

APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE O MODELO JURÍDICO NEGOCIAL DE MIGUEL REALE

Valério Catarin de ALMEIDA¹

RESUMO: Foram inúmeras as contribuições no campo da ciência do direito idealizadas por Miguel Reale, especialmente na seara de filosofia do direito, ora concebendo novos conceitos ora valorando escolas e posicionamentos jurídicos, o presente estudo hospeda-se em apontar introspecções críticas sobre o modelo jurídico negocial desenvolvido em sua obra intitulada Fontes e Modelos do Direito, nela Reale, classifica as convenções particulares como fonte do direito, após desenvolver grande argumentação o citado mestre afirma que toda fonte do direito possui força coercitiva, caso esse adjetivo não esteja presente não se trata de fonte do direito, procurou-se investigar e demonstrar que o modelo negocial apresentado não dispõe dessa necessária característica, não podendo ser aceito cientificamente como fonte ou modelo do direito.

Palavras-chave: Miguel Reale. Fonte. Modelo Negocial

1 EXPLICAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Miguel Reale (1910 – 2006) em sua obra Fontes e Modelos do Direito, faz, como sempre foi de seu timbre, relevante investigação jusfilosófica, sobre noções, funções, conteúdos, naturezas e espécies dos modelos jurídicos e fontes da ciência do direito.

¹ Advogado, especialista em Direito Processual, pós-graduando em Direito Tributário ambos pela Unioledo/Araçatuba – S.P., e orientador do curso de Direito daquela instituição. E-mail: valeriocatari@hotmail.com

O catedrático de filosofia do direito da Universidade de São Paulo, apresenta no referido estudo a importância da temática (fontes e modelos) como verdadeira gênese do direito, mensurando quatro variações como a legislativa, a costumeira ou consuetudinária, a jurisdicional e a negocial.

No entendimento do mestre de São Bento do Sapucaí – S.P., o modelo legal, abarca as normas legais como leis, decretos, resoluções, portarias, tendo ajuizado o efeito “*erga omnes*”, já como costumeiras, não seriam somente os hábitos ou costumes particulares, mas também a grande produção de regras do direito emanadas pela coletividade, solvendo lacunas da ordem legal, o modelo jurisdicional como sendo o sistema que explicita o ordenamento jurídico estatal, fazendo vínculo entre as partes litigantes, o poder decidir como aplicação da lei ao caso concreto reflete esse tipo de modelo jurídico e finalmente como averbado se teria o modelo jurídico negocial, tendo como principal bandeira, a autonomia volitiva, o interesse entre os sujeitos da relação jurídica, ou melhor “o contrato faz lei entre as partes”.

Esse último será objeto de nossas especulações, o que para tanto demanda maior esclarecimento da concepção Realiana sobre o modelo jurídico negocial.

2 O MODELO JURÍDICO NEGOCIAL

Num plano mais geral Miguel Reale, coloca no livro *Fontes e Modelos do Direito*, os vocábulos fonte e modelo como sendo sinônimos, sob evidentemente o enfoque de gênese do direito, nesse passo classifica-os como legal, costumeiro, jurisdicional e negocial.

O raciocínio lógico desenvolvido é basicamente que toda a fonte ou modelo do direito tem “poder de decidir”, eis suas palavras (REALE, 2002, p. 11):

É necessário dizer algo mais sobre as fontes do direito, que são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da

fonte legal e da consuetudinária, quer *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisdicional ou na fonte negocial.

O poder de decidir então para Reale, traduz-se na força coercitiva e vinculativa que a fonte do direito deve ter, quando essa característica não se apresenta não se pode afirmar que esteja presente uma fonte ou modelo do direito.

Fixemos melhor essa idéia, imaginemos um individuo que saúda outrem oferecendo sua mão para cumprimenta-lo e esse por sua vez, nega a estender sua mão para reciprocamente saudar o elegante cavalheiro.

O homem é um ser gregário por excelência, vive em sociedade e estipula regras de conduta coletiva para o bem viver, evidentemente que o episódio acima articulado denota uma norma de conduta, quando essa regra é afrontada, nenhum ônus como uma sanção lhe acarretara, a não ser a possível rechaça social.

Numa outra situação fenomênica se um indivíduo não entrega a outrem coisa que estava obrigado a fazer-lo, experimentará sanções como possivelmente perdas e danos, isso ocorre porque há espécie normativa que assim a disciplina, essa espécie normativa advém de uma fonte do direito, qual seja a lei, essa é a concepção de “poder de decidir” que Reale, ajuja ao modelo ou fonte do direito.

Essa concepção foi também exposta em seu outro estudo intitulado Lições Preliminares do Direito (Reale, 2005, p. 69) ao lecionar que: “moral se destingue do Direito por vários elementos, sendo um deles a coercibilidade. Pela palavra coercibilidade entendemos a possibilidade lógica da interferência da força no cumprimento de uma regra do direito.”

Isso fica mais evidente quando o magistral professor afasta a doutrina como fonte do direito, justamente porque é desnuda de poder de decidir, eis sua lição (Reale, 2002, p. 11/12):

“O essencial, porém é ter presente que, sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito, motivo pelo qual explico em Lições Preliminares de Direito, a doutrina, ao contrário do que sustentam alguns, não é fonte do direito, uma vez que as posições teóricas, por maior que seja a força cultural de seus expositores, não dispõem de per si do poder de obrigar.”

O objetivo da presente especulação com dito, se hospedará no modelo jurídico negocial, o qual para melhor hermenêutica merece ter sua concepção

transcrita (Reale, 2002, p. 73) “Na usual afirmação de que “o contrato tem força de lei entre as partes” já se albergava o reconhecimento de que a “autonomia da vontade” é fonte geradora de regras de direito”.

Com sua habitual precisão Reale, oferece seu protótipo de modelo jurídico negocial, tendo como alicerce principal à intenção volitiva das partes integrantes da relação jurídica, como verdadeira fonte do direito, como segue o jusfilósofo “processo de solução jurídica dos conflitos de interesses individuais e coletivos mediante decisão de tipo negocial”.

3 ASPECTOS CRÍTICOS

Com o máximo respeito, entendemos que o criador da Teoria Tridimensional do Direito, labora em erro quando deduz que o modelo jurídico negocial é fonte de direito, justamente porque a autonomia da vontade per si só não possui “poder de decidir”, ou força coercitiva.

Não resta dúvida de que *inter partes*, tudo pode ser entabulado, especialmente ante a livre iniciativa e a livre concorrência proclamada na Lei ádice de 1988, num pacto como um contrato é possível destacar obrigações e deveres, contudo, esses ônus não possuem gênese contratual, por obviedade são estabelecidas no contrato pelo elemento volitivo, mas decorrem de outro modelo jurídico, qual seja, o legal ou até mesmo jurisdicional.

A tudo é possível negociar e enclausurar os ônus no contrato, mas se obrigações e deveres não estiverem em consonância com o ordenamento jurídico vigente, não haverá, “poder de decidir”, de modo que, aquele que inobservou o pacto, não será compelido a adimplir ônus juridicamente impossível, o que denota ser o modelo legal à fonte do direito e não o negócio.

Outro enfoque pertinente é o aspecto da realidade fática que sempre deve imperar na seara dos contratos, visualizemos um contrato de trabalho em que o empregador estipula com o empregado que trabalhará o mês todo acima da jornada, o não pagamento de horas extras, o não recolhimento do fundo de garantia e o pagamento do salário somente de dois em dois meses, ou ainda numa condição

adversa, ou seja pactua-se que determinado obreiro somente se ativará no seu posto dentro do estabelecimento do empregador como recepcionista, mas na realidade, tal empregado, limpa, vende e faz serviços externos e não recebe por isso.

O que foi entabulado não terá qualquer eficácia ou “poder de decidir”, de modo a impor tais contratos em futuras reclamações trabalhistas, justamente porque afrontam o ordenamento jurídico.

Cretella Júnior, (2003, p. 177) em seu Curso de Filosofia do Direito aduz, entendimento compatível com o apresentado quando assevera que “o traço típico do direito objetivo ou norma jurídica é a coercibilidade. Coercibilidade é a possibilidade de coação no caso de desrespeito a norma”.

Tudo pode ser pactuado sob a égide da autonomia da vontade, mas nem tudo tem poder vinculativo ou de decidir, é necessário à chancela do ordenamento jurídico, o que demonstra que o modelo jurídico negocial, não é por si só fonte do direito.

Essa idéia de que para haver fonte do direito faz-se necessário à força de decidir, demonstrada muitas vezes por Miguel Reale, é compartilhada por vários estudiosos, como se vê de forma categórica no Curso de Filosofia do Direito de Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida (2007, p. 497): “A norma jurídica e a norma moral, apesar de partilharem o campo do dever-ser, diferenciam-se quanto à sanção. A sanção é parte essencial da norma jurídica e algo eventual e arbitrário para a moral”, continuam ainda como forma de corroborar o entendimento citando Bobbio, que conceitua norma jurídica como aquela: “aquela norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.”

A legitimidade dos negócios jurídicos, está sempre vinculada à lei, de modo que à vontade de pratica-los fica submissa ao ordenamento legal, sob pena de não haver força executória, Rodrigues (1976, p. 179) em seu Dicionário de Brocardos Jurídicos, ensina o que os romanos proclamavam: “Legitima conventio quae lege aliqua confirmatur”: a convenção legítima é a que se confirma pela lei, o Código Civil, edificado pelo próprio Miguel Reale, no Livro Complementar em suas disposições finais e transitórias, no artigo 2.035, parágrafo único, espelha bem esse entendimento.

Art. 2.035. A validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O artigo utiliza acertadamente a palavra validade, dos atos e negócios jurídicos, obedece às leis anteriores, mas se os efeitos forem posteriores à vigência do novel Código, a ele se subordinaram, isso somente deixa claro que qualquer pacto ou negócio para ser legítimo deve se curvar ao pálio da lei e o parágrafo único de feliz clarividência deixa mais patente que nenhuma convenção prevalecerá se afrontar preceitos de ordem pública, para manutenção da função social das propriedades e contratos.

Em consonância com esse entendimento bem observou Giselda Hironaka (2002, p. 85), citando Álvaro Villaça Azevedo, no dizer: “a liberdade há de condicionar-se emoldurando-se na lei”, de modo que a liberdade de contratar e a autonomia da vontade fica sempre condicionada à lei, o que ratifica ser a lei a fonte do direito e não o negócio ou contrato.

4 CONCLUSÃO

Não pode ser outra a exegese de que para se ter eficácia jurídica, somente se admite convencionar o que não contraria a lei, não aceitando cientificamente que o modelo jurídico negocial proposto por Miguel Reale em seu estudo Fontes e Modelos do Direito, como fonte do direito.

O modelo jurídico negocial não possui característica elementar para assim ser considerado, justamente porque contraria a própria concepção de fonte do direito conceituada por Reale, na medida em que somente admite como fonte do direito aquela capaz de decidir refletindo coercibilidade.

Em remate tudo pode ser convencionado, mais nem tudo pode ser exigido juridicamente, eis que somente se pode fazer-lo se houver consonância com a lei, assim a fonte do direito é o ordenamento normativo e não o negócio em si.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. ALMEIDA, Guilherme Assis de, Curso de Filosofia do Direito, 5ª. ed., São Paulo, Jurídico Atlas, 2007, p. 497.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Filosofia do Direito, 9ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 177.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *in* Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXII, n.º 68, p. 85.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito, 1ª. ed., São Paulo, Saraiva, ano, p. 11.

_____. Lições Preliminares de Direito, 27ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 69.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. Dicionário de Brocardos Jurídicos, 8ª. ed., São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1973, p. 179.