

FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

RAFAEL DE FREITAS VALLE DRESCH

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO  
DIREITO PRIVADO: UMA TEORIA DA JUSTIÇA  
E DA DIGNIDADE HUMANA**

Porto Alegre

2011

RAFAEL DE FREITAS VALLE DRESCH

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO  
DIREITO PRIVADO: UMA TEORIA DA JUSTIÇA  
E DA DIGNIDADE HUMANA**

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para aprovação no curso de doutorado.

Professor Orientador: Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2011

RAFAEL DE FREITAS VALLE DRESCH

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PRIVADO: UMA TEORIA DA JUSTIÇA E DA DIGNIDADE HUMANA**

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para aprovação no curso de doutorado.

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Dr. Eugênio Facchini Neto

Professor Examinador

Professor Examinador

Professor Examinador

Professor Examinador

Professor Examinador

## RESUMO

A tese apresenta uma hipótese para a superação da incompreensão atual relativa à diversidade de fundamentos do direito privado, defendendo a viabilidade de compatibilização da justiça comutativa e da justiça distributiva como formas de compreensão das bases dos institutos jurídicos de direito privado. O trabalho avalia as teorias formalistas, funcionalistas sociais e funcionalistas econômicas do direito privado e detecta um elemento compartilhado por todas: a teoria da justiça. O problema central identificado decorre da perda gradativa da relação do direito com a teoria da justiça aristotélico-tomista operada paulatinamente a partir da Escola Moderna do Direito Natural. A desconexão entre justiça e direito, mesmo mantendo uma relação esporádica com a justiça particular, determinou a erradicação do sentido essencial da justiça geral das análises jusprivatistas. A hipótese analisada defende que o resgate da justiça geral, transformada em justiça social na modernidade, pela nova ordem centrada na igual dignidade humana, consubstanciada através da garantia das capacidades humanas básicas, permite compreender que o direito privado é caracterizado por relações horizontais de direitos e deveres entre particulares que são racionalmente entendidos nos termos da justiça particular (comutativa e distributiva) ordenada pela justiça social da igual dignidade e reconhecimento e institucionalizada a partir da Constituição e dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** direito privado – justiça – dignidade – constituição – direitos - fundamentais – funcionalismo – formalismo.

## ABSTRACT

The thesis presents a hypothesis to overcome the current misunderstanding related to the diversity of private law beddings, defending the viability of reconciliation of commutative justice and distributive justice as a way to understand the basis of the legal institutions of private law. The study evaluates the formalist, social functionalist and economic functionalist theories of the private law and detects an element shared by all of them: the theory of justice. The identified central problem results from the gradual loss of the relation between law and the Aristotelian-Thomist theory of justice, gradually operated from the Modern School of Natural Law. The disconnection between justice and law, despite keeping a sporadic relation with the particular justice, determined the eradication of the essential meaning of the general justice of the jusprivatists analyses. The analyzed hypothesis defends that the rescue of general justice, transformed into social justice in modern days by the new order centered in the equal dignity of the human being, materialized through the guarantee of the individual basic capacities, allows us to understand that private law is characterized by horizontal relations of rights and duties between individuals who are rationally understood in terms of particular justice (commutative and distributive), commanded by social justice of equal dignity and recognition and institutionalized by the Constitution and the civil rights.

Keywords: Private law -Justice -Dignity -Constitution – Civil Rights -Functionalism - Formalism.

## RÉSUMÉ

La thèse présente une hypothèse pour le surpassement de l'incompréhension actuelle concernant la diversité de fondements du droit privé, en défendant la viabilité de compatibiliser la justice commutative et la justice distributive comme des formes de compréhension des bases des instituts juridiques de droit privé. Le travail évalue les théories formalistes, fonctionnalistes sociaux et fonctionnalistes économiques du droit privé et détecte un élément partagé par toutes: la théorie de la justice. Le problème central identifié s'écoule de la perte graduelle de la relation du droit avec la théorie de la justice aristotélicienne-tomiste opérée graduellement par l'École Moderne du Droit Naturel. La déconnexion entre justice et droit, même en maintenant une relation sporadique avec la justice particulière, a déterminé l'éradication du sens essentiel de la justice générale des analyses du droit privé. L'hypothèse analysée défend que le sauvetage de la justice générale, transformée en justice sociale dans la modernité, par le nouvel ordre centré dans l'égalité humaine, consolidée à travers la garantie des capacités humaines basiques, permet de comprendre que le droit privé est caractérisé par des relations horizontales de droits et de devoirs entre des particuliers qui sont rationnellement compris dans les termes de la justice particulière (commutative et distributive) commandée par la justice sociale de l'égalité et reconnaissance et institutionnalisée par la Constitution et les droits fondamentaux.

Mots-clés : droit privé -justice -dignité -constitution -droits fondamentaux  
functionalisme -formalisme.

## RESUMÉN

La tesis presenta una hipótesis para superación del actual malentendido a respecto de la diversidad de fundamentos del derecho privado, defendiendo la viabilidad de compatibilización de la justicia conmutativa y de la justicia distributiva como formas de comprensión de las bases de los institutos jurídicos de derecho privado. El trabajo evalúa las teorías formalistas, funcionalistas sociales y funcionalistas económicas el derecho privado y apunta un elemento compartido por ellas: la teoría de la justicia. El problema central identificado decore de la perdida gradual de la relación entre derecho y teoría de la justicia aristotélico-tomista operada paulatinamente desde la Escuela Moderna del Derecho Natural. La desconexión entre el derecho y la justicia, mientras se pueda decir que esporádicamente se mantiene a respecto del concepto de justicia particular, fue determinante para el término de lo sentido esencial de la justicia general en los análisis jusprivatistas. La hipótesis analizada defiende que el rescate de la justicia general, transformada en justicia social en la modernidad, el nuevo orden centrado en la dignidad humana, respaldado por la garantía de las capacidades humanas básicas, permite comprender que el derecho privado se caracteriza por relaciones horizontales y deberes entre particulares que son razonablemente entendidos en términos de justicia en particular (conmutativa y distributiva) ordenados por la justicia social y el reconocimiento de la igual dignidad y institucionalizado por la Constitución y los derechos fundamentales.

Palabras-llave: derecho privado -justicia -dignidad – constitución -derechos fundamentales -funcionalismo -formalismo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1 O DIREITO PRIVADO COMO JUSTIÇA CORRETIVA .....</b>	<b>28</b>
1.1. AS ORIGENS DA COMUTATIVIDADE NO DIREITO PRIVADO .....	29
1.2 A TEORIA FORMALISTA DE ERNEST WEINRIB .....	41
1.3 O PRAGMATISMO DE JULES COLEMAN.....	51
1.4 A ANÁLISE DE JAMES GORDLEY SOBRE OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PRIVADO .....	66
1.5 ANÁLISE COMUTATIVA DAS QUESTÕES CENTRAIS PROPOSTAS .....	78
<b>2 O DIREITO PRIVADO COMO JUSTIÇA DISTRIBUTIVA .....</b>	<b>83</b>
2.1 O SURGIMENTO DO COLETIVISMO FUNCIONALIZANTE .....	83
2.2 A ANÁLISE SOCIOLÓGICA DO DIREITO SOCIAL.....	95
2.3 O MODELO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	107
2.4 AS TEORIAS IGUALITARISTAS.....	117
2.5 ANÁLISE DISTRIBUTIVA DAS QUESTÕES CENTRAIS PROPOSTAS .....	129
<b>3 O DIREITO PRIVADO NA DIVISÃO COMPLEXA DA JUSTIÇA .....</b>	<b>135</b>
3.1 A JUSTIÇA GERAL E LEGAL COMO ANTECEDENTES DA JUSTIÇA SOCIAL NA TEORIA DA JUSTIÇA .....	139
3.2 A JUSTIÇA SOCIAL: UM FRUTO DA MODERNIDADE .....	145
3.3. A JUSTIÇA SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	162
3.4 O DIREITO PRIVADO E A TEORIA COMPLEXA DA JUSTIÇA: OS CONTORNOS DO DIREITO PRIVADO NA RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA SOCIAL E	

JUSTIÇA PARTICULAR.....	167
3.5 ANÁLISE PRIVADO-CONSTITUCIONAL DAS QUESTÕES CENTRAIS PROPOSTAS.....	190
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>202</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>220</b>

## INTRODUÇÃO

Imagine que um dado Estado institua que o critério de distribuição de direitos de propriedade imóvel ocorrerá com base na etnia. Os direitos de propriedade sobre bens imóveis seriam acessíveis somente aos indivíduos de determinada etnia. O esquema distributivo iria poder funcionar maravilhosamente bem, caso todos aceitassem ou se resignassem com essa situação. Toda a propriedade imóvel seria dividida entre os membros de uma etnia específica. Estaria aplicada a racionalidade distributiva de forma plena! Mas haveria justiça distributiva?

Imagine, ainda, que, em um dado Estado, se estabeleça que todos são absolutamente livres no sentido de disposição de seu corpo. Imagine agora que, com base nessa liberdade, contratos são celebrados para aquisição de órgãos humanos, de rins, córneas e, inclusive, corações. As pessoas contratariam, receberiam o pagamento (provavelmente de forma antecipada no caso dos fornecedores de corações) e entregariam seus órgãos, cumprindo exatamente o contratado. A racionalidade comutativa teria sido efetivada plenamente! Contudo, haveria justiça comutativa?

Agora, guarde e reflita sobre essas questões durante a leitura deste estudo, para que seja possível retomar essas indagações quando do capítulo final definidor da tese que será aqui defendida.

Em caráter prático, é também relevante a avaliação de uma importante decisão do tribunal brasileiro com maior poder jurisdicional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2

Distrito Federal<sup>1</sup>, através de seu órgão pleno, percebeu uma questão central para a compreensão da relação da Constituição Federal com o direito privado. A Corte Maior brasileira analisou o tema da função social no direito privado e acabou por fornecer subsídios para uma melhor análise dos fundamentos do direito privado a partir da Constituição. Da questão jurídica apresentada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho buscará fundamentos não somente teóricos, mas práticos, que possam confirmar a hipótese inicial da necessidade da compreensão da teoria complexa da justiça para fins de explicitação e ilustração da racionalidade do direito privado conforme a Constituição Federal.

A questão jurídica paradigmática analisada pela Corte Suprema do Brasil teve por conteúdo a constitucionalidade de alguns dispositivos da recente legislação de liquidação e recuperação de empresas<sup>2</sup>. As questões jurídicas centrais tratavam de três temas: 1) a exigência de lei complementar para disciplina de créditos trabalhistas em liquidação ou recuperação judicial; 2) a ausência de sucessão dos créditos trabalhistas em liquidações; e 3) a possibilidade de qualificação de parte dos créditos trabalhistas como preferenciais (até o valor de 150 salários mínimos nacionais), sendo a outra parte desses mesmos créditos classificada como créditos quirografários.<sup>3</sup> Os temas citados foram decididos, principalmente, pela análise da

---

<sup>1</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I -Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II -Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III -Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. IV -Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho. V – Ação direta julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3934-2 – DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewndowski, pub. 06/11/09).

<sup>2</sup> Lei n. 11.101 de 2005.

<sup>3</sup> Os dispositivos alegadamente inconstitucionais são:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1o do art. 141 desta Lei.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

[...]

VI – créditos quirografários, a saber:

função social da empresa em expressa relação com a função social da propriedade e do contrato, combinada com os princípios da livre-iniciativa, da valorização do trabalho e, principalmente, da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>. A decisão, por conseguinte, fornece subsídios e autoridade para discussão, em termos constitucionais, dos casos situados no limiar entre o direito público e o direito privado, baseados em fundamentos de justiça comutativa, distributiva e justiça social.<sup>5</sup>

Como pode a função social da propriedade, do contrato e da empresa fundamentar uma decisão contrária aos interesses de um grupo (trabalhadores) qualificado como frágil na sociedade? A função social não preconiza justamente a proteção do mais fraco e o equilíbrio de poder nas relações sociais? A presente tese parte da premissa de que a doutrina atual jusprivatista, tanto formalista/voluntarista quanto funcionalista social ou econômica, não apresenta uma explicação adequada para essa questão e, diante dessa ausência, objetiva esclarecer o problema com base no debate contemporâneo sobre o papel da teoria da justiça e da Constituição no estudo do direito privado.<sup>6</sup>

---

[...]

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

[...]

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

[...]

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

[...].

<sup>4</sup> Os dispositivos supostamente violados pela Lei 11.101/2005 são os artigos 1º, III e IV; 6º; 7º, I e 170, VIII, da Constituição Federal.

<sup>5</sup> Importante referir que, até o momento de finalização desta tese, a decisão analisada não havia transitado em julgado em virtude de interposição de dois embargos de declaração e, posteriormente, dois agravos regimentais, sendo que o último andamento informa que um dos agravos regimentais interposto foi julgado e teve seu provimento negado (decisão publicada em 31/03/2011).

<sup>6</sup> Como demonstra Claudio Michelin, não se está a defender a justiça como fundamento de validade do direito, mas como critério de avaliação do direito justo. “There is a conceptual connection between positive law and justice and, more specifically, particular justice, which has by and large eluded legal theorists. That connection runs in the opposite direction to the one legal theorists are most familiar with. The argument I put forward here does not aim at proving that justice is (or is not) conceptually necessary for law to be e.g. valid, authoritative, binding, obligatory, an aspect of practical reason, etc. Instead I argue that positive law is a necessary condition for arguments invoking particular justice to make sense. To put it more generally, in matters pertaining to particular justice,

O trabalho retoma algumas questões anteriormente analisadas pelo seu autor<sup>7</sup>: o direito privado tem objeto específico, diverso do direito público?<sup>8</sup> O direito privado tem uma finalidade própria? Tal finalidade poder ser compreendida como a garantia da manutenção de uma “igual liberdade”<sup>9</sup> aos participantes de relações privadas?

A análise aqui desenvolvida pretende, fundamentadamente, apresentar uma resposta a essas questões. Contudo, como será demonstrado, essa finalidade central do direito privado é complementar a uma finalidade antecedente, constituindo-se como dependente da definição do que consiste não somente uma “igual liberdade”, mas, sim, uma “igual dignidade”<sup>10</sup> em um dado ordenamento

---

which include both commutative and distributive justice, positive law is a condition for moral arguments to make sense.” (MICHELON, Claudio. *The Virtuous Circularity between Positive Law and Particular Justice*. Working Paper Series, University of Edinburgh, School of Law. n. 2011/11, 2010. p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1791807>>. Acesso em: 18 nov. 2010.).

<sup>7</sup> Fundamentos da responsabilidade Civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre formalismo e funcionalismo no direito privado.

<sup>8</sup> Nesse aspecto da divisão entre público e privado, interessante, desde já, citar a obra fruto do debate entre professores das universidades de Paris II e Oxford: “En fin de compte, Il apparaît qu'une vraie convergence est un train de s'établir, lês deux droits tendant vers une position médiane dans laquelle La division du droit public et du droit prive n'est ni fanatiquement défendue, ni agressivement dénoncée, mais simplement considérée comme pertinente et moyennement riche de substance à La fois”. FREEDLAND, Mark e AUBY, Jean-Bernard. *The Public Law/Private Law, Une entente assez cordiale? La distinction Du droit public et du droit prive: regards français et britanniques*. Oxford/Portland: HART Publishing, 2006. p. 07.

<sup>9</sup> O sentido de igual liberdade é o extraído da análise de Richard Wright: “There are two principal types of moral theories. The first 'corporate welfare' type identifies the good with the corporate or aggregate welfare of the community or society as a whole, while the second 'equal individual freedom' type identifies the good with the equal freedom of each individual in the community or society”. (WRIGHT, Richard W. *Right, justice and tort law*. In: *PHILOSOPHICAL Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University, 2001. p.161).

<sup>10</sup> O sentido de igual dignidade aqui defendido se vincula à análise de Martha Nussbaum sobre a compreensão da dignidade humana a partir da perspectiva das capacidades humanas, que teria sido fruto de uma tradição iniciada com os gregos: “For several centuries, an approach to the foundation of basic political principles that draws its key insights from Aristotle and the ancient Greek and Roman Stoics has played a role in shaping European and American conceptions of the proper role of government, the purpose of constitution-making, and the nature of basic constitutional entitlements. This normative approach, the ‘Capabilities Approach’ (CA), holds that a key task of a nation’s constitution, and the legal tradition that interprets it, is to secure for all citizens the prerequisites of a life worthy of human dignity — a core group of “capabilities” — in areas of central importance to human life”. (NUSSBAUM, Martha C. *The Supreme Court 2006 Term Foreword: Constitutions And Capabilities: “Perception” Against Lofty Formalism*. *Harvard Law Review*, v. 121:4, [s.d.]. p. 7)

constitucional. Tal conceito de “igual dignidade” será definido aqui como um núcleo de direitos e deveres fundamentais que iguala e dignifica os membros de uma comunidade constitucional através da garantia das condições básicas para o desenvolvimento das capacidades humanas básicas.

A tese que aqui se apresenta visa a compreender quais são as teorias que atualmente dominam a análise do direito privado, suas características e incompletudes, para, posteriormente, defender a possibilidade de uma teoria que explique a efetiva racionalidade prática do direito privado nos termos da teoria da justiça à luz da Constituição Federal Brasileira. Mais especificamente, a tese defendida está baseada no argumento central de que o direito privado somente pode ser entendido pela sua racionalidade através da compreensão da teoria da justiça em termos mais complexos do que aqueles que estão sendo elaborados no debate atual centrado na dualidade justiça comutativa-justiça distributiva. O argumento principal visa a esclarecer que, somente através da retomada da importância da justiça geral – mais especificamente de sua versão contemporânea como justiça social – definidora de uma “igual dignidade” em termos de direitos e deveres fundamentais numa dada sociedade, é possível compreender o papel da justiça comutativa (corretiva/sinalagmática)<sup>11</sup> no direito privado, bem como a possibilidade a necessidade de implementação de uma racionalidade nos termos da justiça distributiva para alguns institutos do direito privado em determinados contextos sócio-econômicos em que a racionalidade comutativa fere as bases fixadas pela justiça social a partir da Constituição.

A teoria e a filosofia do direito têm hoje o tema como uma questão relevante. Basta analisar a produção acadêmica das últimas três décadas – que será abordada ao longo desta tese -voltada para a discussão sobre a tensão entre a justiça comutativa e a justiça distributiva como racionalidades conflitantes na busca do entendimento do direito privado. O debate, ainda, como será observado, recebe

---

<sup>11</sup> O trabalho utiliza, principalmente, a denominação justiça comutativa como abrangendo a justiça corretiva e a justiça sinalagmática, eis que a tradição dos estudos da justiça, a partir dos escritos de Tomás de Aquino, tendeu a seguir essa denominação, sendo que ela se apresenta como mais funcional aos objetivos deste estudo por englobar duas formas de justiça: corretiva e sinalagmática. O tema, apesar de não ser o foco da presente tese, é desenvolvido com mais detalhe no ponto 1.1 infra.

diversa nomenclatura, assim como diferentes contornos, dependendo do contexto em que é travado<sup>12</sup>. Além da dicotomia justiça comutativa-justiça distributiva, fala-se do formalismo (estruturalismo) em contraposição ao funcionalismo; nos Estados Unidos da América, desenvolve-se a controvérsia da Law and Economics<sup>13</sup> contra as teorias centradas na concepção de Fairness<sup>14</sup>. No Brasil, a dicotomia apresenta-se mais bem delineada pela contraposição entre uma análise voluntarista, que preserva uma ideia da tradição liberal dogmática de direito privado nos termos desenvolvidos no século XIX, em conflito com uma visão da funcionalização social nos moldes do chamado Direito Social, que finca origem no coletivismo europeu.<sup>15</sup>

O tema ganha especial relevância no Brasil diante de um quadro de normas constitucionais e de direito privado que expressamente determinam a funcionalização dos institutos de direito privado, interpretados segundo uma diretriz constitucional de proteção à dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade, como bem ilustra a decisão paradigmática da ADI nº 3.934-2, aqui analisada. Tal contexto de produção de normas funcionalizantes é propício, por conseguinte, para o objetivo que aqui se apresenta, haja vista que a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Lei de Liquidação e

---

<sup>12</sup> Necessário destacar que os debates mencionados não guardam identidade de conteúdo e de temas, mas correlacionam-se na questão central de uma visão centrada numa análise mais formal ou mais funcional, ou com algumas variações de funcionalidades.

<sup>13</sup> Direito e Economia, também tratada por alguns acadêmicos como Economics Analysis of Law (Análise Econômica do Direito). Vide definição de MERCURO E MEDEMA: "Today, Law and Economics can be defined as the application of economic theory (primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics) to examine formation, structure, processes, and economic impact of Law and legal institutions". (MERCURO, Nicholas & MEDEMA, Steven G. Economics and the Law: From Posner to Post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 4).

<sup>14</sup> Assim mapeia a controvérsia o Professor de Yale, Jules Coleman, no que se refere à análise do instituto da Responsabilidade Civil: "In contemporary tort theory, both economists and moralists advance the view that tort law can be understood as the embodiment of one fundamental, overarching principle. For economists it is the principle of efficiency.' For some moralists, like George Fletcher, it is the principle of reciprocity of risk. While for others, like Richard Epstein, it is the principle of causal responsibility. In contrast, I reject the idea that the practice can be understood as a unified whole and argue that tort law implements a variety of different principles and policies. Some of these are economic in nature, others moral. In this Essay, I develop the underlying moral principle involved in tort law-the principle of corrective justice." (COLEMAN, Jules. The Mixed conception of Corrective Justice. 77 Iowa Law. Rev. p. 427, 1991-1992. p. 427).

<sup>15</sup> Em Portugal, a dicotomia é profundamente analisada pela obra de Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998.).

Recuperação de Empresas, entre outras, recebem nova interpretação, que, segundo o estágio da doutrina atual, define uma tendência de migração de uma concepção formalista estritamente centrada na justiça comutativa para uma compreensão preponderantemente coletivista da funcionalização social do direito privado. Ademais, em outros sistemas, como o norte-americano, destaca-se uma funcionalização econômica<sup>16</sup>. A tese, nesse aspecto, visa a contribuir para uma melhor compreensão desse fenômeno de funcionalização, possibilitando uma melhor prática do direito privado e de seus institutos característicos. Nesse compasso, é relevante destacar o ensinamento de Norberto Bobbio:

Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre a abordagem estruturalista e a abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (a que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda.<sup>17</sup>

Contudo, nem todos são acordes com essa ideia de recuperação da compreensão da dicotomia entre forma (estrutura) e função (finalidade) centrada nas concepções de justiça, com base na tradição clássica, nos termos de uma análise que transita entre racionalidades comutativa e distributiva, preferindo uma compreensão preponderantemente sociológica, ao atribuir ao movimento chamado de Direito Social – o qual tem origem principal na sociologia solidarista de Hegel, Comte, Durkheim, Jhering e Duguit - o papel central na compreensão da racionalidade desse fenômeno de funcionalização. Ademais, mesmo admitindo a importância da doutrina solidarista e do Direito Social, principalmente em análises sociológicas, a recuperação das noções de razão prática e justiça não pode ser

---

<sup>16</sup> Também nos E.U.A., a funcionalização social está presente, como exemplifica a análise de Alexander, Gregory S.: “I argue that American property law, both on the private and public sides, includes a social-obligation norm, but that this norm has never been explicitly recognized as such nor systemically developed. I argue that a proper understanding of the social obligation explains a remarkably wide array of existing legal doctrine in American property law, ranging from the power of eminent domain to the modern public trust doctrine. In some cases, social obligation reaches the same result as law and economics, but in other cases it does not. Even if it reaches the same result as law and economics, social obligation theory provides a superior explanation”. (ALEXANDER, Gregory S. *The Social-Obligation Norm in American. Property Law*. Cornell Law Faculty Publications, Cornell Law Library Year 2009, Cornell Law Review, v. 94, ago. 2009. p. 745.)

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Baccacia Versiani; ver. Orlando Seixas Bechara, Renata Negamine, Barueri, SP: Manole, 2007. p. 53.

realizada à margem da filosofia clássica, especialmente da tradição aristotélica, como será demonstrado neste trabalho. Daí por que não é possível afastar da análise do fenômeno da funcionalização a teoria da justiça e sua relação com o direito privado, ainda que, mais uma vez, reconhecendo as conquistas do movimento do Direito Social, da Análise Econômica do Direito e mesmo do Formalismo Voluntarista.

O debate está aberto e tal abertura pode ser explicada pela diversidade das premissas que principiam as diversas construções teóricas. Imprescindível, nesse contexto, definir as premissas que sustentam a presente tese e que serão desenvolvidas ao longo do trabalho: 1) a teoria da justiça, nos termos da tradição do pensamento ocidental, tem uma complexidade para além da dicotomia justiça comutativa e justiça distributiva, essencial para a compreensão da racionalidade do direito privado; 2) a complexidade é relevante para o entendimento do direito privado, pois tanto a justiça comutativa quanto a justiça distributiva são espécies da justiça particular, que, por sua vez, é complementar, eis que parte da justiça geral, modernamente, social; 3) a justiça e a justiça social constituem conceitos centrais para o direito e, conseqüentemente, para o direito privado, consoante, inclusive, expressa previsão normativa insculpida na Constituição Federal Brasileira<sup>18</sup>; 4) o caráter complementar entre a justiça social e a justiça particular (comutativa e distributiva) é reforçado pela própria norma constitucional, sendo que essa norma acaba por conformar juridicamente a precedência da justiça social em relação à particular e as situações em que deve prevalecer a justiça comutativa e aquelas nas quais a racionalidade da justiça distributiva deve, excepcionalmente, preponderar no direito privado, de forma a fornecer uma justiça substantiva que permita a compreensão da modulação entre justiça comutativa, justiça distributiva e justiça social nos diversos institutos de direito privado.

A tese desenvolvida assemelha-se, em vários aspectos, à análise proposta por Castanheira Neves sobre os modelos alternativos de exercício jurisdicional do

---

<sup>18</sup> O Preâmbulo da Constituição Brasileira estabelece que a justiça constitui um dos valores centrais, conjuntamente com a harmonia social e a liberdade. O valor da justiça, nos dispositivos constitucionais seguintes, acaba por referir a justiça social, o que demonstra a primazia desse sentido de justiça para o ordenamento jurídico.

direito. As semelhanças residem justamente na proposição da existência de três modelos fundamentais de compreensão do direito em termos teóricos na atualidade, que, na visão do jurista lusitano, seriam: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo. Apesar de essa divisão proposta não se vincular diretamente aos sentidos de justiça como defendido neste trabalho, ela é válida no sentido de identificação dos modelos apresentados nos três capítulos da tese: o primeiro capítulo sobre o formalismo fundado na justiça comutativa; o segundo capítulo apresentando o funcionalismo e sua racionalidade, principalmente, distributiva e o terceiro baseado na visão constitucional centrada na justiça social e na “igual dignidade”. Nesse aspecto, interessante referir as relevantes palavras do professor português:

Os modelos em causa são três – julgo não errar muito nesta conclusão. São eles o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo. Dir-se-á, é certo, que quanto ao primeiro deles temos falado da sua actual superação e expusemos alguns elementos que o comprovam. Mas nem por isso deixa de ser uma referência indispensável, como imediato antecedente histórico que é, nem se poderão negar as linhas de uma sua tentada recuperação, já pela atrás aludida recuperação do liberalismo radical, já pelo pensamento jurídico analítico e em alguns pontos pelo próprio funcionalismo sistêmico.<sup>19</sup>

A tese é desenvolvida em carácter principalmente teórico e filosófico<sup>20</sup>, pelo método hipotético-dedutivo. Não se trata de um trabalho de análise dogmática do direito privado, tampouco de um trabalho de sociologia, economia ou história do direito privado, apesar de reflexões sobre todos esses aspectos estarem presentes e

---

<sup>19</sup> CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 15.

<sup>20</sup> Nesse aspecto, vale ressaltar os ensinamentos de Stephen Smith sobre uma explanação teórica e/ou filosófica que busca apresentar princípios que garantam coerência e racionalidade para o direito: “A theoretical or philosophical explanation of the law is assessed by different criteria. The general aim of such an account is to make sense of the law—to render it intelligible—so far as this is possible. By definition this goal is better achieved by a theory that shows how the law is or might be thought to be explained by a relatively small number of principles. These principles should be coherent in the sense of fitting together or at least not being inconsistent with one another. A philosophical theory that shows the law as giving effect to a random set of disconnected principles is less successful at rendering the law intelligible than a theory which shows the law as based on a coherent set of principles. Of course, the theory must also fit the facts—the law—that it explains, and we cannot expect the law, which is after all a human institution, to be perfectly intelligible. But a philosophical theory of the law is nonetheless judged by the extent to which it shows the law to be intelligible”. (SMITH, Stephen A. *Troubled Foundations for Private Law: A Review Essay of 'The Foundations of Private Law' by James Gordley* (September 9, 2008). *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 21, n. 2, p. 458-476, 2009. p. 464-465).

se constituírem como arcabouço fundamental para a compreensão da tese de teoria e filosofia do direito privado aqui defendida. Ademais, apesar de, desde o princípio, aqui se definir uma hipótese – a da análise complexa da justiça no sentido de explicar a racionalidade do direito privado nos termos constitucionais –, o estudo será permeado pela discussão de um problema prático supracitado (ADI nº3.934-2). A análise da decisão paradigmática faz-se importante, pois, como sustentou Aubenque, na tradição iniciada por Aristóteles ao defender justamente a importância da prudência, não há como desvincular o saber prático do saber teórico, eis que esses saberes são complementares nessa tradição.<sup>21</sup>

Além do caso paradigmático acima transcrito, a tese busca ilustrar suas conclusões através do enredo da peça “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. A vinculação entre o direito e a literatura presta-se, nesta situação, para exercitar as situações em que se poderia admitir uma migração de uma racionalidade estritamente comutativa para uma racionalidade distributiva com fundamento na justiça social. O negócio jurídico celebrado entre Shylock e Antônio e a execução da garantia, no caso do inadimplemento, refletem, exatamente, essa possível tensão entre comutação e distribuição, que será explorada para fins de análise dos possíveis argumentos aqui apresentados.

Sucintamente, o enredo da peça apresenta a seguinte questão jurídica: o mercador, Antônio, querendo ajudar um amigo, Bassânio, que pretende viajar em busca da mulher amada, Pórcia, mesmo não possuindo recursos para auxiliar no momento necessário<sup>22</sup>, decide pedir um empréstimo a Shylock, um agiota (seu

---

<sup>21</sup> Pierre Aubenque, na sua obra *A prudência em Aristóteles*, busca demonstrar que Aristóteles, ao desenvolver a análise da razão prática, da prudência, ao lado da razão teórica, jamais as afastou: “A prudência representa, desde então, menos uma dissociação entre a teoria e a prática e a revanche da prática sobre a teoria, do que uma ruptura interior da própria teoria” (AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Trad. Marisa Lopes. São Paulo, Discurso editorial, 2003. p. 38).

<sup>22</sup> Assim o diálogo entre Antônio e Bassânio:

“BASSÂNIO — Em Belmonte há uma jovem que de pouco recebeu grande herança. É muito linda e, mais do que esse termo, de virtudes admiráveis. Outrora eu recebi de seus olhos mensagens inefáveis. Chama-se Pórcia, inferior em nada à filha de Catão, Pórcia de Bruto. Não lhe ignora o valor o vasto mundo. pois pelos quatro ventos lhe têm vindo de toda parte muitos pretendentes de fama sublimada. Como velo de ouro o solar cabelo lhe orna a fronte, o que transforma a sede de Belmonte em uma nova Cólquida, empenhando-se muitos Jasões no afã de conquistá-la. Ó meu Antônio! Se eu possuísse meios para poder apresentar-me como pretendente também, não me restara, diz-me o pressentimento, a menor dúvida de que eu viria a ser o felizardo.

inimigo). Shylock, judeu, tendo sido destrutado por Antônio, cristão, em situações anteriores, percebe que esse empréstimo pode lhe possibilitar uma forma de vingança em caso de não pagamento do débito no seu vencimento. Assim, Shilock concorda com o empréstimo, mas exige a garantia de uma libra de carne do corpo de Antônio em caso de incumprimento da obrigação<sup>23</sup>. Bassânio, com o empréstimo, consegue sucesso no pedido de casamento a Pórcia. Contudo, em meio à viagem de retorno de Bassânio, barcos em comércio pelo mundo, que configuram todo o patrimônio de Antônio, são perdidos. Sem dinheiro para saldar o débito no seu vencimento, Antônio vê Shilock exigir a garantia de uma libra de carne. O caso é levado ao Doge para que esse decida sobre a exigibilidade da garantia segundo as Leis de Veneza, claras no sentido da exigibilidade da garantia em termos comutativos. O Doge, diante da necessidade de exercício da jurisdição, manda consultar um magistrado sobre a exigibilidade da garantia. Nesse momento, Pórcia, fazendo-se passar por magistrado, vai a Veneza apresentar seu parecer sobre o caso. Através de um estratagema que enfoca a necessidade de interpretação literal da garantia, exatamente nos termos ressaltados por Shylock, Pórcia determina que Shylock tem direito à sua garantia, mas somente de uma libra de carne. Se retirar uma gota de sangue de um cidadão veneziano, Shylock será punido. O filme culmina com o fracasso da tentativa de vingança de Shylock ao exigir uma justiça estritamente comutativa. Pórcia, mesmo exaltando o valor do perdão e da possibilidade de flexibilização da segurança negocial em termos de comutação, caso esse perdão fosse dado, acaba tendo de usar uma interpretação contratual estritamente literal, para livrar Antônio de uma situação de extrema violação de sua

---

ANTÔNIO — Sabes que está no mar tudo quanto possuo. Dinheiro ora não tenho, nem disponho, nesta ocasião, de nada com que possa levantar qualquer soma. Sai a campo; põe à prova meu crédito em Veneza. Hei de espichá-lo ao último, contanto que te prepares para que em Belmonte vejas a bela Pórcia. Vai; informa-te por teu lado, como eu, onde há dinheiro para emprestar. Seria fato inédito nada obtermos agora com meu crédito”. (SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Trad. Nélson Jahr Garcia, Editor Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 20 dez. 2010. Ato I, Cena I).

<sup>23</sup> “SHYLOCK — Quero dar-vos prova dessa amizade. Acompanhai-me ao notário e assinai-me o documento da dívida, no qual, por brincadeira, declarado será que se no dia tal ou tal, em lugar também sabido, a quantia ou quantias não pagardes, concordais em ceder, por equidade, uma libra de vossa bela carne, que do corpo vos há de ser cortada onde bem me aprouver.

ANTÔNIO — Palavra, aceito! Assinarei a dívida e declaro que um judeu pode ser até bondoso.

BASSÂNIO — Jamais assinareis, por minha causa, um documento desses; antes quero continuar a passar necessidade.

ANTÔNIO — Nada temas, amigo, que eu não perco. Daqui a dois meses, isto é, um mês antes de se vencer a letra, espero certo receber nove tantos do que vale. (SHAKESPEARE, op. cit..).

dignidade, mais especificamente, o seu direito ao sangue, não objeto da contratação.

Nesses moldes, ilustrando as conclusões parciais geradas por meio de uma decisão do órgão pleno da Corte Maior Brasileira e de um clássico da literatura universal, nos primeiros capítulos da tese, são mapeadas as diversas teorias que atualmente estão focadas na dicotomia entre justiça comutativa e justiça distributiva, entre voluntarismo formalista e funcionalismo coletivista. O primeiro capítulo trata das diversas análises teóricas que estabelecem a justiça comutativa como racionalidade central do direito privado. O capítulo principia com os antecedentes históricos da visão formalista, seguidos da demonstração dos argumentos de Ernest Weinrib, o jurista que deu início ao acirramento do debate entre formalismo e funcionalismo no direito privado, ao defender o formalismo nos termos de uma ideia de direito privado estruturada na justiça corretiva aristotélica e no direito kantiano em contraposição direta à funcionalizante *Análise Econômica do Direito*<sup>24</sup>. No mesmo capítulo, ainda, é analisada a importante abordagem de Jules Coleman, argumentando, principalmente, sobre a importância da justiça comutativa no estudo da responsabilidade civil e admitindo um papel secundário à justiça distributiva, em termos pragmáticos, por vezes criticando e, em outras, concordando com a análise inicial de Weinrib. O capítulo, ainda, aborda aquela que pode ser considerada uma das mais completas análises atuais sobre direito privado nos termos da tradição jusprivatista: a teoria dos fundamentos do direito privado de James Gordley<sup>25</sup>. Assim, são demonstradas as inúmeras virtudes da teoria de Gordley, mas, também, a sua incompletude decorrente da ausência de racionalização sobre a relação entre justiça comutativa e justiça distributiva no direito privado e a importância da justiça social nessa modulação de racionalidade.

No segundo capítulo, iniciando novamente com um breve apanhado histórico, são analisadas as concepções de direito privado que acabam por determinar a sua racionalidade nos termos da justiça distributiva. Primeiramente, a análise da Teoria

---

<sup>24</sup> Vide: WEINRIB, Ernest. *The idea of private Law*. Harvard Cambridge: University Press, 1995.

<sup>25</sup> A obra principal: GORDLEY, James. *Foundations of private Law: property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2007.

do Direito Social já antes mencionada, que, com raízes no solidarismo sociológico de Comte, Durkeim, Duguit, Jhering, Gierke e Ewald, estabelece uma aplicação do direito privado diretamente vinculada a valores sociais, como a proteção dos mais frágeis e o equilíbrio de poder entre indivíduos ou grupos na sociedade. Assim, normas constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade e a função social da propriedade, acabam por ter, indiscriminadamente, justificada uma aplicação não mediada pela análise do papel e da importância das formas de justiça comutativa como principal forma de complementação da justiça social nas relações privadas. O Direito Social, como será detalhado no segundo capítulo, acaba, equivocadamente, defendendo uma preponderância absoluta da justiça distributiva na disciplina das relações privadas, estabelecendo um coletivismo tão pernicioso quanto o extremo individualismo. Além do Direito Social e suas características, o segundo capítulo busca demonstrar as características da concepção de direito privado da Análise Econômica do Direito e como a definição da eficiência econômica como finalidade para o Direito acaba também por estabelecer uma racionalidade nos moldes da justiça distributiva, subjugando o indivíduo aos interesses coletivos e fulminando a importância do valor do indivíduo e da justiça comutativa. Por fim, o segundo capítulo encerra-se com algumas tentativas igualitaristas, rawlsianas, como as de Ripstein<sup>26</sup> e Perry<sup>27</sup> de compreensão do direito privado fundado tanto na racionalidade comutativa como na racionalidade distributiva numa visão procedimental da teoria da justiça.

No terceiro e definitivo capítulo, é abordado, especificamente, o argumento principal aqui defendido, qual seja: de que o direito privado é caracterizado por racionalidades centradas na justiça comutativa e na justiça distributiva, moduladas pelas premissas fixadas pela justiça social, que define uma justiça substantiva, tendo por objetivo “igual dignidade e reconhecimento” dos indivíduos. O contexto socioeconômico de atuação do direito acaba por conformar uma dada forma de justiça social através da Constituição, que, por sua vez, norteia a modulação das racionalidades comutativa e distributiva nos diversos institutos jusprivatistas. No

---

<sup>26</sup> RIPSTEIN, Arthur. Private Order and Public Justice: Kant and Rawls. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 7, p. 1391-1438, nov. 2006.

<sup>27</sup> PERRY, Stephen R. On the Relationship between Corrective and Distributive Justice. In: HORDER, Jeremy (ed.),. *Oxford Essays in Jurisprudence* 237. 4. ed. [s.l.]: [s.e.], 2000.

presente argumento, portanto, a determinação dessas racionalidades não é aleatória, nem é um misto de racionalidades, pois tanto uma racionalidade comutativa quanto uma racionalidade distributiva estão a depender de um sentido e de uma racionalidade anterior, da racionalidade da justiça geral aristotélica (justiça legal tomista) ou, como abordado no direito constitucional atual, na sua versão contemporânea denominada de justiça social (centrada não na honra, mas, sim, na dignidade). A forma da ordem legal da justiça social voltada para “igual dignidade e reconhecimento”, por sua vez, depende do contexto de cada sociedade, sendo percebida e implementada pela atuação político-jurídica. Para tanto, o capítulo terceiro inicia com um breve resgate desse sentido de justiça e sua transformação ao longo da tradição no pensamento jurídico e filosófico ocidental, para, em seguida, demonstrar os contornos desse novo sentido de justiça e a dependência da justiça particular, através da ideia de garantia da “igual dignidade” acima mencionada, enfocando o papel dos direitos fundamentais na compreensão desse conteúdo de “igual dignidade” e da razão prática.

O trabalho demonstra que uma análise centrada apenas na forma (estrutura) é incompleta, assim como uma análise centrada apenas na funcionalidade dos institutos. A compreensão da justiça substantiva da justiça como elemento finalístico e estruturante do direito só pode ocorrer pela compreensão de que fins (funções consequentemente) e formas são mutuamente complementares. Tal correlação entre fins e forma, no direito privado, somente pode ser apreendida pela retomada da centralidade do sentido de justiça geral/social. A justiça social é o campo primeiro para a compreensão e a percepção dos fins exigidos em cada contexto socioeconômico e a fixação da ordem legal condizente com a persecução desse fim. No Direito de um dado Estado, é a Constituição que percebe e define, principalmente, os termos de justiça social e, assim, a conformação dos fins. Com base nessa definição dos fins, é possível determinar a conformação (a forma) da justiça particular, mais detalhadamente, o papel da justiça comutativa e o papel da justiça distributiva na persecução desses fins e sua aplicação no direito privado. No caso do direito privado brasileiro, a manutenção da “igual dignidade” e do consequente “igual reconhecimento” nas relações privadas, dentro das condições próprias da realidade brasileira.

Estabelecida essa relação no anseio de explicitar a ideia de uma análise complexa da justiça e sua importância para a compreensão da justiça particular no direito privado e para as alternâncias de racionalidades possíveis entre os institutos de direito privado ou, ainda, na análise de um mesmo instituto em diferentes contextos de atuação, a parte final do estudo demonstra como está estabelecida a justiça social, constitucionalmente centrada no fim de garantia de “igual dignidade”<sup>28</sup> a todos nas relações privadas, e como essa conformação constitucional acarreta consequências decisivas para a compreensão do direito privado em termos de justiça comutativa e justiça distributiva. Nesse aspecto, como princípios constitucionais fundamentais correlatos à dignidade da pessoa humana, como da igualdade, da liberdade e da solidariedade, determinam um direito privado centrado numa racionalidade comutativa mantenedora dessa “igual dignidade”, ou como se admite uma racionalidade distributiva, quando uma nítida escassez de bens e direitos afeta a “igual dignidade” como desenvolvimento das capacidades humanas básicas, em termos meramente comutativos<sup>29</sup>. Nesse compasso, como a justiça comutativa tem por função a manutenção desses valores em termos de garantia da “igual dignidade” em relações correlativas e como a justiça distributiva tem uma função de distribuição de bens em situações de escassez de bens necessários para a garantia das capacidades humanas básicas em relações privadas em que a “igual dignidade” interna ou externa à relação estará a ser prejudicada pela aplicação de uma jurisdição estritamente em termos comutativos.

O estudo, ao final, retoma integralmente o caso paradigmático supracitado (ADI nº3.934-2) de aplicação da função social da empresa por parte do órgão pleno do Supremo Tribunal Federal e a peça de Shakespeare, para demonstrar e exemplificar como o argumento, pela análise complexa dos sentidos de justiça, dá

---

<sup>28</sup> A compreensão da igual dignidade será consubstanciada no terceiro capítulo pela análise da “Capabilities Approach” de Amartya Sen e Martha Nussbaum, sobretudo, nas seguintes obras: SEN, Amartya. *The idea of justice*. Kindle’s edition, 2010; e NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice – Disability, Nationality, Species Membership*. Harvard University Press, Kindle’s Edition, 2007.

<sup>29</sup> Nesse aspecto, secundariamente, pretende-se também demonstrar como existe uma relevante diferença entre a modulação comutatividade e distributividade realizada pelo poder legislativo e pelo poder judiciário. Como os princípios e a argumentação jurídica têm destacado papel nessa possibilidade de modulação por parte do poder judiciário e como o debate político prepondera na modulação determinada pelo poder legislativo.

conta de uma forma mais completa da racionalidade do direito privado em relação aos seus fundamentos.

## CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, a tese apresentada buscou delinear as teorias que dominam o direito privado na atualidade através da demonstração das características, dos méritos e das incompletudes dessas teorias. Contudo, em virtude dos problemas de racionalização do direito privado, foi defendida a possibilidade de uma teoria para a compreensão integral da racionalidade do jusprivatista com foco na teoria da justiça e na dignidade humana. A tese defendida está centrada no argumento de que o direito privado somente pode ser integralmente compreendido em sua racionalidade pela visão complexa da teoria da justiça, de maneira a superar a dualidade justiça comutativa-justiça distributiva que domina nas divergentes teorias atuais. O argumento principal apresentado é o da centralidade da justiça geral, na sua formatação atual da justiça social, que, a partir da igual dignidade-reconhecimento dos seres humanos, institucionalizada por direitos e deveres fundamentais, permite o entendimento do papel da justiça particular (comutativa e distributiva) nos diversos institutos do direito privado.

Foi demonstrado que o tema se configura como de extremo relevo ante as normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a funcionalização dos institutos de direito privado. Para tal demonstração, nas diversas etapas do trabalho, foi desenvolvida a análise da decisão paradigmática da ADI nº3.934-2, que trata da constitucionalidade de normas previstas na Lei Falimentar Brasileira com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, da solidariedade, da função social da propriedade e da empresa. O objetivo aqui almejado foi o de demonstrar que a interpretação da Constituição Federal Brasileira, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da Lei de Liquidação e Recuperação de Empresas, entre outros instrumentos normativos, demanda hoje uma racionalidade que supere a concepção formalista estritamente fundada na justiça comutativa, sem descambar para uma compreensão coletivista da funcionalização social do direito privado em arranjos de justiça distributiva, pois

essa visão coletivista gera, como se buscou demonstrar no segundo capítulo, uma primazia do coletivo sem a preservação adequada do devido valor do ser humano.

A primeira das causas apontadas referente à crise de racionalidade no direito privado foi a da desconexão do direito privado moderno com os seus fundamentos centrados na tradição aristotélica da justiça. Como ficou demonstrado no primeiro capítulo, tais fundamentos serviram de base para a descoberta de soluções jurídicas pelos jurisconsultos romanos e para a sistematização dessas soluções pelo jusnaturalismo moderno, segundo se pode depreender dos escritos apontados de Grócio e Pufendorf. Contudo, a desconexão iniciada já com Grócio e Pufendorf se completou nos séculos XVIII e XIX, culminando com a teoria formalista da primeira fase da escola pandectista, de enorme influência para o direito privado.

Foi defendido, entretanto, que, apesar de a desconexão ter afastado os sentidos de justiça como referência filosófica central nas teorias jusprivatistas, mesmo considerando a nova influência da filosofia kantiana, para a devida compreensão da racionalidade do direito privado, não se pode afastar a teoria da complexa da justiça como elemento central de racionalidade no direito privado, pois, nos dois momentos cruciais da tradição desse ramo do conhecimento (o período clássico do direito romano e o período da sistematização jusracionalista), a teoria da justiça configurou a base principiológica central.

Nesses termos, primeiramente, foram avaliadas as teorias centradas na justiça comutativa. A presença do formalismo na teoria do direito privado atual foi traçada a partir da ideia de direito privado defendida por Ernest Weinrib, jurista de destaque na tentativa de resgatar um direito privado nos termos do direito kantiano (ponto 1.2). A teoria de Weinrib concentra-se na forma (estrutura) que seria própria do direito privado. O conhecimento da forma especial do direito privado possibilita, segundo Weinrib, uma análise interna, a qual determina uma estrutura especial que confere um caráter, um tipo e uma unidade própria para as relações de direito privado. A estrutura do direito privado, assim, é apresentada por Weinrib através do sentido de justiça corretiva, do direito kantiano e das noções essenciais de coerência, bipolaridade, correlatividade e personalidade.

O segundo teórico da justiça comutativa estudado foi Jules Coleman (ponto 1.3). O trabalho buscou demonstrar que Coleman defende uma visão mista de justiça corretiva, intermediária entre visão anulativa e visão relacional, no entendimento, sobretudo, do instituto da responsabilidade civil. A visão mista da justiça corretiva como racionalidade central da responsabilidade civil defende que as pessoas têm o dever de reparar as perdas indevidas pelas quais são responsáveis, compartilhando, assim, com a visão anulativa o entendimento de que as perdas indevidas têm conteúdo moral central e não os ilícitos, mas, por outro lado, compartilhando com a visão relacional a crítica de que a visão anulativa centrada apenas na eliminação da perda indevida obscurece a relação entre o ilícito do ofensor e a reparação da perda do ofendido. Contudo, foi demonstrado que o pragmatismo de Coleman permite que ele admita a racionalidade distributiva no direito privado, desde que seja essa racionalidade coerente com as práticas sociais, o que, segundo seu entendimento, não acontece com a visão de Direito e Economia, que altera as práticas e os institutos tradicionais do direito privado, inserindo uma racionalidade divergente de forma impositiva e incoerente. Coleman, ainda, em trabalho desenvolvido com Ripstein, se aproxima do Liberalismo-igualitarista, ao defender uma análise mista de justiça corretiva e justiça distributiva em situações em que bens primários (no sentido rawlsiano) são afetados em casos de infortúnios. A análise dos teóricos da justiça comutativa prosseguiu com os fundamentos do direito privado defendidos por Gordley (ponto 1.4). O jurista desenvolve uma teoria aristotélica que pode ser resumida em três princípios. O primeiro princípio seria o da busca de uma vida humana de plena realização (eudaimonia), possível através de ações virtuosas fundadas na sabedoria prática (prudência). O segundo princípio é o da justiça distributiva, que visa a garantir a cada pessoa os recursos necessários para essa vida plenamente realizada. Finalmente, o terceiro princípio é o da justiça comutativa, que ensejaria a possibilidade de essas pessoas acessarem esses bens, sem afetar a mesma possibilidade de as demais pessoas também acessarem tais bens, garantindo a manutenção da equidade da distribuição.

Como foi demonstrado no primeiro capítulo, Gordley apresenta dois caminhos para a análise dos fundamentos do direito privado. O primeiro é traçado pelos princípios da prudência (direcionada à busca do bem dos indivíduos), da justiça distributiva e da justiça comutativa, avaliando a maneira pela qual esses princípios

fornece uma base para o entendimento dos problemas relativos aos diversos institutos de direito privado. O segundo caminho é desenvolvido pela avaliação de como os sistemas jurídicos existentes resolvem os problemas de direito privado e a vinculação com os princípios basilares supracitados. Gordley ainda analisa, nos seus estudos mais recentes, a atuação do Estado na adoção de normas paternalistas em virtude da pressuposição de que os cidadãos não tomariam as decisões adequadas ao bem individual e coletivo. Nesse aspecto, como foi explicitado, Gordley avalia que Finnis se equivoca ao interpretar a obra de Tomás de Aquino, bem com ao entender que o Estado estaria extrapolando o seu papel quando dessa forma atua, pois, na tradição aristotélica, inclusive na tradição tomista, o Estado pode determinar medidas referentes à moralidade em substituição às decisões livres dos cidadãos, em caráter excepcional, já que a Lei Humana não trata somente da justiça particular, mas também da justiça legal (que determina os deveres do indivíduo em relação à comunidade).

No ponto final do primeiro capítulo, foi demonstrado como a análise comutativa não fornece uma compreensão da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das normas da Lei de Quebras, pois, mesmo fundamentando a ausência de sucessão no caso de alienação de ativos da empresa falida ou em recuperação, não admite o fracionamento do crédito trabalhista para fins de classificação na ordem de preferência, pois tal arranjo distributivo centrado em fins sociais e coletivos da maioria em detrimento de uma minoria de credores fere a igual liberdade e o respeito à personalidade dos participantes da relação. O puro formalismo comutativo, como visto, pode gerar distorções em termos de justiça, pois a justiça comutativa se apresenta como uma forma de relação justa, cujo conteúdo deve ser previamente definido.

No segundo capítulo, foi traçado, primeiramente, um breve apanhado histórico, que apresenta o surgimento de uma visão moderna coletivista, contraposta à visão do individualismo liberal que dominou a era moderna até o século XIX, somente superada por uma importante nova corrente na tradição do pensamento ocidental capitaneada pela filosofia e pela sociologia de Hegel, Marx, Comte e Bentham. O coletivismo, que se caracteriza pela primazia do bem coletivo (do todo) sobre o bem individual, estruturou-se com base numa racionalidade funcional do

direito. No direito privado, foram apresentadas três vertentes contemporâneas principais dessa visão funcional: o funcionalismo do Direito Social, o funcionalismo de Direito e Economia e o Liberalismo-igualitarista. Nessas teorias, como analisado, o direito privado deixa de estar centrado na comutatividade, vindo a ser compreendido com base em arranjos distributivos, pois passa a ter que atender a finalidades coletivas diversas, não se restringindo à manutenção da igual liberdade dos formalistas. No ponto 2.2, foi avaliada a primeira teoria funcionalista, a do chamado Direito Social, que, como demonstrado, pode ser compreendida em três vertentes principais. A primeira, liderada por juristas alemães como Rudolph von Jhering e Otto Von Gierke, entende que o direito nada mais é do que um meio para a composição do poder e dos interesses conflitantes na sociedade. Nesse contexto, o direito serve como meio para conformar os diversos interesses conflitantes, através da fixação de finalidades dependentes dos interesses considerados prevalentes em cada norma. O conteúdo do direito é a utilidade refletida em cada interesse. As finalidades mencionadas são determinadas pelas vontades humanas em conflitos de interesses, ou, ainda, no conflito de poder na sociedade.

A segunda vertente do Direito Social foi influenciada diretamente pelo coletivismo de Comte e Durkheim e tem como representantes destacados, no direito, os franceses Duguit e Ewald, entre outros, que avaliam o direito privado como um sistema normativo voltado para uma igualdade material numa sociedade marcada por conflitos de poder entre fracos e fortes. A busca da igualdade material ocorre, sobretudo, através da limitação da atuação dos mais fortes e da proteção dos mais fracos nessas relações conflituosas, determinando, assim, uma análise funcional do direito focada no equilíbrio do poder nas relações privadas. O valor central que justifica as normas funcionais voltadas para o equilíbrio de poder é a solidariedade, a qual exige o sacrifício individual em favor do bem coletivo. Como demonstrado, Duguit, ao negar os direitos humanos, acaba por apresentar uma concepção solidarista da liberdade, segundo a qual a liberdade deve ser entendida como um dever e não como um direito.

A terceira vertente do Direito Social, influenciada por Karl Marx e pelo socialismo em geral, apresentou uma teoria socialista do direito privado. Liderada por Karl Renner e Menger, demonstrou que uma análise absolutamente formal e

abstrata própria do formalismo comutativo acarreta o favorecimento das classes pioneiras e vencedoras da Revolução Industrial, gerando a perda de liberdade econômica das classes desfavorecidas. Assim, a igual liberdade almejada pelo direito privado transforma-se na arma dos mais fortes contra os mais frágeis numa sociedade.

Dessa forma, foi defendido que o Direito Social desenvolve uma resposta jurídica aos desafios da industrialização, urbanização, massificação do consumo, entre outros fenômenos sociais e econômicos que potencializam as desigualdades incrementadas por um formalismo que não conseguia lidar com diferenças e desigualdades de maneira satisfatória. A solidariedade, portanto, é elevada à finalidade primeira na teoria do Direito Social, justificando finalidades de redistribuição de riquezas, progresso social, equilíbrio de poder e proteção ao mais fraco e funcionalizando o direito privado na busca dessas finalidades sociais coletivas.

Além disso, o Direito Social, de cunho predominantemente coletivista, reformulou-se, a fim de construir uma solução jurídica para o dilema entre a funcionalização de traços coletivistas e a preservação do valor do indivíduo. A solução foi gerada no movimento de constitucionalização do direito privado. A constitucionalização, segundo a análise aqui defendida, permitiu inserir valores de preservação do indivíduo como fundamento do direito privado através, sobretudo, das normas constitucionais de direitos fundamentais. O problema acarretado, entretanto, ocorreu pela dificuldade de lidar com valores não funcionalizados socialmente (dignidade humana e direitos fundamentais) num sistema funcional polarizado por finalidades coletivistas (desenvolvimento econômico, defesa de classes, redistribuição de renda e poder). O sistema constitucional criou, nessas condições de combinação de fins coletivistas com valores individuais, dilemas de racionalidade como os apresentados nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos créditos trabalhistas e sobre a penhora do bem de família do fiador. Dever-se-ia proteger o direito fundamental individual do trabalhador ou o objetivo de uma economia mais eficiente, que gera benefícios econômicos para todos? Dever-se-ia proteger o direito fundamental do fiador ou o bem coletivo da maioria das pessoas que acessa moradia através de locações?

A segunda teoria funcionalista apresentada foi a do Direito e Economia (ponto 1.4), que apresenta uma metodologia espelhada na ciência econômica. A metodologia econômica foi aqui apresentada com base em três premissas centrais: da escolha racional, do equilíbrio e da eficiência utilizados na compreensão das escolhas racionais frente ao problema da escassez de bens (condição decorrente da realidade de limitação de recursos) e da necessidade ilimitada de recursos por parte dos seres humanos. Seja através de uma análise descritiva ou de uma análise econômica prescritiva, o foco Escola do Direito e Economia é a busca da compreensão do direito a partir de suas consequências econômicas. Descrevendo ou prescrevendo, a Escola do Direito e a Economia tem por critério de avaliação a função das normas jurídicas na busca da eficiência econômica, da maximização do valor geral agregado, da utilidade coletiva. Apesar de algumas análises econômicas admitirem outras finalidades, em todas elas, a finalidade da eficiência econômica é o critério principal. Em algumas das mais importantes, como a de Shavel e Kaplow, a maximização do bem-estar é tão relevante que se configura como única finalidade a ser considerada na fundamentação das normas de direito privado.

As teorias Liberais-igualitaristas foram analisadas no ponto 2.4. Inicialmente, demonstrou-se que, para John Rawls, a sociedade seria constituída por um contrato social definido sob a condição de um consenso sobreposto, sob a premissa do pluralismo razoável, da democracia e da necessidade de certa cooperação entre os participantes. Nessas condições, seriam escolhidos os princípios básicos de justiça na chamada Posição Original, na qual indivíduos autointeressados estariam sujeitos ao Véu da Ignorância (situação de ignorância quanto às qualidades e características pessoais que os indivíduos terão na sociedade), sendo escolhidos dois princípios básicos de justiça: o princípio da igual liberdade (conjunto das liberdades básicas garantidas igualmente a todos os indivíduos) e o princípio da diferença (possibilidade de desigualdades, desde que proveitosas e acessíveis a todos os indivíduos em condição de igualdade de oportunidades e benefício máximo aos menos favorecidos).

Sobre o igualitarismo, ainda, foi apresentada a teoria de Dworkin, que defende um arranjo distributivo com duas ferramentas centrais: o leilão e o seguro. Quanto

ao primeiro, a premissa é a de que todos os recursos da sociedade estão à venda em um leilão do qual todos os membros da sociedade participam e têm o mesmo poder de compra (igualdade de pontos de partida), estando, dessa forma, aptos a apresentar lances pelos recursos escassos que atendem aos seus planos de vida. O seguro seria necessário, como visto, para o favorecimento dos participantes naturalmente prejudicados por condições pessoais não decorrentes de suas escolhas.

Por conseguinte, o igualitarismo de Rawls e Dworkin pressupõe arranjos distributivos, sobretudo nas ideias refletidas no princípio da diferença de Rawls e no seguro de Dworkin, voltados para a maximização de igualdade de oportunidades. Com base no igualitarismo, principalmente de Rawls, foi visto que Arthur Ripstein e Stephen Perry buscaram defender a possibilidade de compreensão da racionalidade comutativa como parte essencialmente integrante dos arranjos distributivos de Rawls, sobretudo como parte da garantia do seu primeiro princípio de justiça. Contudo, como ressaltado, a avaliação crítica de Kordana e Tabachnick demonstra que, nos arranjos distributivos de Rawls e Dworkin, nada se evidencia em relação à necessidade da justiça corretiva como parte integrante dos arranjos igualitaristas, ou seja, os arranjos igualitaristas podem ser pensados estritamente em termos distributivos.

No final do segundo capítulo, foi defendido que as diferentes teorias funcionalistas decorrem das diferentes finalidades eleitas por cada uma delas. O Direito Social busca o equilíbrio de poder, a proteção ao mais frágil e a solidariedade. Assim, o Direito Social discordaria, a priori, de todas as interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação da constitucionalidade das normas da Lei de Falências. O movimento Direito e Economia, na busca da eficiência econômica, concordaria com todas as interpretações da maioria dos Ministros (com a ressalva de que regras mais eficientes, como o fim integral do privilégio dos créditos trabalhistas, pudessem ser institucionalizadas). O Liberalismo igualitarista, centrado na maximização de direitos e oportunidades, defenderia o entendimento de que não há necessidade de lei complementar para a finalidade de disposição sobre direitos trabalhistas; aceitaria a diferença de classificação de hierarquia dos créditos trabalhistas pela preservação dos bens

primários e o proveito geral da limitação do privilégio, mas não poderia aceitar a não sucessão dos adquirentes em relação às obrigações da empresa em recuperação ou em falência, que são justificadas tão somente em argumentos utilitaristas, alijando os argumentos centrados nos direitos e na igualdade de oportunidades. Quanto à garantia da execução da libra de carne de Antônio, as soluções funcionalistas também divergiriam. O Direito Social, diante da vulnerabilidade de Antônio, na situação, considerando a necessária imposição da solidariedade, iria impedir a satisfação da garantia de Shylock. O movimento Direito e Economia reconheceria a validade da garantia, mantendo a segurança jurídica, gerando incentivos ao cumprimento das obrigações e atendendo, assim, a finalidade de maximização da eficiência econômica. O Liberalismo-igualitarista, por outro lado, não poderia concordar com a execução da garantia, pois essa medida iria violar os direitos à integridade física e à vida, que estariam racionalmente previstos como parte do primeiro princípio da justiça rawlsiano.

No terceiro e definitivo capítulo, constatou-se que, diante da complexidade de esquemas de racionalidade incomensuráveis, se apresentavam duas opções. A primeira, proposta por Waddams, é a de considerar essa complexidade naturalmente assistemática, aceitando vários princípios e dimensões aleatórios como fundamento do direito privado. A segunda possibilidade é a da existência de uma racionalidade para além das teorias rivais em conflito. A tese defendeu a segunda alternativa, no sentido de buscar apresentar uma forma de compatibilização das teorias formalistas e funcionalistas centrada no elemento compartilhado, a teoria da justiça. Para demonstrar como a teoria da justiça pode fornecer a racionalidade estruturante, foi identificado o problema central da incomensurabilidade das teorias rivais: a perda da relação do direito privado com a teoria da justiça ocorrida a partir da Escola do Direito Natural, que, ao se desvincular da metafísica da Antiguidade, iniciou um movimento gradativo de desconexão com a teoria da justiça, o qual culminou com o formalismo da Escola Histórica do Direito de Savigny e Puchta. O referido movimento afastou a compreensão do direito privado a partir da teoria da justiça e, praticamente, eliminou a justiça geral das análises jusprivatistas, mantendo apenas parcialmente seu vínculo com a justiça particular.

A solução pela racionalidade estruturante foi desenvolvida, nesse compasso, pela retomada da teoria da justiça na sua forma completa, para além da dicotomia entre justiça comutativa e justiça distributiva. A teoria da justiça na sua compreensão completa exige a retomada da justiça geral, sentido de justiça primeiro que articula os diversos sentidos de justiça e agrega substância. A justiça distributiva e a justiça comutativa determinam formas de racionalidade para o justo nas relações entre particulares, mas, sozinhas, não dizem nada sobre o conteúdo diretamente. Como demonstrado através dos exemplos da comutação de órgãos e da distribuição da propriedade imóvel com base na etnia, possível engendrar racionalidades distributivas e comutativas em sistemas absolutamente injustos. O sentido de justiça que agrega substância e organiza os demais sentidos é exatamente aquele erradicado dos estudos de direito privado, o sentido de justiça geral, que se transforma, na Idade Média, em justiça legal e vai ser reconstruído na modernidade como justiça social.

A compreensão da transformação da justiça geral em justiça social foi apresentada no início do terceiro capítulo (ponto 3.1) pela análise de uma tradição iniciada com a justiça geral de Aristóteles, passando pela justiça legal de Tomás de Aquino e culminando com a justiça social moderna da igual dignidade e reconhecimento.

Com Aristóteles, a justiça geral determina a ação humana direcionada ao bem através de imposição deveres legais para com a comunidade (aos outros e ao próprio eu). A ordem legal percebida e positivada pela atividade política envolve todas as ações externas virtuosas (conformes ao bem) dos membros da comunidade. Como parte da justiça geral, há uma virtude especial, ao lado das demais virtudes, centrada nos deveres para com o outro em particular, tem-se a justiça particular. A determinação do que é devido aos outros particulares da comunidade pode ocorrer de duas formas, que constituem os sentidos da justiça particular: a justiça distributiva (centrada na igualdade geométrica) e a justiça comutativa (centrada na igualdade aritmética).

No ponto 3.1, ainda, foi demonstrado que Tomás de Aquino, no século XIII, desenvolveu a teoria da justiça aristotélica através de análise dos sentidos de justiça

com base no Direito Romano e na filosofia cristã. Na visão tomista, o ato é devido em relação ao bem do outro indivíduo tanto na justiça legal (a antiga justiça geral) quanto na justiça particular, pois a comunidade nada mais é do que a soma dos indivíduos que a compõem. A justiça legal não impõe deveres para com o Estado, a sociedade, a humanidade ou a coletividade como entes coletivos autônomos, mas, sim, deveres para com todos e cada um dos membros da comunidade. A justiça legal visa ao bem de todos (não do todo), enquanto a justiça particular visa ao bem particular do outro em distribuições e transações.

Na modernidade, no entanto, uma nova valorização do ser humano começa a ganhar força, todos passam a seres merecedores de dignidade, de um mesmo respeito, anteriormente reconhecido apenas para os sujeitos pertencentes a classes privilegiadas. Diferentemente da justiça geral aristotélica e da justiça legal tomista, a nova visão da justiça determina uma ordenação com base num mesmo status social, não mais uma ordem de categorias de privilégios especiais, mas uma ordem de apenas uma categoria, a categoria do ser humano, reconhecidora da nobreza e da autenticidade humana. Nesse contexto, ainda, a ideia de bem comum se modifica diante do pluralismo e do relativismo modernos. Com a contribuição de diversas correntes do pensamento, o liberalismo, o socialismo e o cristianismo contemporâneo, entre outros, surge, paulatinamente, uma nova justiça denominada de justiça social, estabelecendo essa nova ordem para uma sociedade em que todos têm um mesmo status primordial que lhes é reconhecido pela dignidade e pela autenticidade da pessoa humana. A dignidade, o reconhecimento do ser humano e os bens correlatos são elevados a bem comum, polarizando e estruturando a ordem da justiça social.

Como analisado no ponto 3.2, a dignidade humana é consubstanciada pelos direitos e deveres humanos e institucionalizada por direitos fundamentais, garantidores das condições básicas para autorrealização plena dos seres humanos.

Para determinação da substância da dignidade humana que permeia a justiça social, se apresentou a perspectiva das capacidades humanas (Capabilities Approach), de Martha Nussbaum e Amartya Sen. Pela perspectiva das capacidades, a dignidade da pessoa humana deve estabelecer a garantia das capacidades

básicas para a autorrealização do ser humano. Nesse sentido, a dignidade e os direitos fundamentais não se revelam como instrumentos para garantia de bem-estar ou como instrumentos normativos ausentes de conteúdo, mas como garantia de condições ao desenvolvimento de capacidades individuais que permitam ao ser humano a sua autorrealização.

O fundamental papel da Constituição, na estruturação da ordem da justiça social, foi delineado no ponto 3.3, no qual se demonstrou que a Constituição é fonte normativa primeira a institucionalizar os bens e valores supralegais da justiça social delineada na tradição contemporânea. A Constituição institucionaliza a percepção do bem (dignidade e reconhecimento da pessoa humana e bens correlatos) e, com base nas condições materiais de cada sociedade, define uma ordem caracterizada pela justiça social no contexto particular de cada Estado. A ordem da justiça social delineada a partir da Constituição é voltada para a igual dignidade e reconhecimento da pessoa humana e dos princípios correlatos, como democracia, Estado de direito, liberdade, solidariedade, entre outros.

Na Constituição Federal Brasileira, a ordem da justiça social, voltada para o bem comum da igual dignidade e reconhecimento, está definida desde o preâmbulo e os artigos 1º, III, e 3º, I, que expressamente ordenam a justiça, a liberdade, a solidariedade e a dignidade humana como bens centrais. Na ordenação econômica e social, os artigos 170 e 193, igualmente, definem a justiça social e a dignidade humana, entre outros bens correlatos, como centrais da ordem normativa brasileira. Somadas às normas basilares referidas, as normas de direitos fundamentais e os princípios correlatos consubstanciam a igual dignidade e reconhecimento. No art. 5º da Constituição Federal, estão previstas as normas de direito fundamental, a igualdade, o direito geral de ação, a tutela da integridade física, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a intimidade, a vida privada, a honra, a reparação por danos morais e a imagem, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e comunicações, o livre exercício profissional, o sigilo processual; no art. 6º, a norma dos direitos sociais fundamentais; o direito à saúde, no art. 196; o direito à educação, no art. 205; o direito à cultura, no art. 215; o direito ao desporto, no art. 217; o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no art. 225; o direito à proteção da família, nos arts. 226-230, entre outras.

Ademais, com base na perspectiva das capacidades humanas básicas, foi defendido que a ordem da justiça social exige a garantia de direitos e deveres que possibilitem os meios, as condições básicas para que os indivíduos possam buscar os bens definidos pela sua livre escolha, não se podendo exigir do Estado e dos demais o próprio bem-estar garantidor da realização do indivíduo. Não há como atribuir ao Estado o dever de garantir o bem-estar, a felicidade plena do indivíduo, pois a realização do indivíduo pressupõe o exercício próprio das escolhas, sendo que a realização pressupõe a própria conquista do bem-estar. Com efeito, na tradição aristotélica-tomista, o Estado que pretender garantir a todos os bens que seriam objeto da realização individual estará inviabilizando a própria realização desse indivíduo, pois ao garantir os bens últimos às pessoas, de maneira direta, estará afetando o direito à liberdade, à autodeterminação e à formação da personalidade individual.

A conexão da Constituição, voltada para a ordem da justiça social da igual dignidade e reconhecimento da pessoa humana, com o direito privado, foi inicialmente viável pelas idéias precursoras da análise dos direitos da personalidade como direitos que garantem o domínio sobre um setor da própria esfera da personalidade. A dignidade da pessoa humana está consubstanciada, especialmente, no direito privado, através, principalmente, da previsão dos direitos da personalidade, previstos normativamente no Código Civil de 2002, no capítulo II, título I, livro I da Parte Geral, por meio de uma cláusula geral que permite o vínculo direto com a Constituição Federal. Foi aqui defendido que a regra prevista no art. 11, definidora de uma cláusula geral dos direitos da personalidade, ao não definir quais são os direitos da personalidade, configura uma janela direta para aplicação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da justiça social e da igual dignidade e reconhecimento.

Finalmente, no ponto 3.4, demonstrou-se que a justiça social -como a ordem legal estabelecida pela Constituição -, que tem por finalidade a igual dignidade-reconhecimento e seus princípios correlatos, como democracia, liberdade, solidariedade, estatuídos através de direitos fundamentais garantidores das capacidades humanas básicas, demonstra a necessidade do entendimento do

direito privado a partir da teoria complexa da justiça para o completo esclarecimento da conformação das justiças comutativa, distributiva e social como racionalidades dos institutos de direito privado. A presença da justiça social é constatável pela referência a um terceiro fundamento de racionalidade, para além da justiça comutativa e da justiça distributiva. Os fundamentos centrados em políticas públicas de Waddams e o paternalismo de Gordley demonstram a presença desse terceiro fundamento no direito privado. Tanto a análise de Gordley -sobre o paternalismo como a de Waddams -sobre as dimensões do direito privado -não apresentam o modo de funcionamento pelo qual justiça social e a particular podem combinar como fundamento das normas de direito privado.

Para esclarecer esse dado, foi lembrado o papel da justiça legal (social) como definidora de deveres (no caso da justiça legal) e direitos (no caso da justiça social) em relação à comunidade. Contudo, os direitos e deveres para com o outro, nas relações entre particulares, definidos pela justiça particular, mediamente, também estão direcionados ao bem (no caso, a igual dignidade e reconhecimento). Assim, a justiça social tem primazia sobre a justiça particular, pois os direitos e deveres, nas relações entre agentes privados, devem se conformar ao bem da justiça social (igual dignidade e reciprocidade, consubstanciada por direitos fundamentais garantidores das capacidades humanas básicas e bens correlatos). As indagações sobre a justiça comutativa da venda de órgãos humanos e da justiça distributiva da propriedade imóvel com base na etnia demonstram que a justiça social é prévia à justiça particular, pois, sem a substância da justiça social (igual dignidade-reconhecimento e princípios correlatos), a justiça particular se torna um vazio formal em que diversas atrocidades podem ser efetivadas.

Por conseguinte, o direito privado, voltado para as relações horizontais entre particulares, é imediatamente fundado na justiça particular, mas mediamente na justiça social. Dependendo dos elementos das relações entre particulares, pode-se ter naturalmente uma centralidade da justiça comutativa (no caso das transações voluntárias ou involuntárias) ou uma centralidade da justiça distributiva (distribuições privadas, como na sucessão e na falência). Contudo, quando a simples comutação ferir a igual dignidade e reconhecimento, a justiça social poderá determinar arranjos distributivos privados acidentais. Nesse contexto, quando as distribuições não

decorrem naturalmente dos elementos presentes na relação privada, com o objetivo de atender às demandas da igual dignidade e reconhecimento em caráter acidental, elas devem estar expressamente previstas na ordem legal, de preferência, através das normas, regras precisas nesse sentido. Contudo, quando da ausência de previsão expressa, instrumentos normativos -como as normas de direitos fundamentais (aplicação direta das normas constitucionais fundadas na justiça social) -ou normas de direito privado -como as cláusulas gerais e conceitos indeterminados (aplicação indireta possível) -podem permitir ao julgador o exercício da razão prática, no sentido de dar proteção à garantia das capacidades humanas básicas que consubstanciam a igual dignidade e reconhecimento, quando presente uma violação à igual dignidade configurada pela clara escassez das condições necessárias ao desenvolvimento das capacidades humanas básicas. Conforme defendido no ponto, 2.4, a perspectiva das capacidades humanas básicas fornece o caráter substantivo que auxilia na aplicação da razão prática para fins de conformação das finalidades e dos meios que estão em jogo, quando de um conflito jurídico.

Nesses casos de modulação acidental dos sentidos de justiça particular, ou mesmo nos de aplicação direta de deveres para com a comunidade característicos da justiça social, a tarefa de fundamentação das decisões é mais complexa, o ônus argumentativo é maior, pois a imposição acidental da justiça distributiva ou a inserção acidental da justiça social acarretam uma evidente limitação de um bem que integra o núcleo da igual dignidade: a igual liberdade. Como foi aqui proposto, ordenar uma distribuição ou inserir deveres e direitos diretos em relação ao Estado, na situação fática em que naturalmente haveria transação, limita a autonomia, a liberdade privada e a capacidade de autorrealização.

Ademais, foi proposto que a justiça distributiva pode ser determinada pela justiça social de duas formas: uma própria do direito público e outra característica do direito privado (natural ou acidental). A justiça distributiva pública é a que define deveres de contribuição aos cidadãos para com o Estado (com base na justiça distributiva de encargos). Por outro lado, a justiça distributiva pública pode se configurar através da distribuição do resultado da arrecadação das contribuições, o Estado distribui esses recursos (com base na justiça distributiva de bens) aos

cidadãos, os bens passam pela tutela do Estado, que é um participante central no esquema de distribuição. Os deveres (obrigações tributárias, por exemplo) e os direitos (direitos previdenciários, por exemplo) são em relação ao Estado, numa relação vertical. A justiça distributiva privada, entretanto, não envolve diretamente o Estado, esse não tem direitos de arrecadação ou deveres de distribuição de bens em relação aos particulares, pois a distribuição se dá em relação a bens disputados pelos particulares através de direitos e deveres recíprocos -vide o exemplo do direito sucessório e do direito falimentar (distribuições privadas naturais), bem como do direito do trabalho e do direito do consumidor, que permitem esquemas distributivos acidentais para a garantia da igual dignidade dos vulneráveis da relação.

No ponto 3.4, ainda, foi defendido que as normas procedimentais que mais se prestam a esse exercício da razão prática diante de fins e demandas pessoais conflitantes são os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como instrumentos de ponderação. Com a compreensão de Alexy, viu-se que a proporcionalidade é um elemento necessário para o entendimento de uma teoria dos direitos fundamentais centrada nos princípios. A ponderação dos direitos fundamentais é possível pela aplicação da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade decorre da necessidade de coflexibilização de normas de direitos fundamentais diante de conflitos práticos, pois, quando uma norma de direito fundamental colide com outra norma de direito fundamental oposta, a realização das normas de direitos fundamentais estabelece uma relação de dependência recíproca, há necessidade de uma compatibilização. Assim, nos casos de conflito de normas de direitos fundamentais, é necessário um juízo de ponderação, como tem defendido e aplicado o Supremo Tribunal Federal.

Foi analisada, também, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Com Alexy, foi proposto um modelo de eficácia direta mediado pelas normas principiológicas de direitos fundamentais. A defesa dessa aplicação direta, através de normas de direitos fundamentais, é justificada, inclusive, pelo posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, que tem se inclinado no sentido da eficácia horizontal direta, sem adotar abertamente a teoria clássica da eficácia direta (imediata). Assim, a abordagem de Robert Alexy, além de ser a mais coerente com termos da primazia da justiça social, é a que mais

se coaduna com o posicionamento preponderante no Supremo Tribunal Federal no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (vide Recurso Extraordinário 201.819/RJ).

Quanto à crise de identidade do direito privado, a visão apresentada é de que ela decorre de um equívoco em relação aos elementos determinantes da natureza privada das relações. A tese apresentada entende que o que define o caráter privado das relações e do direito que as disciplina são os participantes da relação e o direcionamento dos direitos e deveres. A racionalidade comutativa, distributiva ou social e a procedência das normas como formalmente constitucionais não são os elementos que caracterizam as relações como privadas e o direito que as disciplina como direito privado, pois o elemento essencial da caracterização privada está nos participantes das relações e o direcionamento dos direitos e deveres na relação. O direito privado é o direito das relações em que estão presentes direitos e deveres entre particulares no que se define hoje como sentido horizontal de relação. Uma relação de distribuição ou de comutação entre agentes privados é uma relação privada e as normas que disciplinam essa relação são de direito privado, quando os direitos e os deveres jurídicos sejam imediatamente devidos em relação ao outro ou aos outros agentes privados, no chamado sentido horizontal. Nesses termos, a relação torna-se de direito público, quando um dos participantes da relação é o Estado, detentor de direitos ou deveres em relação a todos e cada um dos membros da sociedade, no sentido vertical, mesmo tendo a relação uma racionalidade distributiva, comutativa ou social.

Por derradeiro, foi retomada a análise da decisão paradigmática, de forma a demonstrar que uma visão estritamente formalista não pode fornecer a compreensão dos fundamentos da racionalidade do direito privado, sobretudo, em institutos como os da falência e da recuperação de empresas, pois não apresenta uma análise adequada para o entendimento de fixação de preferências. A Análise do Direito Social não compreende como as preferências em favor dos grupos mais frágeis podem ser limitadas e como não podem estar fundamentadas em termos de garantias de triunfos em conflitos de poder na sociedade, se o objetivo é a garantia da dignidade da pessoa humana. A Análise Econômica do Direito, por sua vez, não consegue compreender que a eficiência econômica é apenas um dos bens

importantes numa sociedade, um bem subsidiário ao da garantia da igual dignidade e reconhecimento da pessoa humana, o que justifica preferências como as dos créditos trabalhistas na ordem falimentar, embora em detrimento da eficiência econômica. Mesmo aqueles analistas econômicos que percebem essa presença de outros bens não apresentam uma teoria capaz de conciliar a análise econômica com essa percepção abrangente do bem. Finalmente, o igualitarismo não compreende que o objetivo não é o da garantia apenas de recursos como bens primários ou como fichas em um leilão hipotético. A garantia a ser implementada é de condições reais de desenvolvimento das capacidades humanas básicas, garantia de condições básicas de saúde, educação, previdência, proteção na condição de trabalhador, de consumidor entre outras.

Com Shakespeare, constatou-se que a justiça estritamente formalista e comutativa conduz à violação da igual dignidade e reconhecimento devida a toda pessoa humana, mas também se constatou que, em uma teoria na qual as pessoas podem ser classificadas pela religião, raça, classe ou pelo grupo, em que se perde de vista o valor primordial de cada indivíduo, que todos os indivíduos e todos os grupos são compreendidos numa luta de classes, de ideologias, em que os direitos são títulos de poder de vontades ou interesses oponíveis uns contra os outros numa arena, em que a ordem normativa perde o foco da igual dignidade e autenticidade de todos e de cada um, a justiça não tem reconhecida sua importância. Sem a justiça na sua completude, entretanto, a integridade da carne e da vida de Antônio será sempre obtida com o sacrifício da liberdade e da autenticidade de Shylock.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. Social justice in the liberal state. New Haven: Yale University Press, 1980.

ALEXANDER, Gregory S. The Social-Obligation Norm in American. Property Law. Cornell Law Faculty Publications, Cornell Law Library Year 2009, Cornell Law Review, v. 94, ago. 2009.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó, Pablo Rodríguez, 2. ed. ampl. Granada: Editorial Comares, 2010.

\_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. The Construction of Constitutional Rights. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, Issue 1, Article 2, 2010.

AQUINO, Thomas. Commentary on Aristotle's Nicomachean Ethics. Translated by C.

I. Litzinger, O. P., Foreword by Ralph McInerny, Notre Dame. Indiana: Dumb Ox Books, (c. 929, 930), nov. 2001.

\_\_\_\_\_. Comentario a la ética a nicômaco de Aristóteles. Trad. Ana Malea. 2. ed. [s.l.]: EUNSA, 2001.

\_\_\_\_\_. Summa Theologica. Literally translated by Fathers of the English Dominican Province. 2. ed. rev. [s.l.]: [s.e.], 1920.

ARENDT, Hannah. A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini, Bauru, São Paulo, EDIPRO, 2002.

\_\_\_\_\_. Retórica. Tradução Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

AUBENQUE, Pierre. A prudência em Aristóteles. Trad. Marisa Lopes. São Paulo, Discurso editorial, 2003.

BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, Issue 1, Article 1, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. v. XXXIV. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Ed. Abril, 1974.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura a função: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Baccacia Versiani; ver. Orlando Seixas Bechara, Renata Negamine, Barueri, SP: Manole, 2007. p. 53.

BOMHOOF, Jacco. Genealogies of Balancing as Discourse. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, Issue 1, Article 6, 2010.

BOSTOCK, David. Aristotle's ethics. Nova York: Oxford University, 2000.

BROWNSWORD, Roger; HOWELLS, Gerain e WILHELMSSOM, Thomas (eds.). Welfarism in contract law. Great Britain: Dartmouth Publishing Company, 1994.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. The Modern Law Review, v. 59, n. 2, Blackwell Publishing, mar., 1996, pp. 325-329. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1097426>>. Acesso em: 18 mar. 2010

BRUDNER, Alan. Constitutional Goods. New York: Oxford University Press, 2007.

CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALABRESI, Guido. El costo de los accidentes. In: ROSENKRANTZ, Carlos F. (org.). La Responsabilidad Extracontractual. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005. p. 88-89.

\_\_\_\_\_. Some thoughts on risk distribution in the law of torts. Yale Law Journal, n. 70, 1961.

\_\_\_\_\_. The costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

CAMPBELL, Tom. La justicia: los principales debates contemporáneos. Tradução Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Maria Cecília M. John Stuart Mill: sobre as conexões entre justiça e direito. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXIV,

1998.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.

COLEMAN, J. & RIPSTEIN, A. Mischief and Misfortune *Mcgill Law Journal*. *Revue de Droit De Mcgill*, v. 41, p. 91-131, 1995.

COLEMAN, Jules L. Doing Away With Tort Law. *Heinonline*. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Corrective Justice and Wrongful Gain. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, jun., p. 421-440, 1982.

\_\_\_\_\_. The grounds of welfare. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 43, p. 108. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=388460>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. The Mixed conception of Corrective Justice. *77 Iowa Law. Rev.* p. 427, 1991-1992.

\_\_\_\_\_. *The practice of principle*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 53-54.

\_\_\_\_\_. *Tort Liability and the Limits of Corrective Justice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.

COMTE, Auguste. *Reorganizar a sociedade (Plan de travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser La société)*. Trad. Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Editora Escala, [s.d.].

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law *Review of the Major Books*. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982.

\_\_\_\_\_. The Confluence of Justice and Efficiency. *Economics Analysis of Law*. Berkeley: *The Selected Works of Robert Cooter*, 2003. p. 25. Disponível em: <<http://www.bepress.com>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

\_\_\_\_\_; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DENEULIN, Séverine; SHAHANI, Lila Shahani. *An Introduction to the Human Development and Capability Approach*. London: Earthscan, 2009.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: Direito e Economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Neil MacCormick's Step Ahead: How to avoid strong discretion and achieve more neutrality without heroic judges? Diálogos entre direito público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

DUGUIT, Léon. Souveraineté et liberté: leçons faites. New York : Université Colombia, 1920-1921 ; Paris: F. Alcan, 1922.

DURKHEIM, Émile. De la division du travail social. Base textuelles Frantext. Paris: Institut Nationale da la Langue Française, [s.d.].

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões, rev. e trad. Cícero Araújo. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. Justice for hedgehogs. New York: Belknap Press, 2011.

EAGLETON, Terry. Trouble with Strangers: A Study of Ethics. United Kingdom: Wiley-Blackwell, 2009.

ENGLARD, Izhak. Corrective & distributive justice: from Aristotle to modern times. Oxford: Oxford University Press, 2009.

EWALD, François. Histoire de l'État providence: les origine de la solidarité. Paris: Grasset, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. Revista da AJURIS, ano XXXIV, n. 105, p. 153-188, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. Justiça como realização das capacidades humanas básicas: é viável uma teoria de justiça aristotélica-rawlsiana? Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

FINNIS, John. Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli. Rev. Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris ed., 2007.

FLETCHER, George P. The Search for Synthesis in Tort Theory. Law and Philosophy, Springer, v. 2, n. 1, Values in the Law of Tort: Part II, Apr., p. 63-88, 1983.

FREEDLAND, Mark e AUBY, Jean-Bernard. The Public Law/Private Law, Une entente assez cordiale? La distinction Du droit public et du droit prive: regards français et britanniques. Oxford/Portland: HART Publishing, 2006.

GARDBAUM, Stephen. A Democratic Defense of Constitutional Balancing. Law & Ethics of Human Rights, v. 4, Issue 1, Article 6, 2010.

GARDNER, John. What is Tort Law for? Part 1: The Place of Corrective Justice (January 18, 2010). Oxford Legal Studies Research Paper n. 1/2010, p. 26. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1538342>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

GIERKE, Otto Von. Community in historical perspective. Trad. Mary Fischer. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.]. p. 12

\_\_\_\_\_. La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1907.

GORDLEY, James. "Servitudes," Global Jurist Frontiers: v. 3: Iss. 1, Article 3. 2003, p. 25. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol3/iss1/art3>>. Acesso em; 06 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Damages Under the Necessity Doctrine. Issues in Legal Scholarship, Vincent v. Lake Erie Transportation Co. and the Doctrine of Necessity (2005): Article 2. pp. 15-16. Disponível em: <<http://www.bepress.com/ils/iss7/art2>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Foundations of private Law: property, tort, contract, unjust enrichment. New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Morality and Contracts: The Question of Paternalism. William & Mary Law Review, v. 48, p. 1733-1772, 2006-2007.

\_\_\_\_\_. Philosophical origins of modern contract. Nova York: Claredon, 1991.

\_\_\_\_\_. Servitudes. Global Jurist Frontiers, v. 3, Issue 1, Article 3, p. 1-29, 2003.

\_\_\_\_\_. Takings. Tulane Law Review, v. 82, p. 1505-1532, 2007-2008.

HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales Del derecho civil. Trad. Pable Salvador Coderch, Barcelona: Ariel, 1987.

HEGEL, G. W. F. Os pensadores. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. Philosophy of right. Trad. S. W Dyde, Batoche Books, Kitchner, 2001.

HESPANHA, António Manuel. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia. 2.

ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HONORE, Tony. Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability, 104 Law Q. Rev. 530, 1988.

HUME, David. Uma investigação sobre os princípios da moral. Tradução José Oscar de Almeida Marques. Campinas, SP: UNICAMP, 1995.

JAEGER, Werner. Paidéia: a formação do homem grego. Tradução Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JHERING, Rudolf von. A evolução do direito. Trad. Abel D'Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand -JOSÉ BASTOS & C.A. Editores, 1963.

\_\_\_\_\_. A finalidade do direito. v. I. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

\_\_\_\_\_. Groundwork of the metaphysic of morals: in focus. New York: Routledge, 2002.

\_\_\_\_\_. La metafísica de las costumbres: estudio preliminar de Adela Cortina Orts, Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2002.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare. Harvard Law Review, v. 114, n. 4, p. 961-1388, Feb. 2001.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Should legal rules favor the poor? Clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. Harvard Journal of Legal Studies, v. 29, n. 2, June 2000. p. 7-8. Disponível em: <[www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center)>. Acesso em: 15 dez. 2010.)

KELSEN, Hans. O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 222.

KORDANA, Kevin A., TABACHNICK, David H. On belling the cat: Rawls and tort as corrective justice. Virginia Law Review, v. 92, p. 1279-1310, 2006.

KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges; rev. Marilene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. Ética e Direito. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LOCKE, John. Two Treatises of Government. In: LASLETT, Peter (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. O Direito na História. Lições Introdutórias. 3. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_; QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. Curso de História do Direito. São Paulo, Método, 2006.

LUCY, William. Philosophy of private Law. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Trad. Conrado Hübner Mendes, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionais e a defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. Depois da virtude. Tradução Jussara Simões. Bauru, SP: EDUSC, 2001. p. 115-121.

\_\_\_\_\_. Justiça de quem? Qual a racionalidade. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil, Revista de Direito do Consumidor, n. 61, p. 40-75, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Esmese, n. 07, p. 15-54, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005.

MERCURO, Nicholas & MEDEMA, Steven G. Economics and the Law: From Posner to Post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MICHELON, Cláudio. Fundamentos econômicos e não-econômicos da defesa do consumidor. Working papers, University of Edinburgh, School of Law, series n. 2010/11, 2010.

\_\_\_\_\_. Politics, Practical Reason and the Authority. *Legislation Legisprudence* v.I I, n. 3, p. 263-289, [s.d.].

\_\_\_\_\_. Practical Wisdom in Legal Decision-Making. University of Edinburgh, School of Law, Working Paper Series, n. 2010/13.

\_\_\_\_\_. The Public Nature of Private Law? University of Edinburgh, School of Law, Working Paper Series, n. 2011/10, 2010. p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1791793>> Acesso: 10 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. The Virtuous Circularity between Positive Law and Particular Justice. Working Paper Series, University of Edinburgh, School of Law. n. 2011/11, 2010. p. 9-10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1791807>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

NEDEL, José. O princípio da diferença na teoria da justiça de John Rawls. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (orgs.). *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen And Social Justice. *Feminist Economics*, v. 9, n. 2-3, p. 33-59, 2003.

\_\_\_\_\_. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. *Frontiers of Justice – Disability, Nationality, Species Membership*. Harvard University Press, Kindle's Edition, 2007.

\_\_\_\_\_. Human Rights and Human Capabilities. *Harvard Human Rights Journal*, v. 20, [s.d.].

\_\_\_\_\_. The Supreme Court 2006 Term Foreword: Constitutions And Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*, v. 121:4, [s.d.].

PERRY, Ronen, The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory. *Tennessee Law Review*, v. 73, p. 5, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=846309>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

PERRY, Stephen R. On the Relationship between Corrective and Distributive Justice. In: HORDER, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* 237. 4. ed. [s.l.]: [s.e.], 2000.

\_\_\_\_\_; RIPSTEIN, Arthur. Rawls and Responsibility, *Fordham Law Review* n. 72, 2004.

PERRY, Stephen R. The Moral Foundations of Tort Law. *77 Iowa L. Rev.* 449, 1992.  
POSNER, Richar A. Wealth maximization and tort law: a philosophical inquiry. In:

PHILOSOPHICAL foundations of tort law. New York:: Oxford Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Economic analysis of law. 2. ed. Boston: Little Brown, 1977.

\_\_\_\_\_. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Overcoming Law. Cambridge: Mass., Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm. Common Law Adjudication, 8 Hofstra L. Rev. 1980.

PUFENDORF, Samuel. Dos deveres do homem e do cidadão de acordo com a lei natural. Trad. José Reinaldo de Lima Lopes. In: Curso de História do Direito. São Paulo: Editora Método, 2006.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1971. p. 90.

\_\_\_\_\_. Justiça como equidade: uma reformulação. In: KELLY, Erin (Org.). trad. Cláudia Berlinier e Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. Ensaio introdutório: metafísica de Aristóteles. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003357910. 16ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes. Julgado em 20-02-2002.

RIPSTEIN, Arthur. Private Order and Public Justice: Kant and Rawls. Virginia Law Review, v. 92, n. 7, p. 1391-1438, nov. 2006.

RODRIGUES, Vasco. Análise econômica do direito: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é a pesquisa em direito e economia? Cadernos Direito GV, v. 5, n. 2, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. O que é direito e economia? Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMUEL, Geoffrey. Can the Common Law be Mapped? The University of Toronto Law Journal, v. 55, n. 2, Spring, p. 271-297, 2005.; e BEEVER, Allan; RICKETT, Charles. Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer. The Modern Law Review, v. 68, n. 2, p. 320-337, Mar., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos

direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, July 2005.

\_\_\_\_\_. The idea of justice. Kindle's edition, 2010.

SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Trad. Néelson Jahr Garcia, Editor Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

SMITH, Stephen A. Troubled Foundations for Private Law: A Review Essay of 'The Foundations of Private Law' by James Gordley (September 9, 2008). *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 21, n. 2, p. 458-476, 2009.

STUART MILL, John. Da definição de economia política e do método de investigação próprio a ela. Trad. Pablo Rubén Mariconda, Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo: Editora Abril, 1974.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1.185.474 -SC (2010/0048628-4), Rel. Ministro Humberto Martins, publ. 29/04/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 201.819-8 – RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes, jul. 11/10/2005.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário nº 407.668-8 -SP, Relator Ministro Cesar Peluso, publ. 06/10/2006.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3934 -2 – DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewndowski, pub. 06/11/09.

TAYLOR, Charles. A Política do Reconhecimento. In: ARGUMENTOS Filosóficos. Traduzido por Adail U. Sobral. São Paulo: Loyola, 2000. p. 245-246.

\_\_\_\_\_. As fontes do self: a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola 1997.

\_\_\_\_\_. The secular age. Kindle's Edition. Massachusetts and London: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos

fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? Direitos fundamentais, orçamentos e “reserva do possível”. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. Trad. Stéphanes Rial, notas Eric Desmons. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WADDAMS, Stephen. Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning. New York: Cambridge University Press, 2003.

WALDRON, Jeremy. Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley (Sep 1, 2009). NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 09-50. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1461220>>. Acesso em: 13 jan. 201

\_\_\_\_\_. Moments of Carelessness and Massive Loss. In: OWEN, D. G. (ed.). Philosophical Foundations of Tort Law. [s.l.]: Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 387-408.

\_\_\_\_\_. The right to private property. Oxford: Oxford University Press, 1990.

WALZER, Michel. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões, rev. e trad. Cícero Romão Dias de Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Thadeu. Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

WEINRIB, Ernest J. Correlativity, personality, and the emerging consensus on corrective justice. Theoretical Inquiries in Law, v. 2, n. 1, jan. 2001.

\_\_\_\_\_. Punishment and disgorgement as contract remedies. Theoretical Inquiries in Law, v. 2, n. 1, article 4, jan. 2001.

\_\_\_\_\_. The Disintegration of Duty. U Toronto, Legal Studies Research Paper n. 0506, p. 05, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=716802>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. The idea of private Law. Harvard Cambridge: University Press, 1995.p. 120.

\_\_\_\_\_. Does tort law have future? Hein Online, 34 Val. University Law Review, n. 561, 1999-2000.

\_\_\_\_\_. Restoring Restitution. Virginia Law Review, v. 91, p. 861-878, 2004.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WRIGHT, Richard W. Right, justice and tort law. In: PHILOSOPHICAL Foundations of Tort Law. Oxford: Oxford University, 2001.

\_\_\_\_\_. Substantive Corrective Justice. Iowa Law Review, v. 77, n. 632, 1991-1992.

ZIMMERMANN, Denise; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A dignidade da pessoa humana do fiador e a penhora do seu bem de família. Direitos Fundamentais e Justiça, ano 3, n. 7, p. 96-125, abr./jun. 2009.