arché* só pode ser concebida em termos genéricos e isso porque a concepção completa sobre o resultado da investigação tornaria a investigação desnecessária. A concepção acabada de direito privado deve resolver uma série de problemas específicos de cuja resolução depende a completa compreensão do objeto (no caso, do direito privado). Aplicação dos resultados da investigação a casos concretos, portanto será impossível sem que alguns fatos adicionais possam ser estabelecidos, ou seja, sem que a investigação seja completada.

O critério de justiça tipicamente aplicável às relações privadas é, segundo Aristóteles, a

justiça corretiva. Aristóteles formula a tese distinguindo entre justiça corretiva e a justiça distributiva. O *Locus* clássico da distinção é encontrado na *Ética Nicomaquéia*, 1131b25-1131a2, onde Aristoteles, após afirmar que toda justiça é uma forma de igualdade (*to ison*), esclarece que existem duas formas de justiça, a saber, a justiça distributiva e a justiça corretiva. A primeira como é sabido, é a distribuição de bens de acordo com os méritos, em que a igualdade é melhor representada como uma igualdade entre razões bem distribuído/mérito. A outra:

é a corretiva, que surge ligadas à relações tanto voluntárias quanto involuntárias. ... a justiça em transações entre um e outro homem é efetivamente uma forma de igualdade, e a injustiça uma forma de desigualdade; não de acordo com aquele tipo de proporção [típica da justiça distributiva], mas de acordo com uma proporção aritmética. [EN 1131b25-1131a2]

Essa distinção deixa claro a principal característica das regras de justiça aplicáveis às relações entre privados, a saber, existem limitações quanto à relevância de certas considerações: considerações sobre mérito das pessoas são excluídos¹⁵. Os sujeitos privados são considerados como *iguais* em todos os aspectos que não dizem respeito à particular relação que se estabelece entre eles. Assim, um co-contratante é simplesmente alguém que participa do contrato, sendo irrelevante o fato de que ele possua mais virtudes, ou tenha realizado mais ou maiores grandes obras ao longo da vida, ou mesmo o fato de que ele tenha mais necessidades. Essa igualdade é concebida como uma função da *identidade* dos sujeitos. A igualdade é, portanto, função do fato de que a pergunta sobre quem eu sou em uma relação privada é respondida por referência à própria relação, e não por referência a qualquer aspecto

¹⁵ Entre as três características que Weinrib identifica como características centrais do direito privado (e que já se encontram presentes na concepção aristotélica de justiça comutativa) estão: a bipolaridade da relação e os standards de relevância limitados *op. cit.*, p. 56.

de minha vida fora da relação. E o critério de justiça é aplicado ao tipo de sujeito que eu sou na relação privada.

Esse talvez tenha sido o brilhante insight de Clóvis do Couto e Silva ao introduzir na dogmática jurídica a categoria explicativa do contato social, que havia sido inicialmente utilizada como instrumento para análise sociológica por von Wiese¹⁶. Segundo Clóvis do Couto e Silva, o grau de proximidade ou distância nas relações entre indivíduos é dado juridicamente relevante. O grau mínimo de contato é a pertinência ao mesmo grupo social, e isso implicaria a obrigatoriedade de alguns standards gerais de conduta que instanciam a máxima do *nemenen laedere*¹⁷. Os direitos de ressarcimento derivados do enriquecimento sem causa, a responsabilização por inadimplemento de obrigação voluntariamente assumida, os deveres dos conjuges no casamento pressuporiam formas de contato social mais próximas do que a mera pertinência ao mesmo grupo social. Mas o grau de contato social só pode ser considerado um dado *juridicamente* relevante se os critérios através dos quais nós julgamos a correção de uma conduta forem variáveis de acordo com o tipo de relação social entre as partes e isso é justamente o que está suposto no critério de comutatividade aristotélico-tomista.

Portanto, o que é necessário justificar é uma particular concepção sobre a justiça que compreende uma limitação nas considerações relevantes para a decisão do caso. É claro que essa idéia inicial, como uma *arché*, só oferece uma noção aproximada do objeto da investigação. Mas essa idéia aproximada do objeto da investigação, essa *arché*, estabelece

uma agenda de problemas de cuja resolução depende a correta compreensão do que é a justiça entre os indivíduos *qua* indivíduos. Seria necessária, por exemplo, uma teoria sobre quais são os bens e quais os valores comparativos dos bens a ser distribuídos a cada um. Sem uma tal teoria será impossível dar a cada parte em uma relação privada o igual aritmético. Da mesma forma devemos formular uma teoria sobre os tipos de relação que requerem a aplicação do critério de justiça corretiva e os tipos de relação em que outro critério de justiça deve ser aplicado. O direito privado tem sido pródigo em teorias que pretendem resolver problemas como esses. Na próxima seção eu apresento, exemplificativamente, uma dessas teorias e procuro demonstrar como ela pode ser compreendida como engajada no projeto de tentar responder às questões cuja resolução é necessária para a correta aplicação do critério genérico proposto por Aristóteles. O que não ficará claro na próxima seção é qual o critério de racionalidade para julgar se uma tal teoria é ou não a mais apropriada. Esse será o objeto da seção V, onde a concepção platônico-aristotélica de razão prática será invocada como fornecendo critérios racionais para a adjudicação entre essas teorias.

IV – A Teoria da Causa do Negócio Jurídico

O conceito de ‘causa’ do negócio jurídico é ponto particularmente controverso no direito privado. Uma parte significativa da doutrina sobre a causa tendeu a considerar que a ‘causa’ do negócio jurídico equivale aos

¹⁶ Silva, Clóvis V. do Couto e *A Obrigação como Processo* São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 88-91; ver também seu *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Es. N. J., 1988, pp. 8-17

¹⁷ Silva, Clóvis V. do Couto e, *Principes...* cit. p. 3, nota 1.

motivos que deteminaram a celebração do negócio¹⁸. Essa concepção de causa, duramente criticada por Pontes de Miranda e outros, está relacionada ao império da concepção autonômica de direito privado. Conceber 'causa' como 'motivo que levou à celebração do negócio' foi o modo através do qual a doutrina francesa tentou tornar uma velha categoria (que remonta ao período clássico do direito romano clássico) útil no contexto de uma concepção autonômica de direito privado. Emilio Betti concebe a causa como estando vinculada à função econômico social do negócio jurídico (agregando à noção de causa, portanto, uma idéia funcionalista)¹⁹.

Em minha análise da causa eu gostaria de me ater a uma particular concepção da causa do negócio jurídico, nomeadamente, a concepção de causa de Pontes de Miranda. O que Pontes chama de 'causa' ou de 'causa de atribuição' não resta claro em sua explicação geral para o conceito de causa. Como sei acontecer na obra de Pontes de Miranda, os conceitos gerais são determinados por exclusão (assim, segundo Pontes de Miranda, causa não é motivo nem tampouco função econômica, nem ainda tipo contratual). Do conteúdo positivo das *causae* muito pouco é dito, mas ainda assim um aspecto da concepção geral de causa de Pontes nos será útil, a saber: Pontes, um dos mais sofisticados positivistas brasileiros afirma que há algo de natural nas *causae* dos negócios jurídicos. Atentar contra as *causae*, afirma Pontes é atentar contra a natureza das coisas²⁰.

Mas se a definição geral não é particularmente esclarecedora, a identificação particular das 3 *causae* nos será bastante útil. Segundo Pontes de Miranda existem fundamentalmente 3 *causae*, quais sejam: a causa *credendi* (ou *constituendi*), a causa *donandi* e a causa *solvendi*²¹. *Credendi* (ou *constituendi*) é a causa de todos os negócios que estabelecem uma relação obrigacional comutativa (e.g. compra e venda, troca, constituição onerosa de direito real de superfície, etc.); *donandi* é a causa de todos os negócios que, fundados na vontade de promover uma liberalidade, não pressupõem nenhuma forma de comutação (como a doação ou o legado); *solvendi* são os negócios celebrados como forma de adimplemento de uma obrigação anteriormente assumida (como os negócios translativos de direito real no direito alemão em relação ao contrato de compra e venda). O que importa perguntar é: qual foi o critério utilizado por Pontes de Miranda (e pela doutrina civilística em geral) para identificar essas *causae*? O critério é a existência de três critérios de justiça diferentes que são aplicáveis a três tipos diferentes de relação social. Na causa *credendi* o critério de justiça é a comutatividade, na causa *donandi*, diferentemente, é o respeito às disposições de vontade de um sujeito de direito, na causa *solvendi* a adequação em relação ao que fora anteriormente estabelecido. A teoria da causa conforme concebida por Pontes de Miranda e por boa parte da doutrina civilista é, portanto, a tentativa de identificar precisamente qual o

¹⁸ Ainda que a doutrina francesa ao menos desde Domat separe nominalmente a causa do motivo, a doutrina italiana demonstrou que dado o concepção subjetiva da causa que adotam os escritores franceses, não há como distinguir entre causa e motivo (sobre a discussão entre as doutrinas francesa e italiana da causa veja-se o ensaio de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva "Teoria da Causa no Direito Privado" in Vera Maria Jacob de Fradera (org.) *O Direito Privado brasileiro na visão de Cólvis do Couto e Silva* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, 59-71

¹⁹ A identificação da causa com a função econômico social do negócio pode ser encontrada na teoria geral do negócio jurídico de Betti (utilizei a tradução espanhola *Teoria General del Negocio Jurídico* Madrid: Editorial revista de Direito Privado, s.d., sobre a teoria da causa ver pp. 132 e ss.)

²⁰ Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de *Tiradado de Direito Privado* V. III 2ª ed. Borsói, 1954, § 262, p. 79.

espaço da justiça corretiva no direito privado (e também qual o espaço de outras formas de justiça naquilo que convencionalmente chamamos de direito privado). Em outras palavras, é a discussão das *archai* da investigação dos assuntos que tradicionalmente consideramos assuntos de direito privado.

V - O direito privado e a Razão como Techné.

Como pode uma teoria que pretende solucionar alguns dos problemas de cuja resolução depende a implementação da justiça corretiva ser julgada? O que torna uma teoria melhor do que outra teoria alternativa? Um bom ponto de partida seria investigar que tipos de falha uma teoria pode apresentar do ponto de vista de suas credenciais de racionalidade. Em outras palavras: o que torna uma teoria menos racional para a outra? Grande parte dos teóricos do direito e, especificamente, dos teóricos do direito privado, afirmam a necessidade de uma teoria satisfazer um único critério de racionalidade, a saber, a coerência entre os seus postulados. Seguindo MacIntyre eu gostaria de acrescentar um segundo critério de racionalidade, a saber, a sua capacidade de dar conta em seus próprios termos de teorias rivais²².

O primeiro critério de irracionalidade é relativamente incontroverso: nenhuma teoria pode ser aceita cujas teses centrais estejam em

direta contradição. Uma teoria sobre, digamos, a exclusão da responsabilização objetiva pela ocorrência de caso fortuito ou força maior não pode incorporar diversas teses contraditórias. O que chamo de 'contradição' aqui pode ser pensado com diversos graus de complexidade. O grau menos elevado de complexidade é a contradição direta entre duas teses dentro de uma mesma teoria. Neil MacCormick reserva o termo inconsistência para tratar dessa forma de contradição²³. Assim duas teses que afirmem uma obrigação e uma proibição de um mesmo curso de ação são contraditórias. O grau menos elevado de contradição é o que Neil MacCormick trata como uma falha na coerência²⁴. Mesmo duas teses que não estejam diretamente em contradição podem ser inconsistentes se fosse impossível imaginar um princípio explicativo para aquele aspecto da prática que fosse compatível com ambas as teses. Esse princípio explicativo é o que autores como Dworkin²⁵, Alexy e outros tantos chamam de princípio jurídico. Como foi afirmado acima, grande parte dos teóricos do direito moderno, como Ronald Dworkin, Neil MacCormick, e Robert Alexy, bem como teóricos do direito privado, como E. Weinrib, depositam toda a sua confiança nesse critério de racionalidade.

Todavia existe ao menos uma situação limite para esse critério de racionalidade, a saber, quando duas teorias rivais são internamente consistentes e coerentes, esse critério de racionalidade não oferece qualquer solução sobre qual das teorias rivais pode reclamar a

²¹ Sobre as três espécies de causa ver Miranda, F. C. Pontes de, op. cit., §263, p. 82-86.

²² MacIntyre, *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991, em especial capítulos 5 e 6.

²³ MacCormick, Neil *Legal Reasoning and Legal Theory* Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 195 ss.

²⁴ idem, p. 152 ss.

²⁵ Dworkin introduz a sua concepção de um princípio jurídico no clássico artigo, mas a explicação completa do que é um princípio e de sua função na teoria do direito só pode ser corretamente compreendido à luz do segundo capítulo de seu *Law's Empire* (Glasgow: Fontana Press, 1991, originalmente publicado em 1986).

autoridade da razão para si²⁶. Do ponto de vista lógico duas são as soluções possíveis em uma situação como essa: ou bem não existem critérios racionais para governar a escolha (que passa a ser arbitrária), ou bem existem critérios adicionais de racionalidade que não estão compreendidos no critério de não contradição.

Mas os teóricos do direito (e mais especificamente do direito privado) que enfrentam esse dilema procuram uma saída alternativa. A impossibilidade de decidir sobre a coerência de duas alternativas rivais internamente consistentes é superada pela introdução de mais materiais como parte da matéria que deve explicada. Assim, se eu não tenho critérios para decidir entre duas teorias internamente consistentes sobre, digamos, a natureza dos bens incorpóreos, eu recolocaria a questão no contexto de uma teoria geral dos bens *tout court* e escolheria a teoria sobre a natureza dos bens incorpóreos que estivesse melhor adequada a mais coerente teoria dos bens *tout court*. Ora, apesar do grande otimismo de autores como Ronald Dworkin (com sua tese da única resposta correta) e Weinrib, no que concerne especificamente ao direito privado, nada garante que essa estratégia não conduzirá a um momento em que as complexas teorias genéricas não sejam simplesmente indecíveis²⁷. Nesse caso a alternativa descrita acima recoloca-se: ou bem não existem critérios racionais para governar a escolha, ou bem existem critérios adicionais de racionalidade que não estão compreendidos no critério de não contradição. Existe algum outro critério de racionalidade para fundamentar racionalmente uma opção por considerar verdadeira uma das teorias rivais?

Platão e Aristóteles, na interpretação de Alasdair MacIntyre, pensam que sim. Existe uma segunda forma de falha de racionalidade em que poderia incorrer mesmo uma teoria internamente consistente. É possível que as teses centrais de uma teoria só possam ser provadas a partir delas mesmas. Em outras palavras, a prova da verdade das teses que compõem a teoria pode ser circular. Toda teoria tem de dar conta de teorias rivais e 'aprender' com elas, identificando suas fraquezas e incorporando os insights da rival. Nas palavras de MacIntyre:

'Empenhar-se na pesquisa intelectual não significa simplesmente propor teses e aderir racionalmente às teses que até agora resistiram à refutação; significa compreender o movimento que leva de uma tese a outra como um movimento rumo a um tipo de *lógos* que revelará como as coisas são, não em relação a algum ponto de vista, mas em si mesmas. E a concepção do que cada tipo de coisa é como tal não apenas dá uma direção a pesquisa, uma direção de que ela careceria senão a tivéssemos, mas também nos dá um recurso para corrigir e reformular nossas teses sucessivas, à medida que aspiramos passar das hipóteses à afirmação incondicional.'²⁸

Esse segundo requisito da racionalidade envolve a menos quatro elementos, a saber:

- a) os últimos estágios da pesquisa teriam de pressupor os estágios iniciais
- b) os últimos estágios devem incorporar uma teoria do erro que explica a insuficiência dos estágios iniciais
- c) Uma concepção do que seria já ter completado a pesquisa: uma *arché*

²⁶ MacIntyre, *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* cit, p. 90.

²⁷ Ronald Dworkin procura escapar dessa objeção professando sua fé na riqueza da tradição jurídica. Cf.

²⁸ MacIntyre, A. *op. cit.*, p. 91

d) O refinamento progressivo da concepção de bem (da *arché*).

Tal requisito, se incorporado à uma concepção de racionalidade baseada somente na coerência, torna a concepção de racionalidade algo análogo ao que Platão e Aristóteles concebiam como uma *techné*, ou seja uma arte que acumula e melhora o domínio do seu objeto.

A razão entre os dogmáticos do direito privado parece seguir precisamente esse padrão. Mas o progresso da arte somente pode ser medido dada uma certa concepção do fim da pesquisa racional em direito privado. A alegação central desse artigo é a de que as opções em relação à como conceber o fim da pesquisa racional em direito privado são ao menos três: a realização da autonomia; a maximização de objetivos sociais definidos independentemente da arte, ou a justiça corretiva de Aristóteles.

VI - Os limites da justiça corretiva: sociedades transicionais e o estabelecimento da justiça distributiva como pressuposto da justiça corretiva

Para evitar o risco de ser mal interpretado em minha defesa da concepção aristotélica de direito privado contra a pretensão de absolutiz da concepção funcionalista, devo tratar ainda de um último tema: a relação entre justiça corretiva e justiça distributiva e a utilidade dos conceitos funcionais que têm sido incorporados ao direito privado, como a função social do contrato e a função social da propriedade.

Meu ponto aqui é simples: a justiça comutativa sozinha não garante a justiça na sociedade política. A justiça corretiva supõe a justiça distributiva exatamente na mesma medida que a justiça distributiva supõe a justiça corretiva. Uma sociedade de distribuição 'pura' distribuição de acordo com méritos e sem justiça corretiva é tão injusta quanto uma sociedade somente baseada na justiça corretiva, em que não há qualquer distribuição por merecimento. Meu argumento não é, portanto, contra a incorporação de regras sobre a função social de institutos jurídicos, seja ele o contrato, a empresa, a propriedade, ou a responsabilidade civil. Eu apenas quero chamar a atenção para o fato de que as confusões decorrentes da interpretação desses institutos são em grande medida derivadas do fato de que eles não são institutos tipicamente de direito privado.

Em sociedades onde a implementação de uma justiça distributiva simplesmente não ocorreu nem mesmo em um grau mínimo tais institutos são úteis como mecanismos de distribuição e de persecussão de objetivos sociais úteis para que uma distribuição justa dos bens possa ocorrer. Mas a lógica, as formas de pensamento que regem a implementação e a interpretação desses institutos não é a forma de pensar típica do direito privado e a investigação sobre a sua abrangência e sobre os tipos de relação social para as quais tais institutos são aplicáveis não é uma investigação tipicamente privatista. A tentativa de conceber o direito privado em chave meramente funcionalista é em grande medida abastecida pela dificuldade de lidar com essas idéias funcionalistas dentro do paradigma do direito privado concebido como instrumento da justiça comutativa. Mas há uma alternativa, a saber, pensar em tais institutos como instrumentos de uma justiça distributiva e pensar sua investigação como uma investigação sobre os limites da justiça comutativa.

VII – Conclusão

Como eu me desincumbi dos objetivos a que me propus no início desse ensaio? Meu primeiro objetivo era o mapear diversas concepções rivais da *arché* do direito privado. Três concepções rivais foram identificadas nas seções II e III, a saber, as concepções funcionalista, autonômica e aristotélico-tomista. A seguir um aspecto da concepção aristotélico-tomista, qual seja, a noção de que certos tipos de considerações, ainda que aparentemente aplicáveis ao caso concreto, são irrelevantes (ou tem reduzida relevância) em se tratando de relações tipicamente privadas. Se isso é correto, a tarefa fundamental de uma teoria do direito privado é identificar que tipos de relação (e.g. relações de liberalidade ou relações comutativas) exigem ou excluem que tipos de consideração do processo decisório (considerações que dizem respeito ao equilíbrio das partes, à maximização de um bem coletivo, etc). Essa tarefa já é parte da agenda dos teóricos do direito privado, como procurei demonstrar em minha breve análise da teoria da causa, elaborado na seção IV. Esse artigo não pretende revolucionar a agenda de preocupações dos teóricos do direito privado. Uma tal revolução é a negação do tipo de desenvolvimento orgânico que caracteriza o direito privado, talvez a forma de razão prática que, na modernidade, mais conserva a estrutura da razão-*techné* (i.e. a concepção clássica de razão que tentei delinear

na quinta seção desse artigo). O que esse artigo pretende é oferecer aos teóricos do direito privado, que já estão engajados desde sempre num determinado projeto de racionalidade (a racionalidade como *techné*) uma melhor compreensão sobre o processo em que estão envolvidos. Não um novo norte para a pesquisa, mas uma visão mais precisa do norte da pesquisa e do caminho afrente. Nessa visão mais precisa, os modismos revolucionários (como o funcionalismo) e os momentos reacionários (como as tentativas de retornar ao período do absolutismo da concepção autonômica) são vistas como investigações de aspectos parciais de uma teoria mais abrangente do direito privado, uma teoria que as articule como *causae* que governam aspectos diferentes da vida privada e que em seu conjunto constituem o estatuto do homem privado.

Todavia, ainda que eu tivesse me desincumbido bem das tarefas a que me propus, o leitor ainda tem ao menos uma razão para frustração. Ao início do artigo eu afirmava que eu pretendia contribuir para a determinação da *arché* do direito privado e o que resultou da investigação foi a existência de diversas *archai* para diferentes aspectos do direito privado. A questão sobre se existe ou não uma *arché* unificadora para todo o direito privado não foi resolvida pelo argumento desse artigo. Esse é um problema complexo cuja resolução, eu creio, demandaria uma forma de abordagem diferente daquela que foi adotada no presente artigo.

Lei Complementar em Matéria Tributária – A Possibilidade de Revogação por Lei Ordinária¹

Cristiane Pederzoli Rentzsch

Mestranda em Direitos Especiais UFRGS

Introdução

Este trabalho tem por objetivo geral analisar a lei complementar no âmbito tributário, abordando as questões da existência de hierarquia entre as diversas espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal e da reserva da lei complementar.

Especificamente, visa tratar da possibilidade de revogação de lei complementar anterior por lei ordinária posterior, quando a primeira versar sobre matéria diversa daquelas que a Constituição lhe reservou.

Por fim, objetiva analisar o caso concreto da revogação pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, da isenção da COFINS para sociedades civis, a qual havia sido concedida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

O tema apresenta-se de extrema importância.

Por insurgir-se no âmbito do Direito Tributário, já é potencialmente gerador de posições controversas, pelo conflito permanente entre o poder arrecadatório fiscal do Estado e os direitos dos contribuintes.

A discussão teórica acerca da existência ou inexistência de hierarquia entre as diversas espécies normativas, bem como da reserva da lei complementar e da possibilidade desta vir a ser revogada por eventual lei ordinária, adquire importância prática na medida em que afeta diretamente a solução de casos concretos.

Portanto, tais questões não se tratam de mero preciosismo acadêmico: refletem-se na prática do universo jurídico a medida em que interfere em situações concretas, beneficiando por vezes o Fisco, e por vezes o contribuinte.

I – LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A) LEI COMPLEMENTAR

Em sentido amplo, lei complementar é aquela que complementa a Constituição. Segundo o entendimento de Geraldo Ataliba², no sentido doutrinário, o qual se contrapõe ao sentido jurídico-positivo, lei complementar é aquela que completa as disposições constitucionais não auto-executáveis.

¹ Tema apresentado para obtenção de Láurea Acadêmica na UFRGS, em 19.03.2002.