

**PROPRIEDADE E CONTRATO:
UMA ANÁLISE PROCEDIMENTALISTA**

***PROPERTY RIGHTS AND LAW OF CONTRACT:
A PROCEDURAL ANALYSIS***

Marcos Vinício Chein Feres¹, João Paulo Torres Dias²

¹Orientador: professor adjunto III da faculdade de direito da UFJF; mestre e doutor em direito econômico; Endereço: faculdade de direito, campus universitário, bairro Martelos; E-mail: mvchein.bhe@terra.com.br.

²Bolsista do CNPQ pelo PIBIC 2005-06; bacharel em direito pela UFJF; Endereço: Praça Prudente de Moraes, nº 14/101, bairro do Campo, Barbacena-MG; E-mail: jtorresdias@gmail.com.

Resumo

O objetivo central desta pesquisa é romper com o exercício de tomada de decisões fechadas, monológicas e arbitrárias e contribuir com a reconstrução de um ordenamento jurídico aberto, capaz de solucionar conflitos a partir de uma perspectiva interdisciplinar, procedimental e dialógica. Pretende-se estruturar uma noção de regulação aplicável à propriedade e ao contrato que seja proporcional, mas isso somente é viável na medida em que haja um respeito pelo procedimento dialógico de informação da realidade jurídica. Em vista disso, delinea-se o problema central da pesquisa: como se compreender os limites ao direito de propriedade e à autonomia contratual, dentro da ordem constitucional econômica e da teoria argumentativa e à luz das mudanças nas relações econômicas atuais? A fim de solucionar este problema, apresenta-se como hipótese a concepção de que os limites destes institutos, informados pela teoria da regulação proporcional e pela racionalidade argumentativa, serão construídos a partir dos fragmentos constitucionais e legais e das necessidades sociais, não sendo, pois, estabelecidos aprioristicamente pelo sistema jurídico constitucional.

Palavras-chave: Filosofia do Direito e Direito Econômico, argumento de princípio, racionalidade comunicativa, procedimento, propriedade e liberdade contratual.

Abstract

The main subject of this research is the analysis of property rights and law of contracts, taking as a theoretical point of departure the Habermasian theory of communicative action and the Dworkian theory of law as integrity. In this vein, it is proposed a critique of the monological procedure of legal studies. In fact, considering the theoretical point of departure of this research, it is intended to reconstruct the normative structure of property rights and law of contracts, focusing on the newly developed theory of the Procedural State and the idea of freedom as non-domination. The question commented on this research project is whether it is possible to understand the limits of property rights and freedom of contract in a context of constitutional fragmentation and intense economic strategic actions, through the best lights of a discourse theory. Finally, the limits of property rights and the law of contract will be established according to the fragmented constitutional order and the theory of proportional regulation, deriving its theoretical foundation from the idea of communicative rationality and integrity in law.

Keywords: Economic law and legal philosophy, a matter of principle, communicative rationality, procedure, property rights and freedom of contract.

1. INTRODUÇÃO

Um dos objetivos deste trabalho é contribuir para a construção de um espaço público de discussão apto a controlar os atos estatais. Esse controle há de ser realizado por meio de uma estrutura procedimental que será pautada pelos princípios democrático e republicano. O Direito compreendido como linguagem não deve submeter-se ao império do meio poder ou dinheiro, mas sim ao império da própria Lei. Lei esta percebida do ponto de vista do entendimento intersubjetivo, apta a integrar adequadamente os valores da sociedade nos diversos sistemas que operam uns sobre os outros. Cabe ao Direito, como meio institucionalizado capaz de integrar sistemas e mundo da vida, intermediar as variadas pretensões de validade da sociedade.

Em vista disso, delinea-se o problema central do trabalho: como se compreender os limites ao direito de propriedade e à autonomia contratual, dentro da ordem constitucional econômica e da teoria argumentativa e à luz das mudanças nas relações econômicas atuais? A fim de se solucionar este problema, apresenta-se como hipótese a concepção de que os limites destes institutos, informados pela teoria da regulação proporcional e pela racionalidade argumentativa, serão construídos a partir dos fragmentos constitucionais e legais e das necessidades sociais, não sendo, pois, estabelecidos aprioristicamente pelo sistema jurídico constitucional.

Afirma-se que as ações individuais devem estar conectadas por meio de uma intersubjetividade capaz de estabelecer relações com os diversos mundos e sistemas. Pressupõe-se, por um lado, atitudes comunicativas em detrimento das

estratégicas, e por outro, o Direito como um meio apto a intermediar esses fenômenos.

Visa-se compreender as relações entre a sociedade civil e a normatização efetuada pelo Estado quanto aos contratos e às propriedades. Estes, assim como o próprio Direito, devem ser redefinidos a cada caso concreto, mediante procedimento argumentativo racional. O espaço público de discussão é o lugar apto a realizar tal tarefa.

Para que isso ocorra, é fundamental ter em mente uma estrutura co originária entre os direitos privado/público e objetivo/subjetivo. Esta pressuposição leva em conta uma política de reconhecimento recíproco entre o Estado e a sociedade civil. Cabe ao princípio republicano delimitar os limites da liberdade (negativa, positiva, não interferência ou não-dominação) e ao princípio democrático estabelecer a forma de discussão e controle dos institutos da propriedade e do contrato.

Deste modo, o trabalho é desenvolvido mediante uma inter-relação entre as construções teóricas desenvolvidas e os institutos da propriedade e do contrato.

2. METODOLOGIA E ESTRATÉGIA

O trabalho é construído a partir da vertente crítico-metodológica, com abordagens jurídico-dogmática e jurídico-teórica.

Em busca de afastar uma análise espontânea dos fatos em detrimento de um racionalismo aberto e comunicativo, é fundamental recorrer à teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e à proposta dworkiniana de integridade no direito.

A necessária interseção entre racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa, proposta por Habermas (2003), conduz a uma teoria da argumentação jurídica informada pela razão prática. Ora, a ação estratégica (voltada ao êxito) das empresas deve ser estruturada de forma a incorporar-se numa ação comunicativa (voltada ao entendimento). Nesse contexto, o Direito, segundo o filósofo, funciona como o *medium* capaz de resgatar a estrutura lingüística do mundo da vida e reconectá-lo ao subsistema econômico. Desse modo, pode-se vencer o processo de colonização das relações sociais, culturais e pessoais do mundo da vida, causado pela dominação do meio “dinheiro”, elemento cognitivo e operativo típico do subsistema econômico. A isso, deve-se acrescentar a proposta de Ronald Dworkin (2003) do direito como integridade, refinando a idéia de que o conceito de direito deriva de uma atitude fraterna, operando, assim, uma relação necessária entre direito e moral e, nesse contexto, uma imbricação mútua entre adequação coerente e valores morais. A comunidade personificada, como ente moral, serve como elemento estruturante para o processo de construção interpretativa proposto pelo teórico. Assim, os limites ao direito de propriedade e à autonomia contratual serão estabelecidos tendo por baliza a racionalidade procedimental e a proposta interpretativa e reflexiva de construção do direito.

Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa qualitativa a partir de traços de significação (“unobtrusive research”, segundo BABBIE (2000)). Valendo-se do método da análise de conteúdo, a partir dos objetivos traçados, propôs-se um estudo de textos teóricos e legais, assim como de decisões judiciais para se construir um sistema analítico de conceitos a ser aplicado na interpretação tanto do direito de propriedade quanto da autonomia da vontade privada. Trata-se de uma investigação em que, conforme BABBIE (2000), há coincidência entre as unidades

de análise e de observação, pois os textos constitucional e legal e as decisões a eles referentes compõem conjuntamente o quadro de observação e de análise. Além disso, como o propósito é verificar esses traços de significação tanto na legislação e jurisprudência quanto na teoria, o procedimento de codificação se consumará com a leitura e interpretação dos textos legais, jurisprudenciais e teóricos. Em vista disso, o foco principal será o conteúdo latente, uma vez que se tem em mira extrair de todo o arcabouço teórico e legislativo o significado não aparente dos limites relativos ao direito de propriedade e à autonomia contratual derivados da ordem jurídico-constitucional, conquanto informados pelos referenciais teóricos habermasiano e dworkiniano.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O estudo crítico dos institutos do contrato e da propriedade exige uma compreensão histórica de seus desenvolvimentos a fim de que, por meio da reconstrução, proceda-se a um caminho apto a disciplinar adequadamente tais noções jurídicas.

Segundo Habermas (2001), o Estado Democrático de Direito ocidental sofreu duas mudanças de paradigmas desde o século XVIII até o atual. A proposta é que se superem os modelos já existentes em detrimento de um Estado Procedimental capaz de regular de modo adequado os institutos do contrato e da propriedade.

Para Habermas (2001), as disputas entre os atores sociais, do modelo liberal e do modelo de bem-estar social, por seus respectivos âmbitos de ação resultavam num jogo de **soma zero**: “o aumento de competências para alguns significava uma perda de competências para outros”. (Habermas, 2001, p. 489,

tradução livre). A perseguição privada e autônoma dos interesses individuais possibilitada de forma livre e quase natural no seio do modelo liberal entrava em choque com a atuação excessivamente controladora e paternalista do Estado frente às contingências e às desigualdades sociais.

De acordo com Habermas (2001), uma das debilidades do paradigma jurídico ligado ao Estado Social resultava da insensibilidade da burocracia estatal frente às crescentes restrições que esse modelo representava para autodeterminação individual dos cidadãos governados.

A organização social à luz dos paradigmas social e liberal não levava em conta a *cooriginariedade* existente entre as autonomias privada e pública. Somente é possível o exercício da autonomia pública na medida em que se garante a autonomia privada e vice-versa. Essa *conexão circular* entre essas autonomias cria as bases para o estabelecimento de discussões públicas entre cidadãos com direitos iguais e para formação legítima do direito.

Afirma-se, então, a exigência de um Estado procedimental capaz de criar situações discursivas e, ao mesmo tempo, ser desenvolvido mediante as conclusões dos discursos. Necessita-se de um contexto democrático apto a legitimar todas as decisões estatais, e de uma inserção dos indivíduos em discussões, tendo em vista uma capacidade de emancipação.

Para que isso ocorra, faz-se necessário compreender o direito por meio de uma interpretação construtivista (Dworkin, 2003). Esta é entendida como “questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imaginam que pertençam” (Dworkin, 2003, p.). Configura-se um caso de interação entre propósito e objeto.

Os contratos e propriedade tendem a ser interpretados a partir de um sujeito cognoscente capaz de estabelecer relações dialógicas com seu oponente. Esse indivíduo deve estar inserido em uma pré-compreensão aberta e dialógica, em contraposição ao sentido kantiano. O reconhecimento por parte do sujeito de sua condição de participante e, não apenas de observador, o obriga a expor suas razões de modo racional a fim de que possam ser passíveis de discussão em uma esfera pública em sentido habermasiano.

Pressupõe-se, deste modo, uma racionalidade comunicativa. A intersubjetividade entre os indivíduos e a necessidade de um acordo racional acerca das pretensões de validade conduzem à discussão no caso concreto da correta conformação dos institutos do contrato e da propriedade.

Cabe ressaltar que a concepção adotada de interpretação construtivista não pretende resumir o direito apenas à interpretação. É uma parte do raciocínio jurídico seguido por juristas em questões práticas (BUSTAMANTE, 2005).

Acredita-se também que o direito necessita ser compreendido como um romance a ser produzido por vários autores. É a noção de criação a cada caso do direito de acordo com os pontos de vista do operador do direito. Este analisa os elementos existentes de uma realidade social, as construções jurídicas até então seguidas e atribui significados jurídicos, dentro de certos limites. Apresentam-se, neste quadro, como requisitos o juízo de adequação e de interpretação aceitável dentre as possíveis.

Essa estrutura é submetida ao processo argumentativo capaz de conceder validade às afirmações do operador. Logo, os contratos e propriedades serão construídos e reconstruídos em cada situação específica, tendo em vista os parâmetros de racionalidade.

Busca-se, por fim, uma reconexão da propriedade e contrato no mundo da vida, sob as regras e ditames do mesmo. Objetiva-se trabalhar com valores consensualmente reconhecidos em uma esfera pública de reconhecimento. A título de exemplificação, têm-se os princípios de cooperação, solidariedade e confiança, além da existência de cláusulas gerais (abrem espaço de conformação no caso concreto por meio da utilização de estruturas argumentativas racionais).

Entretanto, a interferência dos sistemas no mundo da vida proporciona a ampliação das estruturas racionais instrumentais. A existência de atitudes estratégicas por parte dos indivíduos e conglomerados de poder denota valores que, se tomados de modo absoluto, promovem uma restrição comunicativa e estrutural do mundo da vida.

Para que tal fato seja limitado na maior medida possível, os contratos e as propriedades necessitam ser compreendidos no caso concreto. Deve-se considerar a precedência condicionada de certos princípios aplicados a um certo caso, sempre em consonância com um debate crítico e racional. A atuação do Estado no controle e fiscalização deve ocorrer de modo procedimental, tendo em vista a legitimação concedida pelo princípio democrático. Cabe ao princípio republicano, visto pelo aspecto da liberdade como não-dominação, evitar que os atos estatais atendam apenas aos controladores do poder. Antes de tudo, exige-se que se preocupem com o bem-estar e a visão de mundo do público em geral.

A efetivação destes princípios só pode ocorrer em um espaço público que atue como limitador e controlador, e não como uma massa acrítica e consumidora. Os argumentos exigem uma racionalidade comunicativa, apta a estabelecer relações intersubjetivas entre os indivíduos. Nesse sentido:

O único meio possível é recorrer a uma discussão pública em que as pessoas falem por si mesmas e pelos grupos que pertencem. Todo interesse e toda interpretação que guiem a ação de um Estado devem estar abertos à crítica procedente do último rincão da sociedade; e quando há dissenso, devem adotar remédios apropriados. As gentes devem adotar um consenso de grau superior acerca dos procedimentos (...) (PETTIT, 1999, p.83, tradução livre)³.

A democracia procedimental, pautada pelo princípio republicano e pela concepção do direito como meio, conduz ao raciocínio de que tanto a propriedade quanto o contrato são determinados concretamente, por meio da reconstrução dos institutos mediante fragmentos constitucionais e legais, e não percebidos como meras fórmulas prévias.

4. CONCLUSÕES

As construções dos paradigmas liberal e social demonstraram-se insuficientes no tocante à normatização do contrato e da propriedade. Afirma-se a necessidade de um Estado procedimental capaz de criar situações discursivas e, ao mesmo tempo, ser desenvolvido mediante as conclusões dos discursos. Necessita-se, deste modo, de um contexto democrático apto a legitimar todas decisões estatais, assim como a inserção dos indivíduos em discussões, tendo em vista uma capacidade de emancipação. Ao princípio republicano é atribuída a tarefa de delimitar a atuação do Estado, no sentido de garantir uma liberdade como não-

³ No espanhol: El único medio posible es recurrir a una discusión pública en las que la gente hable por si misma y por los grupos a los que pertenece. Todo interés y toda interpretación que guíen la acción de un estado deben estar abiertos a la crítica procedente del último rincón de la sociedad; y cuando hay disseno, deben adoptarse los remedios apropiados. Las gentes deben hallar un consenso de grado superior acerca de los procedimientos (...).

dominação. Só poderá ocorrer uma interferência sem dominação, que serão exercidas pelo Estado mediante um Direito aberto e dialógico.

Nesse contexto, o Direito deve ser compreendido de maneira a efetivar e institucionalizar as condições dos discursos. Sua função será a de neutralizar os ataques dos sistemas no mundo da vida, mediante inversão da polarização, a fim de que se insiram conteúdos valorativos consensuais e racionais em uma sociedade. Necessita-se, pois, de uma teoria argumentativa capaz de balizar regras neste processo discursivo.

A propriedade e o contrato devem ser conformados de acordo com a estrutura acima referida, pressupondo uma co-originariedade entre autonomia privada e pública, assim como do direito e da moral. Os limites da propriedade e do contrato não devem ser estabelecidos aprioristicamente. O direito deve conformar esses institutos no caso concreto, por meio de uma interpretação construtiva, procedimental e racional. O lugar em que se realizarão estes procedimentos só ocorrerá em um espaço público crítico e não consumista massificado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria da Argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**: La teoría del discurso racional como Teoría de la fundamentación jurídica. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Suhrkamp, 1997.
- ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2001.

ALEXY, R. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.**

Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externad de Colômbia, 2003.

BABBIE, Earl. **The practice of social research.** 9. ed. Belmont: Wadsworth/Thomson learning, 2000.

BUSTAMANTE, T.R. **Argumentação Contra Legem: A teoria dos discursos e a justificação jurídica nos casos mais difíceis.** São Paulo: Renovar, 2005.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, J. **Facticidad y validez:** Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. 3ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HABERMAS, J. **História y crítica de la opinión pública:** La transformación estrutural de la vida pública. 7ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gilli, 2002.

HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa:** Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. 3ed Madrid: Taurus, vol. I, 2003.

HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa:** Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. 3ed Madrid: Taurus, vol. II, 2003

PETTIT, Philip. **Republicanism.** Una teoria sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 1999.