



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

ARTHUR PINHEIRO BASAN

arthurbasan@hotmail.com

Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais

Uberlândia - MG

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ARTHUR PINHEIRO BASAN

Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

B297c Basan, Arthur Pinheiro, 1989-
2016 Contratos existenciais : hermenêutica a luz dos direitos fundamentais
/ Arthur Pinheiro Basan. - 2016.
181 f.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Direito
privado - Teses. 4. Hermenêutica - Teses. I. Martins, Fernando
Rodrigues. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

ARTHUR PINHEIRO BASAN

Contratos existenciais: hermenêutica à luz dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada ao Colegiado do Curso de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dissertação defendida em 29 de Fevereiro de 2016, pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
(orientador)

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira
FADIR - UFU

Profa. Dra. Maria Paula Costa Bertran Muñoz
USP

AGRADECIMENTOS

O caminhar de uma pós-graduação é trilhado por vias árduas, acompanhado de pensamentos solitários, pesquisas incansáveis e o sentimento indelével de que o conhecimento, mesmo assim, torna-se cada vez mais distante. Eis o paradoxo que segue qualquer humilde estudioso: quanto mais se estuda mais se compreende a pequenez da sabedoria.

Entretanto, o mais interessante é que, em que pese o desespero, talvez sempre presente na vida de qualquer pensador, as horas e noites passadas debruçadas em livros tornam-se recompensadoras ao imaginar que os pensamentos aqui externados possam servir para, de alguma forma, mesmo que subsidiária, promover a vida de alguma pessoa que sofre dor, encontra-se à margem ou que simplesmente necessite de algum apoio para, enfim, alçar a aclamada dignidade humana.

Com base nisso, torna-se imperioso reconhecer o apoio daqueles que, de algum modo, sem ponderar por pesos de importância, contribuíram para que cada palavra escrita neste texto fizesse sentido, nem que seja ao autor e sua inocente pretensão de tornar o mundo um lugar mais humano.

Assim, certamente nada disso seria possível sem o apoio imensurável da minha amada família, dos pais às irmãs, nas palavras de amor e carinho da minha mãe, sempre motivadoras, no exemplo de trabalho e dedicação do meu pai, sustentando qualquer espécie de necessidade que pudesse desfocar o período de pesquisa.

Não menos importante, o sincero agradecimento a todos os amigos e irmãos que construí na cidade famosa por tratar os visitantes como forasteiros. Àqueles que aqui me fizeram rir e sorrir são tão valiosos quanto às pérolas espalhadas em meio aos porcos.

Por fim, toda a gratidão ao orientador, professor, promotor, coordenador do mestrado, amigo e, acima de tudo, ídolo Dr. Fernando Rodrigues Martins. É deste que retirei o exemplo para acreditar no Direito, lutar pela justiça, estudar com afinco, compartilhar os saberes e, ainda assim, nas horas vagas, correr, nem que seja em busca da tão sonhada carreira ministerial. Conforme se nota, este trabalho é composto, tranquilamente, por mais de 90% das ideias deste mestre, seja por meio das aulas, bate-papos, e-mails ou preciosas obras recomendadas. Inegavelmente, é do professor Fernando que vieram todas as “pistas” que compuseram essa jornada. Penso que o Brasil seria um lugar muito melhor se todos os juristas tivessem a oportunidade de seguir o caminho que segui: ser aluno desse brilhante professor.

Meus sinceros agradecimentos a todos vocês!

Ser otimista é dar-se conta de que temos a possibilidade de escolher e que, portanto somos responsáveis. É dar-se conta de que não devemos colocar a responsabilidade sobre o que nos é externo, sobre bodes-expiatórios, em pessoas que queremos acusar. Ser otimista é dar-se conta que nós contribuímos para construir o mundo em que vivemos. E o que iremos escolher? O pior? Não! Vamos escolher o melhor. Eis porque sou otimista.

Pierre Levy

RESUMO

O estudo tem como intuito propor uma hermenêutica diferenciada a certos tipos de contratos. Ora, é inegável que a depender da situação em que se insere a relação contratual, em especial considerando a posição de vulnerabilidade de uma das partes e a essencialidade do objeto contratado, é preciso analisar, interpretar e aplicar uma hermenêutica atenta à promoção da pessoa humana, com base em seus direitos fundamentais. Dessa maneira, perpassando pelos estudos de efetivação dos direitos fundamentais nas relações ditas privadas, bem como de necessidade de promoção da vida humana, com base nos conceitos do mínimo existencial, pode-se firmar a compreensão de que em determinadas relações contratuais é cabível uma hermenêutica que tutele a vida humana mesmo que a custo de mitigar interesses patrimoniais.

Palavras-chave: contrato existencial; mínimo existencial; direito privado; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The study has the intention to propose a differentiated hermeneutics to certain types of contracts. It is undeniable that depend on the situation in which it operates the contractual relationship , especially considering the vulnerable position of a party and the essentiality of the contracted object , it needs to analyze , interpret and apply careful hermeneutics to the promotion of the human person on the basis of their fundamental rights. In this way , passing by the realization of studies of fundamental rights in private said relations as well as the need to promote human life , based on the concepts of existential minimum , one can establish the understanding that in certain contractual relations is appropriate hermeneutics defends them that human life even if the cost of mitigating patrimonial interests

Keywords: existential contract; existential minimum; Private right; fundamental rights.

RESUMO	3
INTRODUÇÃO.....	10
1 - DO CONTRATO LIBERAL AO CONTRATO EXISTENCIAL: A MUDANÇA DE PARADIGMAS NA HERMENÊUTICA CONTRATUAL	17
1.1 – O paradigma liberal e a autonomia da vontade.....	22
1.2 – O paradigma social e a justiça contratual	31
1.3 – O paradigma pós-moderno, a nova realidade contratual e o contrato existencial	43
1.4 – Conclusões parciais.....	55
2- O CONTRATO EXISTENCIAL COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	59
2.1 – As razões para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.....	60
2.2 – Principais teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais	68
2.2.1 – Teoria da eficácia indireta (mediata)	69
2.2.2 – Teoria da eficácia direta (imediata)	71
2.3 – A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações contratuais e o risco de banalização do argumento jusfundamental	74
2.4 – O diálogo entre as teorias como forma de se evitar a banalização dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.	78
2.5 – O contrato existencial como efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	88
2.6 – Conclusões parciais.....	94
3- A CONCREÇÃO DO CONTRATO EXISTENCIAL.....	96
3.1 – Fundamento: a “virada kantiana” no direito privado brasileiro.....	97
3.2 – As diretrizes fundamentais: cláusulas gerais e princípios	110
3.3 – Acepção do contrato existencial	120
3.3.1 – Caráter estrutural: os elementos	122
3.3.1.1 - Objetivo: a essencialidade	125
3.3.1.2 – Subjetivo: a vulnerabilidade e a “ética da situação”	132
3.3.1.3 – Vínculo: ausência de lucro e de manifestação de vontade	137
3.3.1.4 – Forma: a necessária proteção do mais fraco	140
3.3.2 – Caráter funcional: taxonomia “em degraus” à luz da intangibilidade da pessoa humana	142
3.3.2.1 – O mínimo vital (existencial)	146
3.3.2.2 – A pessoa além do mínimo: direito ao indispensável existencial	152
3.4 – Limites hermenêuticos: existencialismo, consumismo e consumerismo.....	158
3.5 – A necessária factualidade: a função social do lucro e o contrato existencial como equidade.....	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

De um modo geral, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a destacar a queda do regime nazifascista, o estudo jurídico passou por profundas e consideráveis transformações, em especial, pela reanálise da teoria positivista, isenta de caráter ético na sua formulação estrutural e formalista.¹

Sendo assim, de maneira bem sucinta, o sistema jurídico passou a se compor por teorias que, para além do estudo das normas jurídicas como tais em suas estruturas, pudessem considerar também a incidência de valores morais, alçando-os a verdadeiros valores normativos.² Neste sentido, o valor da dignidade humana passa a compor o topo da hierarquia normativa, como forma de evitar que as atrocidades ocorridas no contexto das Grandes Guerras fossem novamente admitidas.³

Como se nota, em razão das inúmeras barbaridades cometidas contra a vida humana durante esse período, é possível perceber, como reflexo desse momento histórico, a internacionalização dos direitos fundamentais, em especial com a Carta da ONU de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁴

Em outras palavras, os direitos fundamentais ganharam maior destaque nos estudos jurídicos, em especial, enquadrando o valor da dignidade da pessoa humana como princípio normativo que dá forma e guia todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, alterando toda a concepção de hermenêutica jurídica.

¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

² No tocante à relação entre direito e valores, Fernando Noronha alerta que “O erro do positivismo jurídico [...] foi tentar isolar no tempo e no espaço cada sistema jurídico, para analisá-lo independentemente de suas relações com o meio social, das lutas de interesses, dos compromissos, das metas e dos valores da sociedade. Todas as escolas positivistas, desde a da exegese francesa e a pandectística alemã, ambas do século XIX, até ao kelsianismo e ao neopositivismo deste século XX, enclausuravam o jurista numa torre de marfim, condenando-o, nas palavras de Betti, a fazer ‘arida analisi formale, astrattamente concettualistica’”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28.

³ Neste sentido, Gregorio Robles afirma que “A grande lição do século XX é que o mal político é a ditadura. A lembrança dos regimes de Hitler e Stalin deve estar sempre presente na consciência coletiva de toda sociedade, para que assim seja possível dizer com convicção: Nunca mais!” In: ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 79.

⁴ Dentro desse contexto, Flávia Piovesan descreve que “Se a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, o Pós-guerra significou a esperança de reconstrução desses mesmos direitos. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Manifesta-se assim, a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado a ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.” In: PIOVESAN, Flávia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial**. In: Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20.

Apesar de relativamente tardio se comparado à Europa, no Brasil, o grande marco teórico para essa verdadeira “virada kantiana”⁵ no pensamento jurídico pátrio é a Constituição Federal de 1988, a qual pôs fim normativo ao período autoritário de ditadura militar vigente desde a Constituição de 1967.

Em linhas gerais, diferentemente da anterior Constituição militar que suprimiu diversos direitos dos brasileiros, a Carta Cidadã de 1988, numa simbólica demonstração de prestígio⁶, inicia o texto constitucional já tratando dos direitos fundamentais, considerando-os, inclusive, cláusulas pétreas (conforme art. 60, §4º, inciso IV).

Entretanto, é importante destacar que, para além de uma limitação da ação estatal, há pouco ditatorial, na violação de direitos, o debate quanto às normas fundamentais se mostra ainda hodiernamente essencial, considerando o evidente inadimplemento constitucional⁷ de diversos direitos fundamentais, muitas vezes, extremamente essenciais a uma vida humana digna, como, por exemplo, a saúde e a moradia.

Vale lembrar que não é somente o Estado que é responsável pelo respeito (aspecto negativo) e pela concretização efetiva (aspecto positivo) dos direitos fundamentais das pessoas, de modo que, a própria constituição prevê que a vida em sociedade deve ser construída de forma solidária⁸ (conforme art. 3º, inciso I).

Em verdade, é necessário destacar que os direitos fundamentais no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a vincular todas as situações jurídicas presentes no dia-a-dia das pessoas, inclusive as originadas de relações privadas. Neste sentido, cabe enfatizar que em um contexto de sociedade de consumo⁹ e de massas¹⁰,

⁵ A expressão “virada kantiana” é exposta por Barroso, citando Torres, e a ideia reside “ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico.” In: TORRES, Ricardo Lobo. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p.63.

⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 258.

⁸ Vale citar Mota Pinto afirmando que não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson, defendendo a ideia de que o Direito necessita da sociedade como pressuposto de existência. Diante disso, têm-se pistas de que o Direito só pode ser coerente com os critérios de justiça por si só estabelecidos se, também, manter o solidarismo como exigência fundante. In MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Apud* FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 26.

⁹ Segundo a análise de Bauman, a atual fase pós-moderna, de sociedade de consumo, revela que o trabalhador foi substituído pelo consumidor. Sendo assim, os projetos de vida das pessoas não giram mais em torno do trabalho, das capacidades profissionais ou da oferta de empregos; mas sim, da possibilidade real de consumo. In: BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999. p. 87.

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

despontam com forças cada vez maiores os poderes sociais, que podem infringir direitos fundamentais tanto ou até mais que o próprio Estado.¹¹

A partir disso, passa-se a compreender uma concepção pluridimensional dos direitos fundamentais¹², isto é, a eficácia desses direitos passa a ser perante as relações jurídicas entre pessoas e o Estado (eficácia vertical), e também nas relações entre particulares (eficácia horizontal¹³).

Com efeito, a efetivação dos direitos fundamentais, em especial das pessoas em situação de vulnerabilidade¹⁴, qualifica os deveres fundamentais¹⁵, inclusive das pessoas privadas, como um verdadeiro imperativo normativo. Aliás, é o que parecem indicar os institutos de ordem pública do direito privado, como os expressos no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor.

Ora, é diante desse contexto, em que os direitos fundamentais, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, passam a espargir seus efeitos por todo o sistema jurídico brasileiro, em especial, na relação jurídica contratual, que o presente trabalho se justifica.

Conforme será exposto, existem diversas relações contratuais privadas que, muitas vezes, superam a mera estrutura formal de um negócio jurídico, regido por obrigações estritamente patrimoniais, para compor uma real situação jurídica existencial¹⁶ à pessoa humana. Em razão disso, observa-se a necessidade de evidenciar uma nova taxonomia contratual, pautada na tutela e promoção da pessoa humana, a saber: o contrato existencial.¹⁷

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 47.

¹² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

¹³ É relevante deixar claro que a expressão “eficácia horizontal” sofre duras críticas, uma vez que mesmo as relações entre particulares podem ser marcadas pela desigualdade fática, como nos contratos de consumo, não sendo, portanto, relações jurídicas “horizontais” nem tão pouco “paritárias”. De qualquer modo, o presente trabalho optou pelo uso de “eficácia horizontal” principalmente pelo consenso que a própria expressão gera, a saber, que se trata de relações entre privados, não estando o Estado em nenhum dos pólos. Mesmo assim, é importante evidenciar que a utilização dessa terminologia não pode criar a falsa ideia de que os particulares dessa relação estejam em situações simétricas, em patamar de igualdade. Reconhecer isso seria entrar em contradição com a própria razão de ser da aplicação dos direitos fundamentais nessas relações. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

¹⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação**. Revista de Direito do Consumidor. v. 94

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 760.

¹⁷ Essa taxonomia é de autoria do professor Antônio Junqueira de Azevedo, o qual destacou que esse tipo de instituto jurídico se diverge das demais espécies contratuais clássicas em razão tanto da essencialidade do objeto contratado quanto da situação subjetiva existencial de uma das partes contratantes, demonstrando uma

Atualmente, o parceiro contratual, nas situações em que há vulnerabilidade e o bem contratado é de caráter essencial à pessoa contratante, deve ser compreendido como um titular de direitos fundamentais, tendo a sua liberdade, mas, também, o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantidos pelo sistema jurídico.

Em outras palavras, defende-se uma análise contratual que afasta a interpretação do contrato como mero jogo liberal de interesses entre as partes e destaca o negócio jurídico como instrumento para efetivação de direitos fundamentais, em que as partes contratuais devem zelar pela pessoa que, dentro da negociação, guarda uma situação jurídica evidentemente existencial. É dizer que, sob essa ótica, o contrato humaniza-se.¹⁸

Neste sentido, é possível destacar uma hermenêutica, compreendida como interpretação, construção e aplicação das normas, conducente ao resultado mais promocional de direitos fundamentais possível e, consequentemente, mais humana.¹⁹ Aliás, é oportuna a afirmação de Eros Grau, segundo a qual “há um evidente entrelaçamento entre dois temas, o da tutela da pessoa humana e o da técnica legislativa e hermenêutica contemporânea”.²⁰

Ademais, é preciso lembrar que não existe liberdade contratual sem a devida igualdade substancial que lhe dê sustentação. Neste sentido, a presente investigação se justifica, também, pela inegável desigualdade social presente no Brasil, dando evidências de que a análise contratual, para manter-se coerente com a hermenêutica dos direitos fundamentais, deve se pautar pelos paradigmas²¹ de acesso e de proteção. Aliás, é com base especialmente

verdadeira preocupação da dogmática do direito privado com a intangibilidade da pessoa humana. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.9, n. 34, p.304. abr./jun. 2008.

¹⁸ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, p. 265-294, 2011.

¹⁹ Maximiliano, ao discorrer sobre o propósito da hermenêutica, afirma que “A Hermenêutica é ancila do Direito, servidora inteligente que retoca, aformoseia, humaniza, melhora, sem alterar a essência”. In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

²⁰ GRAU. Eros. **Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea**. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 282.

²¹ Segundo o argentino Lorenzetti, o “paradigma” é a prevalência de uma formação prévia de quem toma a decisão, isto é, as concepções históricas e de vida do jurista que condicionam e influenciam as suas decisões. In: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 227-269. Neste mesmo sentido, Palmer afirma que: “os juízos prévios do indivíduo são mais do que meros juízos; são a realidade história do ser. Resumindo, os juízos prévios não são algo que devemos aceitar ou que possamos recusar; são a base da capacidade que temos para compreender história. [...] Não pode haver qualquer interpretação sem pressupostos.” In: PALMER, Richard. **Hermenêutica**. O saber da filosofia; 15. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 185-186. Ainda assim, é interessante a exposição feita por Eros Grau, segundo o qual: “A compreensão se desenvolve a partir de pré-compreensões [...] Neste passo eu poderia, para fazer graça, dizer que se nós fizermos uma pesquisa em torno do fato de o Juiz da 2ª Vara dar liminar e o da 1ª Vara não dar liminar, poderemos chegar a conclusão de que é assim porque um tinha bicicleta quando era criança, o outro não. Estou fazendo uma brincadeira, mas o que eu quero dizer é que a pré-compreensão da realidade vai determinar a produção, se eu for um intérprete autêntico, vai conformar a

nesses dois paradigmas que o estudo se direciona, elegendo como ponto de partida sólido para a pesquisa a função primordial do direito, qual seja, a promoção da pessoa humana.

Neste sentido, o marco teórico do estudo apoia-se especialmente nas contribuições de Pietro Perlingieri quanto às “situações jurídicas existenciais”, bem como no pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo, do qual deriva a própria classificação em “contrato existencial”. Como se não bastasse, sustenta-se nas contribuições dos juristas que comungam com uma visão humanista do direito e que consideram a técnica jurídica uma verdadeira ferramenta a serviço da pessoa humana, como os pensamentos de Ricardo Luís Lorenzetti²², Cláudia Lima Marques e Marcelo Duque, Miguel Reale, Judith Martins-Costa e, em especial, de Fernando Rodrigues Martins, cujos pensamentos e “pistas” guiam todo o estudo, a indicarem a possibilidade de uma hermenêutica emancipatória²³.

Diante disso, visando estabelecer uma “coluna vertebral” metodológica, a pesquisa pretende realizar uma análise dos contratos existenciais sob a ótica dos direitos fundamentais e da dogmática do direito privado.

Para tal, será utilizado o método dedutivo (na forma do geral ao particular) da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com especial referência à argumentação jurídica. Paralelamente, será utilizado também o método indutivo (do singular ao geral) na análise dos textos infraconstitucionais, em especial os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor, que, na proximidade com os fatos do dia-a-dia, apontam os diversos princípios que fundamentam as relações privadas. Além disso, será utilizada a jurisprudência que justifica a classificação de certos contratos como “existenciais”.²⁴

minha produção normativa.” In: GRAU, Eros. **Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea**. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 288.

²² Destaque para a ampla participação de Lorenzetti na elaboração do novo “Código Civil e Comercial da Nação Argentina” (Lei 26.994, de 07/10/2014), a qual prevê diversas normas que, segundo o próprio autor “se inscriben en una fuerte tradición humanista.” In: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Extratos do novo “Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina” (Ley 26.994, de 07.10.2014) em matéria de proteção ao consumidor e nota introdutória**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 427 - 446 | Jan - Fev / 2015, p. 437.

²³ Pode-se sucintamente descrever a hermenêutica emancipatória como uma evolução sistêmica do direito. Em artigo ainda em prelo sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal nº 13.146/2015) o autor, descrevendo essa hermenêutica, explica que: “para a hipótese em questão excelentes modelos hermenêuticos podem ser seguidos, possibilitando harmonia entre o núcleo de cada proposta interpretativa, todas chamadas a guindar e promover a pessoa com deficiência. Pensem-se nos tipos *argumentativo*, *concretizador*, *participativo* e *tópico*. Evidente que nenhum supera o outro e todos devem contribuir para o melhor resultado.” In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, paradigma de ancoragem e o desafio da geração de intérpretes**. No prelo. 2016, p. 36

²⁴ Neste ponto, interessante o pensamento de Fernando Noronha, segundo o qual “Em termos modernos, poder-se-ia dizer que não é das definições, dos conceitos jurídicos, das teorias, que brota o direito; é antes a partir do direito concreto, do direito tal qual é vivido, tal como é aplicado aos casos concretos, que se devem construir aquelas teorias, aqueles conceitos, etc.” In: NORONHA, Fernando. **O direitos dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 36.

Diante disso, têm-se pistas de que no presente texto os métodos dedutivo e indutivo se completam na tarefa científica, em um pluralismo metodológico²⁵, até porque, o direito será considerado pelo trabalho em sua interpretação sistemática, a qual permite os múltiplos eixos normativos convergentes, em verdadeiro diálogo.²⁶

Ainda assim, é preciso deixar claro que o trabalho encontra-se dividido em três partes. Em um primeiro capítulo, serão apresentadas as alterações paradigmáticas por que passou o direito e, em consequência, os reflexos na abordagem contratual. Desse modo, será analisado o paradigma liberal, com destaque para a interpretação contratual clássica, fundada na noção de autonomia da vontade. Logo em seguida, destaque para o paradigma social, o qual trouxe consigo reflexões quanto à função social e à justiça contratual. Neste norte, chegar-se-á ao paradigma pós-moderno, o qual revela uma nova realidade contratual, pautada especialmente nos princípios da boa-fé, da função social e da justiça contratual e que, de certa forma, indicam a possibilidade da taxonomia do contrato como “existencial”.

Em um segundo capítulo, parte-se para a análise do contrato existencial como forma de efetivação dos direitos fundamentais dentro das relações entre particulares. Para tanto, inicialmente, será feita uma abordagem sobre algumas razões que fundamentam a aplicação dos direitos fundamentais até mesmo nas relações contratuais privadas. A seguir, faz-se necessário a apresentação das teorias acerca dessa eficácia horizontal, a saber, as teorias da eficácia direta (imediata), da eficácia indireta (mediata), bem como as críticas pertinentes a cada uma das teorias. Ainda assim, dentro dessa segunda parte, demonstrado de que forma a aplicação desmedida dos direitos fundamentais nas relações privadas gera uma espécie de banalização do argumento jusfundamental, de modo a justificar um diálogo entre as teorias como possibilidade de uma convergência entre o direito privado e o direito constitucional. Por fim, será demonstrado de que maneira a consideração do contrato em existencial pode efetivar as normas de direitos fundamentais nas relações privadas.

Logo em seguida, no terceiro capítulo, entra-se de fato na concreção da classificação do contrato como “existencial”. Neste sentido, será feita a acepção do contrato existencial,

²⁵ Neste sentido, o pensamento de Miguel Reale revela que: “Hoje em dia, não tem sentido o debate entre indutivistas e dedutivistas, pois a nossa época se caracteriza pelo pluralismo metodológico, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por reconhecer que cada setor ou camada do real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa, [...] [...] de tal modo que a indução e a dedução, assim como a análise e a síntese, se conjugam e se completam, como sístole e diástole do coração do conhecimento.” In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 83.

²⁶ Vale citar o pensamento de Pietro Perlingieri, ao afirmar que “o que essencialmente se exige de um jurista é a coerência no método adotado. O confronto depois, sobre qual seja o método mais adequado para abordar o assunto, é um discurso aberto sobre o qual ninguém possui, em um certo sentido, a verdade.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 88.

inicialmente expondo o seu principal fundamento na “virada kantiana” no âmbito privatista contratual, para, logo em seguida, evidenciar a importância das diretrizes que justificam essa nova taxinomia, isto é, as cláusulas gerais e os princípios. Nesta direção, será abordada a acepção do contrato existencial, por meio da compreensão estrutural (características que compõem o contrato existencial, isto é, os elementos objetivo, subjetivo, vínculo e forma) e, além disso, da funcional, consistente na tutela do mínimo existencial das pessoas. Como se não bastasse, serão apresentados alguns limites hermenêuticos à taxonomia proposta para, conseqüentemente, demonstrar a importância de se analisar o caso concreto em suas especificidades, em busca da ética da situação, corroborando para a conclusão de que a justa aplicação do contrato existencial só pode ser dar por meio da equidade.

Por fim, frisa-se que a pesquisa pretende superar as meras reflexões teóricas para, efetivamente, contribuir com a análise crítica²⁷ da aplicação contratual. Desse modo, tem-se como finalidade colaborar para que a abordagem mais detalhada (mas não exaustiva, destaca-se) do assunto permita que, no dia-a-dia das decisões judiciais, o contrato existencial seja utilizado como verdadeira ferramenta jurídica para a promoção da vida humana digna e, não obstante, de todos os meios necessários para a sua preservação. Afinal, sem a vida (digna), nada no direito é possível.

²⁷ A abordagem crítica segue a linha de raciocínio de Pietro Perlingieri, segundo o qual “É necessário, ao contrário, ter a coragem de se empenhar na disputa para adquirir a capacidade crítico-argumentativa, essencial ao jurista, e a consciência de que a cultura jurídica é a expressão de problemas e possíveis soluções, em uma perspectiva histórica e relativística, e não de dogmas, verdade fixas e a-históricas.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p.5.

1 - DO CONTRATO LIBERAL AO CONTRATO EXISTENCIAL: A MUDANÇA DE PARADIGMAS NA HERMENÊUTICA CONTRATUAL

Primeiramente, é imperioso perceber que, enquanto ciência humana, o Direito é naturalmente influenciado pelas transformações políticas, sociais e culturais ocorridas em determinado contexto. É dizer que, do positivismo normativista clássico para o estudo jurídico contemporâneo, passou-se “da visão sistemática à visão sistêmica”²⁸, em que não se estuda mais o sistema do Direito tão somente, e sim, o Direito no sistema.

Em outras palavras, com apoio em Luhmann²⁹, o Direito, enquanto subsistema do sistema (geral) social³⁰, apesar de se apresentar fechado do ponto de vista normativo, é aberto do ponto de vista epistemológico. Isso significa que o Direito é fechado em seu subsistema normativo, mas necessariamente se interage com os outros subsistemas³¹, como, o político e o econômico, de modo a formar uma verdadeira “sociedade em rede”.

De forma mais clara, é possível perceber que não há como efetuar um estudo jurídico coerente se este estiver desatrelado das mutações sociais, políticas, econômicas e culturais por que passa a sociedade no determinado momento em que se pretende o debate científico. Em outras palavras, é preciso perceber quais são os valores que circundam a sociedade, para assim situar o estudo jurídico ao contexto social.³²

É importante salientar que o pensamento de Luhmann é tido com base em uma visão sociológica, de modo que parece mais adequado, para o estudo jurídico, a abordagem do sistema jurídico enquanto ordem axiológica-teleológica³³, conforme propõem Canaris. Ressalta-se que, neste sentido, não se quer desconsiderar a importância do pensamento de Luhmann para a compreensão da noção de sistema, mas sim, demonstrar a necessidade de complementariedade das ideias.

²⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 237.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

³⁰ Losano explica que “[...] Luhmann concebia o direito não como um todo composto de partes individuais (ou seja, como um ordenamento composto de normas), mas como um todo em relação com outro todo mais extenso, segundo o esquema sistema-ambiente. Ou seja, ele via o direito como um subsistema do sistema social.” LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 424.

³¹ Neste sentido, é possível perceber que “o sistema jurídico está aberto ao ambiente. Por exemplo, atribui normativamente a capacidade jurídica como consequência do nascimento”. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade**, 2011. p. 403.

³² Pietro Perlingieri, descrevendo a necessidade de que o estudo das fontes normativas se dê por meio do método interdisciplinar, afirma que “o fenômeno jurídico não se exaure naquele legislativo e jurisprudencial, mas se identifica com a experiência global do social.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 62.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012. p. 66.

Em verdade, é preciso perceber que o Direito, enquanto sistema que o é, supera a ideia estruturalista de mero relacionamento hierárquico de normas, conforme o pensamento positivista normativista clássico, para se concretizar de maneira analítica, concedendo ordenação também valorativa, conforme o pensamento de Canaris³⁴. Neste sentido, este autor descreve a necessidade de se colocar em sintonia a globalidade das normas, em um “isolamento científico” do Direito, entretanto, sem se fechar ao seu entorno, composto por valores que os circunda, numa forma historicamente justificada.

Em outras palavras, Canaris descreve que o sistema jurídico deve ter um funcionamento harmônico, entre regras e princípios gerais do Direito, porém, também adequados axiologicamente. Em verdade, a adequação valorativa é que dá a unidade ao sistema, uma vez que estabelece os seus valores fundantes, impedindo a contradição entre os mesmos. Consequentemente, eis aqui duas premissas básicas para a compreensão de sistema jurídico para Canaris: ordenação e unidade.

Além disso, com base nessa compreensão axiológica, o autor descreve mais dois elementos essenciais ao sistema jurídico, isto é, a abertura e a mobilidade, de modo que um elemento é relacional ao outro.

No tocante à abertura, é possível perceber que o sistema jurídico é caracterizado pela sua não completude, de modo que há uma extrema necessidade de modificação e evolução do Direito. Essa situação impõe a abertura sistemática para os valores da sociedade, os quais se modificam com o passar do tempo, em verdadeira diacronia.³⁵

Conforme se percebe, o Direito, enquanto fenômeno situado no processo da história, deve ser mutável, a fim de se adequar, historicamente, aos valores fundantes de determinado contexto. Dessa forma, por meio da abertura, o sistema jurídico torna-se capaz de uma modificabilidade da própria ordem jurídica, em verdadeira capacidade de evolução, por meio de novos princípios normativos (valores positivados).

Com base nisso, é possível dizer que, o Direito, sem o devido “contexto”, é mero “texto” normativo, ilhado no mar de normas. Com efeito, descreve Noronha que “[...] o que é fundamental é o fato de o direito só poder ser entendido dentro da realidade social em que está

³⁴ **Ibidem.**

³⁵ Canaris afirma que “A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito. Ele partilha a abertura do <<sistema científico>> com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do <<sistema objetivo>> é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objeto, designadamente, da essência do Direito como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.” In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2012. p. 281.

inserido. É preciso que os juristas saiam do ‘círculo mágico das normas e dos conceitos gerais e abstratos’, de que fala Barcellona.”³⁶

Neste mesmo sentido, relevante o pensamento de Bobbio, ao descrever a ideia do direito como “subsistema do sistema global da sociedade”, segundo o qual:

[...] se difundem, inclusive nos países de direito codificado, teorias realistas que voltam sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas e põem o acento, mais que na auto-suficiência dos sistema jurídicos, nas inter-relações entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social como um todo. O que distingue a situação presente são exatamente aquelas condições que consideramos particularmente favoráveis à formação de um direito antitradicionalista, que busca o próprio objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas na análise do sistema e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade.³⁷

Diante de tudo isso, vale sempre lembrar, conforme o pensamento de Azevedo, que o Direito é uma ciência de segunda ordem.³⁸ Dessa forma, seria incoerente estudar a classificação do contrato em “existencial” sem se atentar para o atual momento contextual, ou seja, o objeto do estudo não pode ser analisado de forma isolada, uma vez que se insere num conjuntura mais ampla, que envolve as cosmovisões vigentes em dada época.³⁹

Não esquecendo, aliás, que o Direito é composto pelo fato, valor e norma.⁴⁰, de modo que, condizente com isso, afirma o professor Noronha que “o direito espelha a sociedade em que se insere.”⁴¹ Seguindo essa mesma linha de raciocínio são pertinentes as colocações de

³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 26.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007, p. 46

³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil**. In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010. p. 3

⁴⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴¹ Neste mesmo sentido, afirma o autor que “É nossa firme convicção, exposta noutro lugar, que se as normas jurídicas são formuladas em resposta aos problemas econômicos, sociais e políticos da sociedade, a ordem jurídica refletirá necessariamente os compromissos políticos, as contradições econômicas, os contrastes e as harmonias sociais, as convicções morais e religiosas, e até as ideologias dominantes [...] In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 21.

Nalin descrevendo a superação da leitura contratual descontextualizada à função social, de maneira que:

Portanto, é a constatação de que o sistema jurídico não pode ser encarado fora do contexto de valores materiais e históricos, de nada servindo para a efetividade do ordenamento jurídico as construções meramente abstratas do pensamento. Uma proposta sistemática de cunho fechado em seus próprios enunciados já deu provas de sua inadequação para a resolução de casos práticos que a vida oferece, v.g., a leitura que parte da jurisprudência faz do princípio da liberdade contratual, ainda centrado no voluntarismo jurídico, sem que se tenha dado conta de que a condição para o exercício de tal princípio está na funcionalização de seus efeitos, baseada na justiça social (Carta, art. 170, *caput*).⁴²

Dessa maneira, torna-se conveniente examinar, mesmo que de forma breve, a contextualização do contrato existencial à luz dos paradigmas⁴³ do Direito, partindo-se de uma sucinta análise histórica, iniciando nas influências do Estado Liberal na abordagem contratual, passando pelo contexto de Estado Social e, por fim, abordando vinculações pertinentes da interpretação contratual com o presente contexto⁴⁴, denominado por vários autores como decorrente de um “Estado pós-moderno”.⁴⁵

Obviamente, toda essa análise se justifica, conforme chama a atenção Comparato, pela “indispensável consideração do plano histórico e sociológico em que se desenvolve a vida do direito”.⁴⁶ Não obstante, Marques afirma que “A ideia de contrato vem sendo moldada, desde

⁴² NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 61

⁴³ O termo “paradigma” parece ter seu apogeu nos estudos de Thomas Kuhn, o qual, em resumo, analisando o comportamento dos estudiosos, bem como a existência das revoluções científicas, descreveu “paradigma” como sendo padrões desenvolvidos e reconhecidos por uma comunidade científica, e que servem de modelos (bases) para outros estudos. KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

⁴⁴ É válida a refutação feita por Paulo Lôbo, segundo a qual: “É quase um lugar comum a afirmação de que o contrato ou o direito contratual é a parte do direito menos afetada pela mudança social. Atribui-se ao direito das obrigações (especialmente o contratual) uma certa estabilidade milenar, porque, mais que os outros ramos juscivilísticos, perpetuaria os princípios que nos legaram os romanos, assegurando a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico.” Entretanto, mesmo fazendo essa ressalva, prossegue o autor descrevendo que “O contrato, no entanto, não é e nem pode ser de categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Em verdade, seus significado e conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade.” In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social**. Revista dos Tribunais | vol. 722 | p. 40 - 45 | Dez / 1995. p. 40.

⁴⁵ Por trás do uso do termo “pós-moderno” há uma ampla discussão. Entretanto, é frequentemente utilizado na doutrina para determinar o momento de transição por que passa as diversas ciências, em especial da década de 70 em diante, momento em que o capitalismo de uma verdadeira “guinada” em consonância com o projeto neoliberal. PERRY, Anderson. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.52.

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder *apud* NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 39.

os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.”⁴⁷

Dessa maneira, é possível perceber que a alteração dos paradigmas de cada modelo de Estado dá pistas de indicar maior ou menor extensão do âmbito de proteção de determinados direitos, tais como a liberdade e a igualdade, bem como os mecanismos criados para aprofundar a aplicação destes, em especial, no tocante às relações contratuais. Em outras palavras, a explanação do contrato existencial exige a compreensão de que forma os paradigmas procedem alterações na hermenêutica contratual, afinal, do ponto de vista hermenêutico, “um acontecimento só se torna significativo dentro de um contexto específico”.⁴⁸

Assim, diante de todo o mencionado, é preciso destacar, de maneira breve, o que essas variações históricas e ideológicas do paradigma contratual liberal e social, chegando ao pós-moderno, têm a ver com a correta compreensão do contrato existencial, consoante visa o presente texto.

Como se sabe, em decorrência das alterações sociais, obviamente, novos paradigmas surgem. Entretanto, é imperioso ter em mente que tal situação não permite concluir que o nascer de um paradigma necessariamente deve sobrepor os demais existentes anteriormente. Em verdade, o estudo mais atento revela que os paradigmas devem ser analisados sob o enfoque da complementariedade, de modo que, consoante reflete Marques:

Dogmas e paradigmas novos podem ter surgidos, mas os antigos continuam a existir e conviver, e se dogma é “dokein” (pedra), o edifício que construímos tem sempre como base os dogmas que constroem o nosso pensamento. Identificar quais são e quais deveriam ser, segundo o novo contexto e o novo texto legal, é sempre um desafio.⁴⁹

Neste sentido, o breve estudo contratual clássico, seguido do estudo contratual social, e anterior ao aprofundamento no período contemporâneo, justifica a aparição do contrato existencial, afinal, conforme expõe Noronha:

A concepção tradicional, ou clássica, é aquela que herdamos do século XIX, que foi o período das grandes codificações e, ao mesmo tempo, uma era de grandes construções doutrinárias, algumas delas como as

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

⁴⁸ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. O saber da filosofia; 15. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 34.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 59.

de direito subjetivo, de pessoa jurídica e de negócio jurídico, tão fundamentais que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas⁵⁰

Por tais razões, considerando o Direito como um sistema “complexo”⁵¹, tem-se pistas de que a ciência jurídica encontra-se inserida em um pluralismo, em que novos e velhos paradigmas convivem simultaneamente, de modo que novos princípios emergentes, ao invés de eliminarem, se somam aos antigos, em um verdadeiro processo de complementariedade científica. É essa a luz que ilumina o presente trabalho: o contrato existencial sob a influência dos diversos paradigmas, em diálogo, visando a mais efetiva promoção possível da pessoa humana.

1.1 – O paradigma liberal e a autonomia da vontade

Inicialmente, de forma breve, é possível perceber que, historicamente, o surgimento do Estado Liberal, em consonância com o movimento filosófico denominado “iluminismo” foi uma contraposição ao Estado Absoluto. Durante a época em que imperavam as monarquias absolutistas, o Estado se geria totalmente sem limites jurídicos previstos, isto é, todo o poder decorria do soberano, sendo este fonte e limite do direito (“O Estado sou eu”, declarava o rei francês Luís XIV).

Com o advento da busca do homem político pela limitação do poder, se contrapondo ao absolutismo monárquico, surge o “Constitucionalismo clássico” ou “liberal”.⁵² Era necessário que se instituísse um Estado que tivesse como atributo central não o governante, mas sim, a lei. Em verdade, a consagração do Constitucionalismo liberal foi uma luta da burguesia pela legitimidade do poder estatal, a fim de abolir os privilégios da nobreza e do clero⁵³.

Vale lembrar que a corrente ideológica que deu suporte a essas ideias constitucionais foi o liberalismo, que pelo fenômeno histórico complexo que é, será abordado de maneira superficial, com base apenas nos aspectos mais relevantes.⁵⁴

⁵⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 66.

⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil**. In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵² NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Método, 2012. p. 16.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010. p. 7.

⁵⁴ Alerta Fernando Noronha que: “O liberalismo, é claro, não era apenas uma doutrina econômica. Tinha também fundamentos morais, de fontes religiosas, assentes na idéia cristã de que o homem permanece o valor supremo, dotado de ‘direitos naturais’, oponíveis contra a ordem estatal, assim como tinha fundamentos políticos, que ficam claros se nos lembrarmos que nascera oposição à organização política, hoje geralmente apelidada de

Sendo assim, esse Constitucionalismo clássico se deu especialmente a partir do século XVIII, no decorrer das revoluções⁵⁵ liberais (revoluções francesa e americana), movimentadas pela burguesia em busca de ideais libertários. Dessas revoluções nasceram “declarações de direitos” de suma importância, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776.⁵⁶

Neste sentido, as constituições passaram a ser lei escrita e superior às demais normas, responsável pela separação dos poderes, pelo governo limitado e pela garantia dos direitos dos cidadãos oponíveis ao Estado. Instituiu-se assim o Estado Liberal, e com ele o movimento legalista. Aqui Paulo Bonavides destaca os dois “pilares” do constitucionalismo: i) o reconhecimento dos direitos fundamentais e, ii) a separação dos poderes.⁵⁷

É importante também destacar que, para Schmitt, os direitos fundamentais e a separação de poderes aparecem como os dois princípios típicos do Estado burguês de Direito, a saber, i) princípio da distribuição, em que a liberdade do indivíduo é ilimitada e a faculdade do Estado de invadir essa esfera de liberdade individual é limitada e, ii) princípio da organização, segundo o qual o Estado é dividido e vinculado a um sistema de competências delimitado.⁵⁸

Como se nota, nesse contexto liberal, as constituições eram concebidas mais como diretrizes ou pautas políticas e menos como norma jurídica vinculante, afinal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual.

Neste ponto, defendia-se a ideia de limites jurídicos e políticos ao Estado, o qual deveria ser um “Estado mínimo” que permitisse que a “mão invisível” do mercado equacionasse os problemas sociais emergentes, conforme defendia o economista Adam Smith. É dizer, durante o liberalismo, a ideia era de que a sociedade civil seria dinamizada pela energia advinda do mercado.⁵⁹

ancien régime, cujas características eram essencialmente opressivas”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 64.

⁵⁵ Quanto às revoluções, Paulo Bonavides afirma que “[...] a Revolução Francesa não foi o Comitê de Salvação Pública nem a guilhotina de Danton e Robespierre, mas o Estado de Direito, a legitimidade republicana, a monarquia constitucional, o regime representativo, as liberdades públicas, os direitos individuais, a majestade da pessoa humana; enfim, toda aquela ordem nova que somente tomou forma e consciência depois que a História filtrou e sazou o princípio revolucionário em concretização institucional.” In: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 210

⁵⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p.41.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p. 63-79

⁵⁸ SCHMITT, Carl. *apud* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004. p.69

⁵⁹ Fernando Noronha complementa, alegando que: “Nesse tempo em que imperava a ideologia liberal, filósofos e juristas não duvidavam que a ‘mão invisível’ de Adam Smith era a da justiça, e mais precisamente da justiça contratual”. In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 64.

Durante esse período prevaleceu o ideário de Locke⁶⁰ (“liberdade dos modernos”), de modo que deveriam ficar expressos os deveres de abstenção do Estado (limites ao exercício do poder público) visando salvaguardar as liberdades privadas dos indivíduos. Para Locke, era necessária a proteção institucional de certos direitos tidos como “fundamentais”.

Toda essa concepção liberal, estabelecida em especial pelas revoluções liberais e reforçada pelos efeitos da revolução industrial, percorreu todo o século XIX, e ainda se mostrou operante no início do século XX.

Como se nota, os pensadores defendiam a garantia da igualdade e da liberdade formais e do direito a propriedade. Obviamente, todos os requisitos que permitiram a ascensão da burguesia e o florescimento do capitalismo. Dessa forma, a liberdade pugnada foi na verdade de cunho político, compadecendo harmoniosamente com os interesses da classe social (burguesia) e com a ordem de relações econômicas que a sustentava.

Mais especificadamente ao campo jurídico, a teoria jurídica que justifica o paradigma liberal é especialmente a do “positivismo jurídico”⁶¹, tendo como um dos seus principais expoentes Kelsen⁶². Para esse movimento, a lei contém todo o direito e, com isso, convergia com o princípio essencial do Estado Liberal: o primado da legalidade. Consequentemente, a teoria do direito predominante à época era a “teoria da norma”⁶³, com ênfase na auto-suficiência dos indivíduos, consequência da pugnada liberdade.

Neste mesmo sentido, a racionalidade jurídica se compunha da dedução (formalismo estrutural), de modo que a natureza do direito positivo era basicamente instrumental, inserida em um sistema de validade estruturalista. A compreensão, jusracionalista, era de que o sistema jurídico era completo, tal fato gerando fortes influências nas codificações posteriores.

No tocante aos direitos fundamentais, durante o paradigma liberal, eram tidos como atuação negativa do Estado, isto é, abstenções de conduta do poder público. Dessa maneira, na relação entre cidadão e o Estado, só era permitido o que estava previsto em lei. Em outras palavras, afirma Sombra que:

O Estado estava, portanto, adstrito a assegurar e a proporcionar todos os elementos indispensáveis à convivência social harmônica, de modo que ao indivíduo era concedido um amplo espaço de autodeterminação; tudo aquilo que não estivesse vedado por lei era permitido no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos.⁶⁴

⁶⁰ LOCKE, John. apud. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010. p. 7

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 2006.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

⁶⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

Em linhas gerais, durante esse período, a pessoa tinha a qualificação jurídica de “indivíduo” (do *indiviso*, isto é, âmbito em que não pode haver intervenção do Estado), constituída a partir da clássica bipolaridade “indivíduo-Estado”. Desse modo, para o professor Steinmetz:

[...] os direitos fundamentais eram limites ao poder do Estado definidos pelo próprio Estado por meio de lei e não definidos pela Constituição. Dizendo de outro modo, os direitos fundamentais não operavam diretamente e imediatamente desde a Constituição.⁶⁵

Neste sentido, os direitos fundamentais indicavam uma proteção do indivíduo contra a atuação estatal, isto é, se resumiam aos direitos subjetivos públicos. Conforme descreve Duque:

A clássica concepção de direitos subjetivos públicos informa um poder atribuído por uma norma para a ação do sujeito, ou seja, o poder jurídico para fazer valer o cumprimento de um dever existente. O traço marcante, aqui, é a presença de capacidade jurídica para a imposição do direito. Esses direitos podem ser compreendidos, portanto, como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os quais tornam possível ao particular defende-se contra intervenções não autorizadas em seu *status* jurídico-constitucional, práticas pelos poder públicos.⁶⁶

Como se nota, durante o paradigma liberal, em especial pelas noções dadas nesse contexto sobre os direitos fundamentais e as regulamentações das negociações privadas, não era possível defender uma efetivação das normas fundamentais às relações entre particulares, muito menos a diferenciação dos contratos, que permitisse a figura do “contrato existencial”. Aliás, essa polêmica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas era uma discussão que nem sequer existia, ao considerar a própria noção de normas fundamentais como abstenções estatais, conforme indica o contexto. Neste sentido, afirma Sombra que:

[...] nesse momento histórico não pairava nenhum interesse em conceber uma teoria dos direitos fundamentais que permitisse a extensão de sua eficácia às relações entabuladas entre particulares: o Estado era o único opressor dos direitos e garantias individuais.⁶⁷

Durante esse contexto, não havia uma separação clara entre as concepções de Direito privado e público. Pelo que tudo indica é somente com o advento do Código de Napoleão de

⁶⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004. p. 77

⁶⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 121.

⁶⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011. p. 6.

1804⁶⁸ que houve uma verdadeira sistematização, a qual permitiu a separação entre leis civis e leis públicas, com base, inclusive, em um dos grandes fundamentos do liberalismo, qual seja, a separação nítida entre as concepções de Estado e sociedade civil⁶⁹.

O *code* napoleônico é de extrema importância, afinal, a sua ideologia se fez marcante nas diversas codificações do século XIX. Em verdade, a imposição de um código único e uniforme para toda a França representou um verdadeiro divisor de águas, a privilegiar a noção de Direito enquanto ordenamento normativo⁷⁰, isto é, conforme Tepedino:

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social. Emblemática, em propósito, é a concepção que no *Code* se tem da propriedade, seu instituto central, ali definida como o “direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta”⁷¹

Desse modo, a partir desse momento, nas relações civis, o Código Civil imperava, tendo como pilares os institutos do contrato e da propriedade, de modo que, aos particulares, tudo que não estava proibido estava permitido.

Com efeito, as vontades dos contratantes eram livres, com base na autonomia da vontade, e somente aquilo que se estabelecia no trato negocial, como consequência da liberdade, gerava lei entre as partes. A liberdade contratual era expressão da própria liberdade individual, dando aos pactos a verdadeira qualificação máxima de concretização da autonomia individual.

⁶⁸ Francisco Amaral ensina que “O Código Civil francês é o primeiro das codificações modernas. Promulgado em 21 de março de 1804, elaborou-se uma comissão formada por Napoleão Bonaparte e constituída por Portabís (1746-1807), Tronchet (1726-1806), Bigot e Préameneu (1747-1825) e Meleville, todos juristas práticos. O material com que seus autores trabalharam foram os costumes, o direito romano, recolhido por grandes jurisconsultos como Domat e Pothier, o mais importante jurista francês da época, as Ordenações Reais, as leis da Revolução e, ainda, secundariamente, a jurisprudência dos antigos parlamentares e o direito canônico” In: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 66.

⁶⁹ Vale lembrar, conforme elucida Clóvis do Couto e Silva que: “Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre o Estado e sociedade, pois ambas as esferas, a públicas e a privada, se conjugam, se coordenam, ‘se interpenetram e se completam’”. In: SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 25.

⁷⁰ Neste sentido, é válida a reflexão de Ubirajara de Oliveira segundo a qual: “A codificação expressa a noção de sistema, precisada por Coing como “ordem de conhecimentos sob um ponto de vista unitário”. In: OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 24 | p. 41 | Jul / 1997, p. 41

⁷¹ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 2, Out. 2010, p. 1151.

Aliás, uma das grandes marcas axiológicas desse período na teoria geral dos contratos era o individualismo, de modo que se reconhecia a capacidade individual de determinar as próprias metas e objetivos de vida, em um “inteligente egoísmo”.⁷² Daí parece decorrer a máxima do direito contratual liberal: a autonomia da vontade. Em outras palavras, conforme descreve Marques:

A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual. Como afirma Gounot, “da vontade livre tudo procede e a ela tudo se destina”.⁷³

Marques defende que, em decorrência do dogma da autonomia da vontade, é possível perceber consequências e reflexos nas relações contratuais, a saber, por meio dos princípios i) da liberdade contratual; ii) da força obrigatória dos contratos e, iii) dos vícios do consentimento.⁷⁴

Inicialmente, no tocante a liberdade contratual, é compreendida como uma verdadeira inexistência de restrições e intervenções estatais, na tríplice liberdade, constante na opção do indivíduo em contratar (ou se abster), escolhendo com quem e o quê contratar. Isso significa que ao Estado cabia somente proteger os espaços necessários para que cada indivíduo pudesse desenvolver a sua liberdade e autodeterminação.

Ademais, também decorrência da autonomia da vontade, tem-se do paradigma liberal a força obrigatória do contrato.⁷⁵ Neste sentido, o direito contratual deveria moldar-se à vontade, garantindo que esta fosse protegida e cumprida conforme o pactuado, com nítido foco na segurança jurídica.

Em outros termos, o contrato faria lei entre as partes (e tão somente *inter partes*), conforme a utilizada expressão *pacta sunt servanda*. Diante dessa linha de raciocínio, partia-

⁷² Maria Celina Bodin de Moraes, afirma que: “Na época da codificação, o valor originário e fundamental era constituído pelo indivíduo, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso. Este indivíduo era, na descrição de G. Radbruch, o homem prudente, alerta e interessado, a quem o Estado pode (e deve) deixar em paz porque de seu “inteligente egoísmo” cabe esperar a utilização mais proveitosa. Assim é que as numerosas descobertas científicas da época exaltam o espírito e o engenho do homem individual.” In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito civil: tendências**. Revista dos Tribunais, vol. 779, set. 2000, p. 47.

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 59.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 68-71.

⁷⁵ Neste sentido, Renato Moraes afirma que “na base do consensualismo está a doutrina da autonomia da vontade: o ser humano, sendo livre, apenas pode ser obrigado pelo seu consentimento.” In: MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

se do pressuposto de que os contratantes encontravam-se em um igual patamar de negociação, isto é, conforme reflete o professor Netto que:

Então, esse princípio do *pacta sunt servanda*, nos quadros do liberalismo, assumia que os contratantes eram iguais - todos são iguais perante a lei -, e os negócios ou o confronto dos indivíduos haveria de ocorrer dentro desse espaço amplo de liberdade, pressuposta sempre a igualdade dos contratantes. Nessa quadra histórica não se cogitava do contratante forte e do fraco, dado que, por causa da igualdade formal, que permeou os sistemas jurídicos, o legislador assumia que todos eram iguais (formalmente iguais) e assim os tratava.⁷⁶

Ainda assim, a autonomia da vontade revelava o princípio dos vícios do consentimento. Desse modo, só a vontade manifestadamente livre e consciente deveria ser considerada pelo Direito, razão pela qual, havendo algum vício de consentimento, o negócio jurídico seria passível de anulação.

De maneira semelhante, Noronha defende que, da concepção clássica do contrato, fundada na autonomia da vontade, decorrem dois princípios fundamentais, quais sejam, i) a liberdade contratual; e ii) a obrigatoriedade (vinculatividade ou intangibilidade) do contrato.⁷⁷ Ainda assim, afirma o autor que pode-se destacar como decorrentes também da autonomia da vontade os princípios do efeito relativo do contrato (“o contrato faz lei somente entre as partes” era a máxima defendida) e do consensualismo, consistente na liberdade de forma que se reveste os contratos e negócios jurídicos.⁷⁸

Desse modo, principalmente após as Grandes Guerras Mundiais, o Estado Liberal se mostrou incapaz de atender as demandas sociais que abalavam o século XIX, tais como as crises econômicas e as intensas desigualdades sociais. Em outras palavras, a situação social demonstrava que não só a liberdade pleiteada resolveriam os anseios da sociedade. Neste sentido, Bonavides reflete que:

Nossa tese [se referindo à sua obra, “Do Estado Liberal ao Estado Social”] reflete, em larga parte, aquela fase grandemente embebida do pessimismo da guerra fria e da iminência do holocausto nuclear. Conservava-se viva a memória da tragédia que fora a II Grande Guerra Mundial: os imensos problemas de justiça social haviam gerado ressentimentos e ódios contra a

⁷⁶ NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **A função social dos contratos no novo código civil**. Revista dos Tribunais, vol. 815, set. 2003, p. 11.

⁷⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 42-44.

⁷⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

decrepitude de uma espécie de capitalismo cujos erros graves se acumulavam ao redor de uma forma de Estado impotente para vencer crise de tão vastas proporções qual aquela do Estado liberal, condenado, já, a transformar-se ou desaparecer. [anotações do autor]⁷⁹

Ainda assim, é relevante a observação de Bonavides sobre os erros, lacunas e imperfeições do conceito de liberdade liberal, de cunho eminentemente político, que se compadecia com os interesses da burguesia, como força vanguardeira da Revolução Industrial incipiente. Dessa forma, Bonavides afirma que:

Não havia de custar muito à crítica pós-revolucionária das primeiras décadas do século passado resumir todos os erros, lacunas e imperfeições daquele conceito de liberdade, seu normativismo vazio e os inumeráveis claros que apresentava, declarando-o, por conseguinte, inoperante para prover as necessidades e reivindicações sociais das classes desfavorecidas, maiormente aquelas que compunham os escuros quadros da miséria urbana e proletária nas minas e fábricas da chamada Revolução Industrial.⁸⁰

Diante disso, com o esgotamento dos ideais liberais e com o surgimento das intensas crises econômicas e sociais, a sociedade passou a perceber que de nada valeria a liberdade proclamada se não houvesse efetivamente uma igualdade substancial entre as pessoas. Em outras palavras, percebia-se que a utilização exagerada da liberdade acabava por acentuar o aspecto da desigualdade, visto que eram poucos os indivíduos que detinham as condições de exercício dos direitos até então proclamados. Por tais razões, Noronha destaca que:

Manifestamente, o culto pela liberdade estava levando a consequências inadmissíveis. A liberdade sem freios estava esmagando outros valores humanos tão fundamentais como ela própria. O protesto do Padre Lacordaire ressoava nas consciências: *Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*, entre o forte e o fraco, é a liberdade que oprime, e a lei que liberta.⁸¹

Com efeito, a posição de abstenção do Estado não acompanhava a evolução das necessidades sociais, uma vez que era pequena parcela da sociedade que detinha poder econômico e político, e a maioria das pessoas não dispunham nem ao menos de condições pessoais para promoverem a própria satisfação das suas necessidades essenciais. Seguindo

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p. 37

⁸⁰ **Ibidem**. p. 67

⁸¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 66.

essa linha de raciocínio, conforme ensina Bonavides, o “velho liberalismo” não conseguiu resolver os problemas de desigualdade social, isto é, nas palavras do autor:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens⁸².

Dessa maneira, em razão da total ausência de intervenção do Estado nas relações contratuais, sob o argumento de respeito pela liberdade, começaram a emergir situações em manifesta desigualdade de condições entre os indivíduos, o que confirmava a paradoxal restrição dos princípios da liberdade e da igualdade. Como se vê, acompanhando o pensamento de Radbruch, “A liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se na ordem dos factos sociais em servidão”.⁸³

Para ilustrar tal situação, vale citar a observação de Noronha, o qual narra um julgamento da Suprema Corte norte-americana em 1905 que declarou inconstitucionais leis sobre salários mínimos e duração máxima de jornada de trabalho, sob o argumento de que se tratavam de injustificadas interferências na liberdade e na propriedade.⁸⁴

Em outras palavras, as violações a direitos dos indivíduos, até então praticadas pelo Estado e sob as quais o Direito visava limitar, passaram a ser cometidas pelos próprios cidadãos, em suas relações interpessoais. Neste sentido, destaca coerentemente Couto e Silva que:

A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasional, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – *Organisationzwang* –, como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato.⁸⁵

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p. 188

⁸³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 288

⁸⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 66.

⁸⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**, 2006. p. 30.

É dizer que, em verdade, esse modelo de estrutura jurídica liberal individualista revelou as desigualdades reais que ficavam ocultas no relacionamento negocial, ou seja, as vontades declaradas nas relações contratuais nem sempre eram reais, posto que, muitas das vezes, eram reflexo de imposições da parte que tinha posse de maiores informações (real detentora do “enigma contratual”⁸⁶) e poder econômico. Conforme alerta Lôbo, “A liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do hipossuficiente.”⁸⁷

Neste sentido, em meados de 1925, Ripert já questionava a teoria contratual fundamentada basicamente nas concepções de liberdade. Como se nota, o autor, ao criticar o paradigma liberal, propõem as seguintes questões:

Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele esteja de contratar, a perversão temporária de sua inteligência ou de sua vontade? O contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, poderá servir para a exploração do homem pelo homem, poderá consagrar o enriquecimento injusto de um dos contratantes e a lesão do outro? Não será preciso, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes e a igualdade das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós incluímos quase sempre numa concepção de igualdade?⁸⁸

Depreende-se, portanto, que dessa situação de crise das concepções do Estado liberal eclode o Estado Social, ou, em outras palavras, a transformação do Estado liberal em Estado social⁸⁹ e com ele todas as transformações jurídicas consequentes.

1.2 – O paradigma social e a justiça contratual

Apesar de no contexto do paradigma Liberal ter havido um considerável desenvolver da positivação dos direitos humanos, tornando-os verdadeiros direitos fundamentais⁹⁰, as crises sociais, conforme já mencionado, demonstravam que essa forma estatal já não era mais suficiente aos anseios da sociedade.

⁸⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação.** Revista de Direito do Consumidor. v. 94. p. 37.

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social.** Revista dos Tribunais, vol. 722, Dez. 1995. p. 43.

⁸⁸ RIPERT, George. Apud NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 66.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p. 37

⁹⁰ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 8.

Em verdade, no contexto da Revolução Industrial, que ocorria durante o século XIX, o desenvolvimento das técnicas de produção de mercadorias, decorrentes em especial das revoluções burguesas supramencionadas, proporcionaram um crescimento econômico enorme, ao que os franceses chamaram de *Belle Époque*. Neste sentido, Marmelstein descreve que:

No entanto, essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo os trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. Não havia limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem.⁹¹

Conforme se percebe, o crescimento da industrialização acentuava-se proporcionalmente à exploração do homem pelo homem, de modo que os movimentos de crítica ao capitalismo selvagem liberal se intensificavam, tais como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja.⁹²

Esses movimentos surgiam uma vez que a grande maioria da população encontrava-se em condições precárias de vida, diferentemente da burguesia, a qual se aproveitava do Estado abstencionista para aumentar as suas vantagens econômicas e, com isso, pode esnobar-se no luxo. Neste sentido, é relevante o pensamento do professor Martins:

[...] os avanços da humanidade no campo da industrialização acabavam por transformar não só a sociedade, mas também os valores embutidos nas pessoas e nas suas necessidades, a ponto de as regras jurídicas, até então consagradas, passarem a se distanciar a passos largos dos fatos expostos na rua, no dia a dia.⁹³

Desse modo, passa a ficar nítido que o Estado já não se mostrava capaz de garantir a harmonia social, em especial das classes operárias, razão pela qual emergem grupos fortemente politizados, críticos do liberalismo, que visavam principalmente melhorias nas condições de trabalho.⁹⁴

Neste sentido, um grande acontecimento relevante à queda do Estado Liberal foi o fato da burguesia ter perdido sua arma poderosa de conservação política, a saber, o voto

⁹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 44.

⁹² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010. p. 16

⁹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117.

⁹⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais** Atlas, 2014. p. 45.

censitário⁹⁵. Aliado a isso, é importante perceber que a massa de proletários não se contentou apenas com o voto formal, de modo que o empregou em benefício de si mesma, concretizando importantes direitos, tais como as legislações que protegiam os trabalhadores e que lhes davam assistência social, como ocorreu na Alemanha de Bismarck. Neste sentido, ensina Ingo Sarlet que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’.⁹⁶

Inclusive, a esse respeito, a Revolução Russa de 1917 teve papel relevante. Como se nota, o crescimento do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção, promoveu a mudança do Estado Liberal ao Estado denominado “*Welfare State*”. Em outras palavras, é nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social, ou Estado Social.⁹⁷

Obviamente que essa experiência soviética induziu aos países capitalistas a se adequarem a convicção de que, conforme afirma Daniel Sarmento, “até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”.⁹⁸ Tal influência é perceptível nas constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

Se de um lado, durante o período liberal, o homem obteve o ideal de liberdade em face do Estado, o que lhe garantia formalmente diversos direitos, em especial aqueles relativos aos

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p.188

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁹⁷ Como bem pontua o professor Bonavides, é importante perceber que o “Estado social” se difere do “Estado socialista”, uma vez que, de maneira sucinta, dentro da própria base do “Estado social”, é possível destacar a adesão ao capitalismo, princípio cardeal a que não renuncia e que o diferencia, desde logo, do “Estado socialista”. In: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1996. p.188. Aliás, parece ir neste mesmo sentido o pensamento do professor Fernando Martins, segundo o qual “A formação do Estado social, a despeito de sofrer uma influência inegável do marxismo dele rompeu com a teoria do deslocamento da propriedade, abraçando a busca da igualdade não pela absoluta planificação econômica ou estatização dos meios de produção, senão por uma designação política democrática balizadora da igualdade, recuperada nas lições de Rousseau.” MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010. p. 17.

direitos civis e políticos, por outro lado essa garantia se resumia ao campo meramente formal, de modo que as condições humanas de sobrevivência permaneciam extremamente precárias.

Com efeito, surgem as demandas por um novo grupo de direitos e garantias que exigiam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para às pessoas, tais como o direito à saúde e à previdência. Como se percebe, para o reconhecimento dos direitos das pessoas, sem as condições básicas de uma vida digna, a liberdade é uma fórmula vazia⁹⁹, afinal, a liberdade não é só uma abstenção estatal, mas sim, uma possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, da qual as condições mínimas de vida, como a própria saúde, são essenciais.

Ainda assim, a liberdade total do mercado, regido tão somente pelas “mãos invisíveis”, permitiu a possibilidade de uma concentração imensurável de capital, de modo que o próprio mercado por si não conseguia controlar. Logo, tornavam-se evidentes a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência, de modo que, para própria preservação do capitalismo, era necessário que o Estado interviesse de alguma maneira, para disciplinar e impor limites.

Com isso, o apogeu da transição do Paradigma Liberal para o Paradigma Social se deu, em especial, com o advento do colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929.¹⁰⁰ A grande depressão e o desemprego decorrentes evidenciou a necessidade do Estado adquirir um caráter intervencionista.

Sendo assim, o Estado passa a ter papel ativo na busca pelo pleno emprego, em contradição à ideia do “Estado mínimo” desenvolvida pelo economista Smith, e que imperava até então no Estado liberal.

Mais especificadamente ao campo jurídico, com apoio no pensamento de Fernando Martins, é possível perceber que “a evolução do Estado liberal para Estado social, com suas *nuances* econômicas e filosóficas, ao longo do tempo, influenciaram até certo ponto a área do direito [...]”.¹⁰¹

Neste sentido, durante o paradigma social, pode-se destacar o pensamento jurídico de Norberto Bobbio, com o predomínio da “teoria do ordenamento”¹⁰², com intensa preocupação ao acesso dos direitos. Como se nota, a ênfase que se deu nesse período foi ao aspecto social, responsivo, corolário ao valor em destaque, a saber, a igualdade substancial.

⁹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 45.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.**, 2010. p. 18.

¹⁰¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual.**, 2011. p. 126.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico.** 10 ed. Brasília: UnB, 1999

Neste mesmo diapasão, a racionalidade jurídica passou a ser a material, em busca da justiça, de modo que a natureza do direito positivo passou a ser também teleológica, inserida em um sistema funcionalista. Conforme se percebe, o ordenamento, de uma maneira geral, transmutou-se da estrutura à função, ao positivar também algumas sanções premiais, isto é, nos dizeres de Bobbio:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático¹⁰³.

No tocante aos direitos fundamentais, ampliaram-se os campos das conquistas relacionadas aos direitos e garantias individuais. Tal situação se dá com a ênfase na positivação dos direitos sociais e econômicos¹⁰⁴, de prestações evidentemente positivas pelo Estado, assumindo o papel impostergável da promoção efetiva da igualdade no plano dos fatos.¹⁰⁵

Em verdade, ao fim da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico, com a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, deu evidências de se mostrar superado pelo pensamento jurídico. Neste ponto, Radbruch afirma que o Direito, se violar um

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**, 2007. p. 71

¹⁰⁴ Apesar de comumente utilizado nos estudos jurídicos as divisões entre dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, a qualificar os direitos sociais e econômicos como de segunda geração/dimensão, vale lembrar a crítica do professor George Marmelstein, segundo a qual “continua-se incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão da solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais. Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à ideia de função social (art. 5º inc. XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental.” MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014, p. 54.

¹⁰⁵ É preciso deixar claro que apesar do Estado Social se destacar pela garantia dos direitos sociais, ditos como de 2º geração ou dimensão, os mesmos não foram concebidos neste período. Ora, os direitos sociais possuíam previsão legal já nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e início do século XIX, muito antes da crise do Estado Liberal. A Constituição francesa de 1791, por exemplo, já previa a criação de uma “instrução pública comum a todos os cidadãos”, além dos dispositivos que garantiam “socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teriam achado”. É dizer que o advento do Estado social sinaliza uma mudança quantitativa nas políticas públicas, e não uma inovação nos direitos fundamentais, que, desde o início do constitucionalismo, já conheciam os direitos sociais.

critério moral, ultrapassa o “umbral da injustiça”, de modo a perder a qualidade jurídica.¹⁰⁶ Em outras palavras, o Direito injusto deve ceder espaço à justiça.

Ainda assim, mais especificadamente nas relações privadas contratuais, essa mudança paradigmática passou a conviver com um fenômeno social que alterou profundamente a análise contratual: a massificação.¹⁰⁷

Neste sentido, Nalin afirma que:

A exploração desacerbada, pelo liberalismo clássico, do exercício da autonomia da vontade (liberdade contratual), entra em processo autofágico. O homem contratante acabou no final do século passado e início do século presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias.¹⁰⁸

Em outras palavras, as molduras determinadas pelos *Codes* não encontravam pertinência com os fatos da vida, de modo que a liberdade contratual não se demonstrava presente na nova concepção contratual emergente, dos contratos de adesão. Eis que advém um novo método de contratação, comprometido com a aceleração do processo de consumo, por meio da utilização da contratação em massa, a qual se dava por instrumentos contratuais padronizados e estandarizados. Neste contexto, Martins descreve que:

Vive-se, portanto, gradativamente o ruir da teoria voluntarista com dundamento no individualismo retumbante, porque a chegada da massificação trazida pelas mãos do progresso industrial, foi capaz de comprovar que havia igualmente a necessidade de massificar os contratos de locação de serviços (trabalho) para admissão do operário e os contratos para a distribuição (comercialização) dos produtos industrializados destinados ao consumo. Houve o advento da chamada explosão da contratação estandardizada com o surgimento das cláusulas gerais contratuais, dos contratos de adesão e contratos-tipo (*pactum de modo contrahendi*).¹⁰⁹

¹⁰⁶ Afirma o autor que “donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la medula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir el derecho, aune l derecho positivo, de outra manera que como un orden o institución que por su próprio sentido está determinado a servir a la justicia”. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1962, p. 38.

¹⁰⁷ Neste sentido, o professor Fernando Martins reflete que: “Não resta dúvida de que a revolução industrial modificou o perfil do capitalismo, a partir de três matizes inexoráveis: (i) o enriquecimento de poucos. (ii) o assalariamento de muitos e (iii) a massificação de todos”. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 119.

¹⁰⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 111.

¹⁰⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 127.

Esses contratos massificados, em especial os de adesão, são caracterizados por uma negociação com cláusulas contratuais já preestabelecidas, geralmente pela parte economicamente mais forte, sem que haja participação ativa de ambas as partes na elaboração do contrato, diferentemente do modelo paritário, em que os contratantes debatem as tratativas negociais.

Entretanto, é preciso perceber que esse fenômeno da massificação não surgiu por acaso. Em verdade, da mesma forma que o individualismo, com seu culto à autonomia da vontade, tenha sido a causa fundamental (mas não única, adverte Noronha¹¹⁰) para as transformações sócio-econômicas do Estado Liberal, no decorrer do desenvolvimento do Estado Social, são as transformações associadas à Revolução Industrial é que vão moldar as mudanças políticas, econômicas e jurídicas. Em especial, pode-se destacar o crescimento da urbanização e da concentração capitalista, de modo que a massificação acaba por ser consequência desses fenômenos. Neste sentido, Noronha expõem que:

Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é *massificação*.¹¹¹

Conforme se percebe, a própria estrutura jurídica contratual presente no contexto do Estado Liberal, com o seu desenvolver, passou a revelar a desigualdade real que a liberdade formal escondia.¹¹² Neste sentido, a massificação e standardização dos contratos, por meio da mera adesão, muito embora relacionadas ao contexto da produção industrial também em massa, demonstrava que a faculdade de discutir as condições contratuais vinha sendo de fato mitigada, em especial no tocante a parte mais vulnerável¹¹³ da relação jurídica (em especial, nos contratos de trabalho¹¹⁴). Tal situação, conseqüentemente, reclamava por uma nova concepção de liberdade contratual.¹¹⁵

¹¹⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 70.

¹¹¹ **Ibidem**, p. 71.

¹¹² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 6.

¹¹³ Importante o destaque que o professor Ferrajoli dá à proteção da parte mais vulnerável, no sentido de que “Los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de la libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia – siempre se han afirmado como la ley del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en sua ausência: de quien es más fuerte economicamente como em el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como em la comunidad internacional.” In FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 36.

¹¹⁴ Interessante o pensamento de Manuel Atienza, quando, analisando a influência da ideologia no direito, com fundamento no pensamento marxista, descreve que “[...] Así, el contrato y el salario, em cuanto formas jurídicas

Vale lembrar, consoante afirma Noronha, que os juristas por muito tempo, diferente dos economistas e políticos, ainda continuaram apegados ao princípio da autonomia da vontade, e ainda muitas vezes continuam atrelados a esse princípio, bastando para a comprovação disso analisar as jurisprudências dos tribunais, nas quais ainda imperam a ideia de rigidez das tratativas contratuais pactuadas. Dessa maneira:

À primeira vista, essa posição dos juristas poderia parecer puro e simples conservadorismo. Não era, porém. É que o contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da *massificação* chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções.¹¹⁶

Desse modo, no âmbito do Direito Civil, multiplicaram-se as normas de ordem pública, limitando a autonomia das vontades em prol dos interesses coletivos. Neste aspecto, percebe-se uma relativização da dicotomia Direito Público/Direito Privado, posto que se observa uma progressiva publicização do direito privado¹¹⁷ e uma invasão dos ditames constitucionais a todos os outros ramos do direito.

No contexto dessa redefinição da dicotomia entre o público e o privado, é possível enfatizar o surgimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Conforme anteriormente citado, a economia capitalista fazia surgir grandes empresas e associações, de modo que a opressão e a injustiça passam a ter que ser também combatidas na relação entre particulares. Neste sentido, é pertinente o apontamento de Sombra, segundo o qual:

Após a Segunda Guerra Mundial, a socialização do Direito, com a consequente relativização do dogma da autonomia privada, a mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos, a ampliação do poder de intervenção do Estado na economia e nas relações entre particulares, concede ao Direito Privado uma nova roupagem.¹¹⁸

básicas de la sociedad capitalista, permiten que la explotación aparezca, falsamente, como un conjunto de relaciones presididas por la libertad y la igualdad.” In: ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 135.

¹¹⁵ Vale lembrar, consoante afirma Thiago Sombra, que “a derrocada do Estado Liberal não correspondeu à minimização da liberdade, enquanto cerne do pensamento liberal, contudo, proporcionou-lhe uma nova leitura, a qual demonstra ser mais condizente e harmoniosa com o princípio da igualdade.” In: SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011. p. 20.

¹¹⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 69.

¹¹⁷ Destaca-se que essa ideia de superioridade do público sobre o privado, no Estado Social, revela-se pelo aumento da intervenção estatal. Não obstante, foi sobre esse argumento que eclodiram diversos movimentos totalitaristas no início do século XX.

¹¹⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011. p. 17.

Ora, os direitos fundamentais, até então oponíveis somente em face do Estado, passam a ser também oponíveis ao particular violador, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários que dessas garantias se espera. Nos dizeres de Sarmento, “A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada”.¹¹⁹

Esse fenômeno de incremento de cláusulas de ordem pública, que ganhavam destaque ao limitar as liberdades contratuais das partes e zelar por critérios de justiça, ficou conhecido como “dirigismo contratual”. Segundo Noronha, foi Darci Bessone o brasileiro responsável por trazer aos estudos brasileiros as noções básicas sobre o dirigismo, segundo o qual:

O legislador e o juiz, preocupados com os princípios insertos nos Códigos, procuram justificação para as afrontas que lhes fazem, invocando a equidade, as ideias de solidariedade, as teorias humanizadoras do Direito – a da lesão, a da imprevisão, a do abuso de direito, a do enriquecimento sem causa. É um trabalho constante de abrandamento do laço contratual, cada vez mais flexível, menos rígido. Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem frequentes derrogações, em proveito da justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens.¹²⁰

Desse modo, em linhas gerais, o fenômeno do dirigismo contratual pode ser descrito por duas figuras que irão dominar a cena negocial: o Estado intervencionista com suas leis de ordem pública; e as grandes empresas, com os seus contratos de adesão. Neste sentido, vale o alerta do professor Lôbo:

O dirigismo contratual não é apenas um dos aspectos do intervencionismo do Estado. Não é somente um dado externo (heterônomo) que se impõe ao contrato, subordinando a parte poderosa e a parte débil, para assegurar o equilíbrio. Dirigismo contratual também há quando a parte poderosa predispõe as condições às quais se vincula e se obrigam todas as demais partes que necessitam dos bens ou serviços por ela fornecidos.¹²¹

Essa nova concepção, advinda tanto das alterações na noção de contrato quanto de autonomia privada, inseridas em um contexto de respeito às leis de ordem pública, de maneira

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010. p. 25

¹²⁰ BESSONE, Darci. *Apud* NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 56.

¹²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Dirigismo contratual**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol, Jun. 2011, p. 395.

mais específica, percorreu um caminho de reestruturação¹²², de modo que a função social e a justiça contratual, bases fundamentais do próprio Estado Social, passaram a incorporar e incidir também nas relações contratuais.

No tocante à função social¹²³, é relevante perceber que, durante o contexto do Estado Liberal, imperava a noção de que o contrato fazia lei entre as partes, e tão somente. Decorrente da autonomia da vontade, essa concepção, denominada como “efeito relativo dos contratos”, determinava que os pactos geravam efeitos e vinculavam apenas as partes contratantes. Entretanto, no contexto do Estado Social, essa circunstância se altera, consoante expõem Godoy:

Cede lugar o dogma da vontade – até então fonte motriz do estabelecimento das relações contratuais, base do conceito absoluto, ou quase, da autonomia negocial – à admissão de que o contrato encerra também uma dimensão social, que vai além da esfera jurídica das partes contratantes e, mais, que resulta de fontes que, a rigor, não se circunscrevem ao quanto declarado no ajuste.¹²⁴

Aliás, como bem observa o professor Martins, ao criticar o pensamento materialista histórico, é preciso perceber a significância do direito, por meio do contrato, nas conquistas das pessoas, bem como a importância do surgimento dos sindicatos, como associações organizadas, as quais cerravam os denominados “contratos normativos”, pactuados entre representantes dos empregados e empregadores, e, por si só, geravam a “eficácia do consenso celebrado entre partes a terceiros que nem sequer eram consultados quanto a seus interesses”.¹²⁵

Vale lembrar que, consoante um dos fatores essenciais à compreensão da “função social” do contrato residir no fato de que o contrato gera efeitos também em terceiros não

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato no estado social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983, p. 43

¹²³ É relevante o pensamento de Paulo Nalin, ao afirmar que “São amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. A falta de unidade científica na definição e caracterização é natural para o estágio de desenvolvimento do tema, ao menos no Brasil, impulsionado que foi, recentemente, pela Carta de 1988, com expressa funcionalização da propriedade. Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé objetiva (princípio), o segundo fundado no primeiro, mostram-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato.” NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**, 2006. p. 221.

¹²⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**, 2007, p. 4.

¹²⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 121.

participantes da relação (“o contrato além do contrato”¹²⁶), é imperioso reconhecer esse princípio em sua dupla vertente, a saber, “inter partes” e “ultra partes”.¹²⁷

Em outras palavras, de maneira resumida, quando se refere ao princípio da função social, é preciso ter em mente que, inicialmente, significa que a relação contratual deve, como função, zelar pela dignidade dos contratantes, em um esforço de solidarismo. Ademais, deve também ter-se noção de que o contrato não pode ser concebido de maneira isolada da sociedade, de modo que, uma vez inserido nesta, tem o dever de respeitar todos os terceiros que poderão ser atingidos pela relação (basta lembrar do consumidor *bystander*¹²⁸).

Neste sentido, é cabível perceber que, do princípio da função social, é possível extrair que as vontades das partes, na relação contratual, devem concorrer com valores e princípios, mesmo não dispostos pelos contratantes, mas impostos pelo ordenamento, sobretudo pelas leis de ordem pública.

Como se não bastasse, é do Estado Social que também se extrai a incidência em maior peso do princípio da justiça contratual nas relações privadas. Consoante já mencionado, no período liberal, na expressão atribuída a Fouillé, “quem diz contratual, diz justo”, isto é, durante este contexto, entendia-se que a liberdade evidenciada no decorrer da contratação já garantia a justiça do pactuado, afinal, defendia-se que não havia ninguém melhor do que as próprias partes para avaliar o justo em suas relações.

Entretanto, com o emergir do Estado Social e todos os seus fundamentos, em especial pela atuação dirigista, a noção de justiça contratual não só ganhou maior importância como também se alterou em sua própria concepção, de modo a passar a ser compreendida como uma necessária correção dos desequilíbrios contratuais, por parte do Estado, balizados notadamente pela ideia solidarista da relação jurídica. Em verdade, Martins reflete que:

Com base nisso, calha aqui referir que se, para o Estado liberal, a equivalência das prestações era indiferente ao sistema, porque ganhar muito ou perder tudo fazia parte do livre jogo liberal do contrato, com a concepção social a equivalência objetiva das prestações retorna ao programa das disciplinas contratuais como princípio de justiça.¹²⁹

¹²⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 205.

¹²⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**, 2007, p. 113-155.

¹²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.148.

¹²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 131.

É nesse aspecto que, Noronha, com base na noção aristotélica de justiça, relacionando esse conceito como uma relação de igualdade, afirma que a justiça contratual é “a relação de paridade ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhum das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”¹³⁰, de modo, inclusive, que a equidade passa a ser a “justiça do caso concreto”¹³¹. Segundo a professora Negreiros:

A noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade.¹³²

Diante disso, é possível perceber que, durante o paradigma liberal, as relações contratuais fundadas na liberdade formal das partes permitiam a ocorrência de fenômenos como a lesão e o estado de perigo. Já no contexto do Estado Social, esses fenômenos começam a ter maior reprovabilidade, até mesmo pela própria alteração da concepção do que seria o “justo contratual”.

Em verdade, recordando o período de massificação que caracteriza o Estado Social, Noronha destaca que “no contrato de adesão com frequência quem redige aproveita-se da situação mais favorável (contrariamente ao princípio da boa-fé) para inserir cláusulas que desequilibram o contrato em seu favor (contrariamente ao princípio da justiça contratual).”¹³³ Com efeito, durante esse paradigma social, a atuação dirigista do Estado passa a impor o princípio da justiça contratual nas relações privadas, consoante a sua própria metodologia voltada ao racionalismo material, isto é, a incidência do valor da igualdade substancial.

Ocorre que, dentro desse paradigma social, foi possível perceber graves problemas operacionais, em especial no tocante às problemáticas inerentes a própria gestão e promoção dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, os direitos sociais encontram-se sujeitos às verbas públicas, e isso significa que não basta a promessa constitucional, pois do papel à realidade concreta há

¹³⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 214.

¹³¹ Em outras palavras, afirma o autor que: “justiça é uma relação de igualdade e a de que há uma relação simultaneamente de antinomia e de complementariedade entre uma justiça em sentido estrito, geral e abstrata, e a equidade, específica do caso concreto [...]”. In: **Ibidem**, p. 207.

¹³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 166.

¹³³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 248.

muitas vezes uma distância de difícil transposição. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Robles reflete que:

O Estado social custa dinheiro. Isso exige uma política fiscal cada vez mais agressiva e uma progressiva burocratização do aparelho do Estado e, em geral, de todas as estruturas de poder. Tudo isso, se por um lado o Estado mínimo deixa descoberto o problema da justiça social, por outro o Estado intervencionista provoca custos excessivos e tende a pressionar a sociedade. Nenhum dos dois é a solução, mas a atual política deve saber se situar entre os dois para conseguir, a cada dia, alcançar um difícil equilíbrio.¹³⁴

Conforme se percebe, além de tudo isso, pode-se destacar que a globalização e o surgimento de novos problemas relacionado à sociedade de massa, como o próprio emergir de diversos direitos difusos e coletivos, bem como a propagação frenética de informações através de meios de comunicação cada vez mais rápidos e acessíveis às pessoas, dão sinais de que um novo paradigma encontra-se em evidência.

1.3 – O paradigma pós-moderno, a nova realidade contratual e o contrato existencial.

Apesar de haver dentre os estudiosos uma polêmica discussão a respeito do início do período considerado “pós-moderno” e, ainda assim, da própria existência desse contexto, é possível perceber que, a partir da crise do petróleo na década de 70, em razão da ruptura do modo capitalista pós-guerra, o modelo de Estado denominado “*Welfare State*” passa a se tornar insustentável, principalmente pela incapacidade de gerir as responsabilidades sociais que assumira. Sendo assim, afirma Harvey que:

Aceito amplamente a visão de que o longo período de expansão de pós-guerra que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle de trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse conjunto pode com razão ser chamado de fordista-keynesiano. O colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, de fluidez e de incerteza [...] [...] os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para tornar a hipótese de uma passagem do fordismo para o que poderia ser chamado regime de acumulação “flexível” uma reveladora maneira de caracterizar a história recente.¹³⁵

¹³⁴ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**, 2005. p. 100.

¹³⁵ HARVEY, David. **Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola. 1989. p. 119.

Dessa maneira, esse autor defende que a pós-modernidade advém dos anos 70, como uma verdadeira nova guinada do capitalismo, em consonância com o projeto neoliberal, tal qual exposto no “Consenso de Washington”¹³⁶. Nesse sentido, emerge uma releitura do sistema liberal, denominado “neoliberal”, sendo relevante o pensamento do austríaco Hayek¹³⁷, segundo o qual a “ordem espontânea” das leis de mercado é superior às pretensões humanas de um Estado intervencionista, razão pela qual se deve instaurar um verdadeiro “Estado mínimo”.

Somado a isso, destaca-se a globalização, a qual se acelerou vertiginosamente com o apoio do avanço tecnológico da informática e dos meios de comunicação em massa e, com isso, passou a relativizar o domínio do Estado no tocante às variáveis que incidem na economia. Em outras palavras, com o advento da globalização, ampliaram-se os mercados, homogeneizaram-se costumes e, em razão disso, diminui-se a importância das fronteiras nacionais.¹³⁸

Ademais, Jameson afirma, resumidamente, que a pós-modernidade é um sinal cultural de alteração a um novo estágio na história do modo de produção capitalista. Sendo assim, afirma o autor que são vértices dessa alteração a explosão tecnológica e o predomínio de corporações internacionais nos mercados (o denominado “capital transnacional”).¹³⁹

Como se nota, essa sociedade pós-industrial¹⁴⁰ revela que o poder e a riqueza já não se encontram mais na propriedade de “meios de produção”, os quais, hodiernamente, são extremamente flexíveis, mas sim, na posse de conhecimento e informação, a se perceber, por exemplo, pela grande expansão das prestações de serviços, como importantes formas de produção econômica no contexto da atual sociedade de consumo.

Indo nesse mesmo sentido de pensamento Bobbio revela que no contexto atual a ciência e, além disso, os conhecimentos desta decorrente podem ser caracterizados também

¹³⁶ Importante frisar o pensamento de Roberto Barroso quanto aos percursos histórico desses movimentos no Brasil. Para este autor “A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa” In BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.8. Neste mesmo sentido, afirma Fachin que “Nesse Brasil, até o passado chegou tarde.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 44.

¹³⁷ HAYEK, Friedrich A. von. **O caminho da servidão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; Instituto Liberal, 1987.

¹³⁸ GIDDENS, Anthony, **O Mundo na Era da Globalização**, Lisboa: Editora Presença, 2000.

¹³⁹ JAMESON, Fredric. apud PERRY, Anderson. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

¹⁴⁰ BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.

como formas de expressão de poder e dominação, inclusive dos homens sobre outros homens, isto é, nas palavras do autor:

A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens ¹⁴¹.

Ainda assim, vale lembrar que, segundo a análise de Bauman, a atual fase pós-moderna é a de uma sociedade de consumo, pela qual o trabalhador foi substituído pelo consumidor. Sendo assim, os projetos de vida das pessoas não giram mais em torno do trabalho, das capacidades profissionais ou da oferta de empregos; mas sim, da possibilidade real de consumo.¹⁴²

Diante de todas essas observações, é possível perceber que há uma grande incerteza em torno do conceito de “pós-modernidade” e dos seus reflexos no mundo social e jurídico.¹⁴³ Entretanto, têm-se pistas de que o contexto atual, em especial sob os influxos da globalização e do desenvolvimento imensurável dos aparatos tecnológicos, pode ser considerado como um período de mudanças. Neste sentido, é pertinente a observação da professora Marques:

Vive-se atualmente em uma sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada. Esta circunstância produz novas realidades e novas perguntas para o direito. Mas também oferece a oportunidade que se produzam novas respostas.¹⁴⁴

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier 1992, p. 229

¹⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999, p. 87.

¹⁴³ O professor Antônio Junqueira aduz que “As dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, ‘atingir a essência das coisas’, provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui ponto central.” In AZEVEDO, Antônio Junqueira. **O direito pós-moderno**. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/42/08-antoniojunqueira.pdf> Acesso em 24/04/2015.

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012. p. 18-19.

Nessa mesma linha de raciocínio, Roberto Barroso aduz que:

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração [pós-moderna]: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. [...] [...] Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente ao prefixo pós e neo: pós- modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem uma pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.¹⁴⁵

Assim, no campo jurídico, pode-se perceber o predomínio do pluralismo jurídico¹⁴⁶, revelando uma preocupação do direito em se adequar ao setor pelo qual a norma foi produzida (como reflexo do pluralismo de fontes). Tal fato se deve, especialmente, a ênfase que se dá à desregulação, por meio dos diversos códigos deontológicos (leis especiais, microssistemas), corolário ao valor em destaque, a saber, a manutenção dos grupos, em especial, os considerados constitucionalmente vulneráveis.¹⁴⁷

Sendo assim, é possível notar que o direito passa a operar com uma racionalidade jurídica conjuntural¹⁴⁸, dando maior atenção ao caso concreto. De fato, a análise jurídica deve

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52

¹⁴⁶ O pluralismo, seja de métodos, fontes, sentimentos, agentes econômicos ou instituições produtoras de normas, caracteriza o desafio do direito brasileiro atual. Neste sentido, afirma a professora Marques que “exige a participação ativa do intérprete, de sua sabedoria, na identificação dessa complexidade normativa e de sua conexão necessárias com os valores e normas constitucionais, que não substituem outras normas, mas condicional e iluminam sua aplicação em vista da finalidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.” In MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012. p. 105.

¹⁴⁷ Vale o alerta de Pietro Perlingieri, segundo o qual “Nem a emergência traduzida na legislação especial deve induzir a atribuir a esta última um papel central, acabando por ler os próprios princípios fundamentais à luz das leis especiais, quando a correta hierarquia das normas e dos valores exige exatamente o oposto. De tais leis especiais não se pode propor uma exegese assistemática que exclua sua recondução à unidade lógica e axiológica do ordenamento e do sistema”. In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 33.

¹⁴⁸ É esse o entendimento também de Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, ao descreverem que “é sobretudo nas épocas de frequentes e aceleradas mutações sociais e econômicas, épocas de perda e alterações de referências axiológicas, que é dever do intérprete, e especialmente do juiz, escapar à fácil tentação de resolver as questões judiciais tão-somente em função de declarações formais, tidas como muito claras, quando devem ser elas situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias. Bem visualizar e compreender esse complexo unitário – que inclui, necessariamente, a atenção ao contexto e consideração às circunstâncias concretas que envolvem cada ato humano, inclusive os atos negociais, como os contratos – resulta da aplicação do paradigma da conjuntura, expressão cunhada pelo ilustre historiador Fernand Braudel para indicar modelo em virtude do qual

considerar a sociedade como hipercomplexa, em um verdadeiro sistema em rede, de modo que a interpretação jurídica deve ser setorial ou reflexiva, ou seja, atentar-se para a administração de conflitos por métodos de raciocínio jurídico mais abertos (tais como a argumentação, a tópica ou a ponderação).

Seguindo esse raciocínio é possível perceber a crescente preocupação normativa com a proteção dos vulneráveis, principalmente por meio das diversas legislações especiais, tais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁹, as quais evidenciam ainda mais a relativização da *summa divisio* público e privado.¹⁵⁰

Tudo isso encontra consonância com o pensamento do professor Erik Jayme, o qual afirma que uma das características mais relevantes da pós-modernidade é a valorização dos direitos humanos, como verdadeiro “fio condutor” do funcionamento do sistema jurídico.¹⁵¹ Neste mesmo sentido, Bobbio defende que:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.¹⁵²

Como se nota, têm-se fortes indícios de que o grande destaque que o paradigma pós-moderno revela é a preocupação com os direitos fundamentais das pessoas. Não obstante, é cabível afirmar que os direitos fundamentais, junto com a democracia¹⁵³, são os fundamentos

as pretensões e os atos humanos devem ser apreciados em função das coordenadas de espaço e tempo.” In: REALE, Miguel e REALE JÚNIOR, Miguel. **Questões atuais de Direito**. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2000, p. 123.

¹⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012. p. 105.

¹⁵⁰ Segundo Pietro Perlingieri “A distinção público-privado deve ser expressa não em visão autônoma e, portanto, de concorrência, mas em uma visão integrada que permita ler o presente desta dialética, confiando em uma diversa e histórica compenetração do privado e do público, até chegar, em nossos dias, a propor que o interesse público fundamental resida não em razões superiores do Estado, mas no pleno e livre desenvolvimento da pessoa”. In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p.63.

¹⁵¹ JAYME, Erik apud MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012. p. 169.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p.78

¹⁵³ Neste sentido, Perlingieri, discorrendo sobre o primado da política, afirma que “Discorrer hoje sobre o primado da política significa partir do projeto constitucional, de uma escolha de filosofia de vida que se inspira em duas grandes correntes de pensamento: o personalismo e o solidarismo. Qualquer maioria, no quadro da nossa Constituição, deverá levar em conta o respeito à pessoa, aos seus direitos invioláveis e à solidariedade. Se assim não fizesse, colocar-se-ia em posição de substancial contraste com o quadro dentro do qual a atividade política deve ser exercida. Democracia, portanto, não é somente um processo participativo e de governo da

estruturantes do Estado Democrático de Direito contemporâneo¹⁵⁴ e, obviamente, os fundamentos do Estado brasileiro.

Consequentemente, é esse também o paradigma que guia o direito privado, e não obstante, o âmbito contratual. Conforme afirma Lorenzetti, “o grupo dos direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o direito privado. Um novo sistema solar, no qual o Sol é a pessoa.”¹⁵⁵ Afirma Moraes, neste sentido, que:

O respeito à pessoa humana, única em sua individualidade, mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez como único princípio de coerência possível em uma democracia humanista, e que, confia-se, um dia venha a ter alcance universal. Ao fim e ao cabo, trata-se, apenas e sempre, de buscar consolidar a primazia da dignidade da pessoa humana, consagrando-lhe plena e absoluta eficácia também no contexto que a ela mais diz respeito, na ordem jurídica que regula suas relações mais importantes justamente porque são as relações que a tocam mais de perto, isto é, o direito civil. Com Paul Valéry, reafirme-se que “o que há de melhor no novo é o que responde ao desejo mais antigo”¹⁵⁶

É diante desse contexto de pós-modernidade, destacada pelo pluralismo e pela proteção dos vulneráveis, como forma de tutela dos direitos fundamentais, que emerge a ideia de uma “nova realidade contratual”.¹⁵⁷

Em verdade, durante o forte intervencionismo estatal nos contratos, em especial pelo apogeu do Estado social e consequentemente do dirigismo contratual, o qual mitigava de forma incisiva a liberdade absoluta que se derivava do Estado liberal, surgiu-se na dogmática privatista a ideia de que esse novo contexto havia gerado uma “nova crise do contrato”, a exigir um repensar de toda a teoria geral dos contratos.

maioria, mas é um calor de conteúdo historicamente realizável a partir do respeito da dignidade do homem. O fim da política, o fundamento do seu primado, é o pleno e livre desenvolvimento da pessoa. Ele é o fulcro da legitimação para governar as categorias da técnica e da economia.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p.5

¹⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61

¹⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

¹⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito civil: tendências**. Revista dos Tribunais, vol. 779, Set. 2000, p. 47.

¹⁵⁷ Afirma a professora Claudia Lima Marques que “A concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também da evolução natural do pensamento teórico-jurídico”. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 59.

Sobre essa ideia de crise, especialmente em razão do intervencionismo estatal nas relações contratuais, chegando ao ponto de alguns autores decretarem a “morte” do contrato, Miragem alerta que:

Houve quem decretasse, com base na crescente intervenção do Estado e do direito na autonomia da vontade dos contratantes, a morte do contrato, o declínio do contrato, ou mais recentemente, quem aponte, na linha de parte da doutrina francesa, uma nova crise do contrato, decorrente da crescente intervenção estatal no âmbito de liberdade individual, a ponto de estabelecer uma restrição excessiva ao poder da vontade dos particulares, e descaracterizando o contrato como uma representação da autonomia da vontade.¹⁵⁸

Neste mesmo sentido, Noronha questiona que:

O Código de Defesa do Consumidor, que veio acompanhado de ruidosa propaganda sobre as inovações que trazia em matérias as mais diversas, repôs na ordem do dia, especificamente em tema de contratos, uma questão que desde há vários decênios tem sido objeto da preocupação de juristas nacionais e estrangeiros: estará o contrato em crise, ou estará mesmo morrendo, como chegou a afirmar, aliás, provocativamente, ilustre autor norte-americano?¹⁵⁹

Diante dessas reflexões, é oportuno refletir sobre a necessidade de superar a ideia de crise ou até mesmo morte do contrato, evidentemente infundada, ao considerar a relevância do contrato como instrumento jurídico de colaboração entre os homens¹⁶⁰, e, conseqüentemente reconhecer uma “nova teoria contratual” que se adeque ao contexto das relações sociais da pós-modernidade, manifestando-se na operatividade das cláusulas gerais de índole social, protetiva e conformadora de direitos fundamentais. Neste sentido, destacando os “novos perfis do contrato”, Perlingieri afirma que:

As fortes transformações sociais, a internacionalização da economia, as inovações tecnológicas tiveram um forte impacto sobre a noção de contrato. [...] [...] Um emprego ulterior do instrumento contratual em novos setores, contrariamente às teorias que preconizavam a sua “morte”, mostra a sua idoneidade para realizar as utilidades econômicas mediante sacrifícios não diretamente patrimoniais, mas compatíveis com o pleno desenvolvimento da pessoa.¹⁶¹

¹⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. **Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais**. IN: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007. p. 182.

¹⁵⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 1.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Silvio Rodrigues*. Saraiva: São Paulo, 1989, p.20.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 386.

Acerca deste tema, Marques explica que:

Se há uma nova crise na teoria contratual não é ela causada pelas cláusulas gerais, parece-me, ao contrário, que é uma crise externa à dogmática e que pode ser solucionada pelo correto uso das novas cláusulas gerais do direito privado brasileiro, como abertura de reconstrução da teoria geral dos contratos.¹⁶²

Essa “nova” teoria contratual, em termos gerais, dá relevância aos princípios¹⁶³ que se operacionalizam no sistema de direito privado por meio das cláusulas gerais, verdadeiras vias de mão dupla que permitem o manuseio sistemático dos princípios gerais no Direito. Com efeito, Marques infere que:

(...) no caso brasileiro, a crise da concepção clássica do contrato só terá uma solução na década de oitenta, mais especificadamente com a edição da nova ordem constitucional, e seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: o Código de Defesa do Consumidor. O CDC se propõe a restringir e regular, através de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a equidade contratual.¹⁶⁴

Superando o debate infértil entre consumeristas e civilistas, principalmente se atendo a análise científica e sistêmica do Direito, é incontestável a contribuição do CDC rumo à um direito privado mais respeitante à igualdade substancial e mais atento às modificações sociais¹⁶⁵. Obviamente, há a necessidade do Direito privado se reagir como instrumento de realização das expectativas do homem comum, o leigo, o consumidor¹⁶⁶ e, acima de tudo isso,

¹⁶² MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007. p. 19.

¹⁶³ Apesar de grande parte dos civilistas afirmarem o surgimento desses princípios como novos no contexto da promulgação do CDC e do Código Civil de 2002, é preciso atentar-se que, em verdade, o Direito Romano já previa como mandamentos do Direito os seguintes ideais: i) dar a cada um o que é seu; ii) não lesar ninguém; e iii) viver honestamente. Diante disso, têm-se pistas de que esses princípios tidos como “novos” são tão somente uma releitura das bases contratuais, evidenciando valores que se tornaram necessários para melhor medida de justiça na relação jurídica.

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?**. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*, 2007. p. 162.

¹⁶⁵ Vale a crítica do professor Antônio Junqueira de Azevedo, observando a setorização do Direito, de que “para o mundo atual, cabe perguntar: ‘é possível o acompanhamento popular de um Código de mais de 2.000 artigos, com temas díspares, na complexa sociedade pós-moderna? (...) (...) Hoje, somente com o fracionamento dos campos temáticos e seu exame progressivo, é possível codificar de modo interativo, participativo, democrático, pós-moderno”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação**. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62.

¹⁶⁶ A professora Claudia Lima Marques considera “mister valorizar as diferenças no poder de barganha, de especialização e de informação dos leigos perante os experts, assim como aumentar o uso construtivo e social das cláusulas gerais, sempre visando atingir o equilíbrio e a equidade do contrato (Vertragsgerechtigkeit). Mister desenvolver critérios dogmáticos e uma visão renovada e útil para ajudar na intervenção do magistrado no

como instrumento de tutela da pessoa humana, em especial, quanto aos seus direitos fundamentais.

Diante dessa “nova” teoria contratual, é possível observar a incidência mais contundente, nas relações contratuais, dos princípios norteadores do direito contratual, isto é, os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual.¹⁶⁷ Em linhas gerais, descreve Noronha que:

A liberdade, no Direito dos Contratos, constitui o núcleo essencial do princípio da autonomia privada. A justiça conforma o princípio da justiça contratual. A ordem, que no âmbito dos contratos seria melhor chamada de segurança, faz-se presente através do princípio da boa-fé contratual.¹⁶⁸

Como se nota, é diante desse contexto de pós-modernidade que esses princípios acarretam modificações no modo de se conceber a relação contratual privada. Dessa maneira, a hermenêutica jurídica evidencia ainda mais a necessidade de identificar algumas negociações contratuais como essenciais à vida das pessoas (sob o a luz do “paradigma da essencialidade”¹⁶⁹), de modo a justificar as peculiaridades que permitem a distinção do contrato em “existencial”¹⁷⁰. Larenz já destacava essa necessidade, ao alertar que:

Hay contratos, como, p. ej., el arrendamiento de viviendas e el contrato de trabajo, que ao menos para uma de las partes pueden tener importancia vital.

conteúdo do contrato e no exame das práticas comerciais se abusivas”. MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012. p. 37.

¹⁶⁷ Apesar de haver certa distinção entre quais seriam os princípios fundamentais do direito contratual, tem-se pistas de que as diferenças não são inteiramente relevantes, uma vez que é possível perceber uma base única nas ideias dos autores. À título de exemplo, Fernando Noronha assevera que o contrato pelo contexto pós-moderno de globalização, com interesses coletivos, ainda assim, inserto no ideal de cumprimento de sua função social, passa a ter novos princípios contratuais, a saber, a autonomia privada, a justiça contratual e a boa-fé objetiva; consequências necessárias, em qualquer sistema jurídico, dos valores básicos de liberdade, justiça e ordem (segurança). In: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 99-103. Entretanto, afirma Humberto Theodoro Júnior que “Na esteira da melhor doutrina e legislação europeias, o novo Código Civil incorpora três novos princípios de que estamos cogitando, quais sejam, o da boa-fé objetiva (art. 422), o do equilíbrio econômico do contrato (art. 478) e o da função social do contrato (art. 421)”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 9. Em consonância, Teresa Negreiros defende serem princípios fundamentais a boa-fé (“a ética no contrato”), o equilíbrio econômico (“a justiça no contrato”) e a função social (“o contrato além do contrato”), destacando que era esse também o entendimento do professor Antônio Junqueira de Azevedo. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 114.

¹⁶⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 102.

¹⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 379.

¹⁷⁰ Neste mesmo sentido é o pensamento de Fernando Martins, ao destacar a necessidade de uma investigação científica mais pormenorizada dos contratos, segundo o qual: “[...] a nova ordem contratual, traduzida na reafirmação do contrato de adesão, nas cláusulas gerais de contratação, nos contratos relacionais, nas redes contratuais, no compromisso arbitral e no surgimento dos contratos eletrônicos, ganha por parte da doutrina civilista uma investigação científica mais pormenorizada, considerando tipos mais afinados com a economia pós-moderna, portanto, carentes de maior controle de conteúdo para adequação ao justo.” In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 37.

Em éstos se pone de manifiesto especialmente la “misión social” del Derecho privado, a saber, establecer condiciones y dictar normas que hagan posible un equilibrio razonable de las fuerzas sociales y de los intereses de un grupo humano y tomen en consideración la necesidad de protección de los económicamente débiles.¹⁷¹

Vale lembrar que, no contexto de pós-modernidade, o Estado aparentemente perde a sua força soberana, uma vez que o mercado globalizado passa a ditar cada vez mais normas. Neste sentido, as pessoas, uma vez massificadas pela lógica da globalização, são despersonalizadas e, em razão disso, ganha maior destaque a análise social-econômica dos contratos, permitindo uma hermenêutica sistemática que analise as relações contratuais tanto sob aspectos jurídicos quanto extrajurídicos, sob o enfoque consequencialista da decisão.¹⁷²

Em outras palavras, em um sistema social hipercomplexo como o contemporâneo, o estudo da economia não pode se compreendido, pelos instrumentos de estatística e matemática, em suas relações de causa e efeito, isolado das demais ciências sociais. É essencial que a economia seja inserida e apreciada também diante das determinações jurídicas previstas na Constituição de um Estado de Direito, baseado em normas fundamentais.

Do mesmo modo, o estudo do Direito não pode ser considerado em uma realidade paralela, imune ao que se passa no mundo prático da economia e das relações sociais em geral, como se fosse uma área “pura”, nos dizeres de Kelsen. Como se nota, as ciências jurídicas, econômicas e sociológicas devem dialogar, ao considerar que as leis de mercado não são absolutas e, ao mesmo tempo, que as decisões jurídicas geram consequências sociais e econômicas, que, em última análise, se não consideradas, podem provocar efeitos práticos diversos da finalidade (*telos*) da decisão e do Direito em si.¹⁷³ Nas relações contratuais, essa função econômica aparenta ter ainda maior destaque, consoante ensina Iturraspe:

La respuesta de los operadores, en la hora, debe armonizar lo jurídico con lo económico. El contrato como concepto jurídico con el contrato como operación económica. La justicia con la utilidad. El régimen contractual debe realizar el valor utilidad, que le es propio, pero siempre en miras a la

¹⁷¹ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1958. p. 14.

¹⁷² LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2010

¹⁷³ Neste sentido, descreve Pietro Perlingieri que “o interesse para com a sociologia, a economia, as ciências sociais na sua interdisciplinaridade muito contribui para difundir a consciência da unidade e da complexidade do fenômeno social, do qual o direito não é que um aspecto. [...] [...] Na realidade, o jurista forma-se, especialmente hoje, com atenção adequada ao conhecimento das leis, mas com escassa consideração para com os aspectos culturais. Ao lembrar que o direito é ciência social, deve se evidenciar que a pluridisciplinariedade é um aspecto ao qual não é possível renunciar. O jurista deve se esforçar para enfocar o problema prestando atenção aos perfis que não são estritamente legislativos, mas, sim, sociais, econômicos, técnicos, psicológicos.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 104.

realización de la justicia y a su principio supremo, la personalización del hombre.¹⁷⁴

Neste mesmo sentido, vale a reflexão de Sandel, segundo o qual:

Tendo constatado que o mercado e o comércio alteram o caráter dos bens, precisamos nos perguntar qual o lugar do mercado e onde é que ele não deve estar. E não podemos responder a essa pergunta sem examinar o significado e o objetivo dos bens, assim como os valores que devem governá-los. [...] [...] Nossa única esperança de manter o mercado nem seu devido lugar é discutir aberta e publicamente o significado dos bens e das práticas sociais que valorizamos. [...] [...] E assim, no final das contas, a questão do mercado significa na verdade tentar descobrir como queremos viver juntos. Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?¹⁷⁵

Aliás, vale lembrar que “os bens econômicos são conformados pelo direito: nenhuma prioridade lógica nem do direito nem da economia, e nenhuma autonomia de um ou de outra”.¹⁷⁶ Esse preocupação da atuação do mercado, em especial nas situações jurídicas, é também revelada por Fachin, ao descrever que:

A superação daquele legado do positivismo científico teria transitado para a contemporaneidade vinculada pela incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pela interpenetração dos espaços público e privado, entre outros elementos que teriam fundado um locus diferenciado de compreensão e formulação das situações jurídicas existenciais e patrimoniais. Porém, no meio do caminho, havia mais que uma pedra. [...] [...] Entre os significados da equidade, democracia e direitos humanos entroniza-se, todavia, a compra e venda que tudo transforma em mercadoria, mediante uma ordem jurídica que altera a cogência pela negociação, afasta o Estado-legislador do centro dos poderes e intenta limitar o Estado-juiz a retomar-se como *bouche de la loi*; a espacialidade pública cede lugar para a regulação; finanças e moeda constituem o controle da economia que faz movimentar, entre *sístoles* e *diástoles*, o Estado e a sociedade detentores dos bens de produção. Para tanto, são necessários novos códigos e novos discursos, especialmente nas faculdades de direito. São necessários

¹⁷⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **La frustracion del contrato**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1991. p. 19.

¹⁷⁵ SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 201-202.

¹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 109.

instrumentos, linguagem e comunicação que opere com esses valores, e a tarefa se mostra urgente.¹⁷⁷

Diante disso, é imperioso evidenciar as ideias de despatrimonialização¹⁷⁸ e de constitucionalização do direito civil, em especial as noções divisórias das situações jurídicas em patrimoniais e em existenciais, tendo estas últimas evidente prioridade. Neste aspecto, o italiano Perlingieri descreve a importância de:

[...] reconstrução de um sistema de “Direito Civil Constitucional”, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em uma concretização dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência.¹⁷⁹

Ainda assim, Perlingieri descreve uma verdadeira introdução às ciências jurídicas de um novo sistema inspirado na promoção da pessoa, de modo que “de um sistema pandectístico, mesmo na exposição da matéria, passa-se lentamente a um sistema que se inspira na tutela das necessidades das pessoas”.¹⁸⁰

Inclusive, a esse respeito, são nítidas as influências desse autor italiano no pensamento de juristas brasileiros, até porque, há fortes indícios que, assim como ocorreu no sistema jurídico italiano, com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico brasileiro, em especial diante das leis especiais que surgiram posteriormente, inseridas no contexto de Estado de Direito constitucional, refletiram a priorização da tutela da pessoa humana, como verdadeiro epicentro jurídico.

Fica nítido visualizar, portanto, que no contexto do direito contratual privado brasileiro, o ser humano deve se enquadrar como centro normativo, em todas as suas potencialidades. É dizer que o ser humano não pode ser ator no cenário econômico, mas sim, aproveitar-se dessa atividade, isto é, a pessoa deve servir do patrimônio e não servir ao patrimônio. Neste sentido a propriedade, o patrimônio e, especialmente o contrato, devem ser

¹⁷⁷ FACHIN, Edson Luiz. **Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado**. Revista de Direito Brasileira, vol. 1, Jul. 2011, p. 105-106.

¹⁷⁸ Afirma Perlingieri que: “A centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas, em uma chave moderna, onde a tutela da saúde, o meio ambiente, a paisagem são indispensáveis para o total desenvolvimento da pessoa. Nisto está a razão primeira da tendência que, estratégica e provocativamente, se propõe a ‘despatrimonialização’ do Direito Civil atavicamente baseada na centralidade das relações patrimoniais”. .” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 57.

¹⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 119

¹⁸⁰ **Ibidem**, p. 76.

instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana, em evidente resgate do humanismo esquecido pelo excesso de massificação social.¹⁸¹ Nos dizeres de Azevedo:

A História comprova a existência de mudanças e, por outro lado, nada melhor para a realização da Justiça que a tomada de consciência do que está subjacente à lei ou à sentença. O reconhecimento da precariedade da razão, se, de um lado, leva à não-admissão de dogmas lógicos (esses dogmas, de resto - e nisto é preciso atenção -, não se confundem com os dogmas de fé e moral, que têm outros fundamentos), de outro não impõe a conclusão de que estamos a viver a consagração do irracionalismo. Verificada a fragilidade da razão, não deve, pois, o jurista, afastá-la, mas, sim, colocar a seu lado, como um arrimo, a intuição do justo. Afinal, interpretar, como revelam alguns profundos trabalhos de hermenêutica (Coreth, Grondin), não é apenas "entender intelectualmente", é também intuir - especialmente no caso do direito, em que o objetivo final é manter a vida e resolver os problemas existenciais da pessoa humana no seu relacionamento recíproco. Saudemos, pois, sem medo, também esse aspecto do mundo pós-moderno.¹⁸²

Com efeito, nos contratos existenciais, mesmo estando presente a situação patrimonial¹⁸³, pressuposto inderrogável da composição contratual, é preciso considerar o valor maior que se encontra em jogo¹⁸⁴, qual seja, o direito fundamental que garanta a existência (digna) da pessoa humana, de modo a “atribuir ao patrimônio uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.¹⁸⁵

1.4 – Conclusões parciais

Ao se analisar a alteração paradigmática decorrente das mutações estatais, do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até atingir o modelo contemporâneo, dito pós-moderno, é possível perceber que, conquanto os valores, como critérios, se alterem, é evidente que os pensamentos devem se agregar, em um raciocínio de complementariedade.

¹⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 93.

¹⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação**, 2000. p. 129

¹⁸³ Vale lembrar o alerta de Pietro Perlingieri, segundo o qual “A realização da pessoa constitui não somente o conteúdo das situações ditas existenciais, mas um dos principais parâmetros de merecimento de tutela capaz de justificar também situações subjetivas como consequências patrimoniais diretas (por ex., o direito do trabalhador subordinado a não adimplir, para fins de assistir o filho doente.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 76-77.

¹⁸⁴ Michael Sandel, analisando os limites morais do mercado, afirma que “Os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo. Está na hora de perguntarmos se queremos viver assim”. in SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado.**, 2012. p. 11

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 121.

Conforme exposto, durante o paradigma liberal, o direito contratual pautou-se pela defesa da autonomia da vontade. Mesmo que no contexto atual essa autonomia em muitos aspectos tenha sido mitigada, ainda assim é extremamente importante, uma vez que a autonomia privada contratual é inclusive um dos expoentes do próprio direito fundamental de liberdade.

Em seguida, é possível perceber a nítida influência do Estado Social, de Bem-Estar, para o incremento, em maior medida, dos princípios de justiça e de função social nas relações contratuais. Em que pese durante esse período haver um intenso intervencionismo estatal, de altos custos e muitas vezes desvantajoso ao próprio livre desenvolver evolutivo humano, é imperioso reconhecer que esses ensinamentos ainda se mostram necessários e pertinentes ao contexto atual.

Em verdade, diante da potencialização do fenômeno da globalização, característica marcante do paradigma pós-moderno, tanto a defesa da liberdade contratual (material), quanto a incidência das normas de ordem pública, que zelam pela justiça, solidariedade e segurança (em especial no que tange à confiança), ganham ainda maior relevância. Neste sentido, Antônio Junqueira alerta que:

Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual - algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três - os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.¹⁸⁶

Diante de tudo isso, é possível afirmar que a mutabilidade da sociedade, uma das características do período pós-moderno, exige a atualização das normas privadas, em harmonia com os valores e anseios sociais que são prioritários ao contexto, sob pena de o Direito privado ficar fadado a obsolescência e, conseqüentemente, perder um dos seus elementos essenciais: a efetividade.

¹⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual.** In. Revista dos Tribunais | vol. 750 | p. 113 | Abr / 1998. p. 116.

Ainda assim, vale lembrar a realidade social brasileira, segundo a qual a tutela pretendida pelo contrato existencial ganha ainda maior exposição, uma vez quem conforme descreve Iturraspe:

Los Códigos de Latinoamérica, sin lugar a vacilaciones, deben componerse a partir del nuevo paradigma: la tutela de los débiles a conciencia de una sociedad que no es igualitaria, sino que exhibe grandes diferencias, y de un mercado que no es “perfecto” sino cubierto de “fallas”. No se trata de construir un “derecho clasista”, sino de hacerlo útil, eficiente, realista, con “agarre” en la sociedad y el mercado que busca regular.¹⁸⁷

Para isso, ainda mais considerando a hermenêutica baseada em uma noção de sistema jurídico, é imperioso ter-se em mente a necessidade de um exame de complementariedade dos paradigmas, de modo que, assim como expõe Moraes, as ideias devem ser somadas, sempre com a finalidade centrada de melhor promoção e efetivação dos direitos fundamentais das pessoas. Neste sentido, aduz a autora que:

Finalmente, como é a forma de interpretação e aplicação do direito civil contemporâneo? A mudança é de monta: da prevalência da estrutura dos institutos jurídicos à primazia de sua função; dos conceitos aos valores; das regras aos princípios; do estudo dos enunciados normativos abstratos aos dos casos concretos; da vontade do legislador à vontade do juiz (devidamente fundamentada); da segurança (certeza) à justiça (incerteza); da manutenção do status quo à função promocional do direito; da subsunção à ponderação; da técnica à cultura; enfim, da objetividade à relatividade tendo-se em mente que não se trata de substituir um termo pelo outro, mas sim de agregá-los.¹⁸⁸

Por todo o mencionado, sob esse entendimento de prevalência dos direitos fundamentais, em uma ideia de complementariedade¹⁸⁹ de paradigmas, é possível perceber que a taxinomia contratual¹⁹⁰ que diferencia o “contrato existencial” dos demais contratos se

¹⁸⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 77.

¹⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI**. Revista de Direito Privado, vol. 56, Out. 2013, p. 62.

¹⁸⁹ No que toca à ideia de complementariedade, é cabível o pensamento de Pietro Perlingieri, ao dispor que “A nossa época, que se caracteriza mais do que as outras por exigências de justiça e por rápidas transformações sociais, se não se pode permitir transmitir verdades adquiridas, bagagens culturais *standart*, noções elaboradas em épocas diversas e residuadas nominalisticamente, aquisições precedentes sem advertir a necessidade de verificações críticas e, sobretudo, de elaborações autônomas, é bem verdade que não se pode pretender propor novas soluções e elaborações como variáveis independentes daquilo que foi, devendo apresentá-las sempre como frutos de um clima cultural de respeito e de confronto, também dialético, com o passado”. In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 60-61.

¹⁹⁰ É cabível a reflexão de Ruy Rosado, pela qual “convém lembrar o ensinamento de Aristóteles: o conhecimento humano é a reprodução dos objetos. Aqui, o nosso objeto de conhecimento é o contrato; a

justifica pelo pensamento jurídico que defende que, até mesmo nas relações contratuais privadas, é dever do Direito zelar pela intangibilidade de vida humana.¹⁹¹ Diante disso, têm-se indícios de que a hermenêutica contratual existencial assenta-se também na materialização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

distinção entre um contrato e outro e a sua classificação em categorias será resultado da verificação de suas qualidades, na medida em que pudermos reproduzi-lo conceitualmente, apontando suas especificidades.” In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil – V. 45 (jan./mar. 2011) Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 94.

¹⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.9, n. 34, p.304. abr./jun. 2008.

2- O CONTRATO EXISTENCIAL COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A linha de pensamento que ora se inicia pretende demonstrar alguns dos argumentos que justificam e, além disso, dão as razões para que se defenda a aplicação dos direitos fundamentais de maneira transversal, isto é, não somente nas relações entre cidadãos e o Estado, pela concepção clássica, mas também nas relações jurídicas horizontais, travadas entre particulares.

Com essa ideia, é preciso apresentar argumentos sólidos que colaboram para a compreensão de que, em uma sociedade regida por uma Constituição baseada em direitos fundamentais, não apenas o Estado possui o dever de promover esses direitos fundamentais, mas também os particulares o possui.

Dessa forma, é imperioso descrever, mesmo que rapidamente, as principais teorias que dão conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como apresentar as críticas pertinentes a cada uma delas. Não obstante, tem-se sempre que lembrar que a aplicação desmedida de uma teoria muitas das vezes acaba por esvaziar o seu próprio conteúdo, de modo que a correta fundamentação, juntamente com a utilização razoável, parece ser sempre a melhor medida. Neste ponto, destaca-se novamente a possibilidade de diálogo entre as ideias das diversas teorias.

Superada essa abordagem inicial, será possível destacar de que modo o contrato existencial, por meio de uma hermenêutica emancipatória, torna os sujeitos da relação jurídica “situados”¹⁹², enquadrando o contrato como verdadeira ferramenta de efetivação das normas fundamentais nas relações privadas.

Ainda assim, ao considerar a maior especificidade que uma hermenêutica contratual presta à imensa abstração dos direitos fundamentais, a classificação do contrato em existencial cumpre também a função de evitar a banalização do argumento jusfundamental, gerado em especial pela defesa de que os direitos fundamentais tem aplicação direta e imediata.

Por fim, ao considerar o contrato como existencial, consequentemente, possibilita-se que a relevância dada a esses direitos essenciais se concretize, de fato, nos casos concretos. Essa é a meta que ora se persegue.

¹⁹² Lorenzetti afirma que “O direito privado atual devem admitir uma interrelação entre o marco institucional e os comportamentos individuais, e superar a noção de ‘sujeito ilhado’ para chegar a uma ideia de ‘sujeito situado’. Situar o sujeito importa em estabelecer um modo de relação com os demais indivíduos e com os bens públicos, o qual nos leva às regras institucionais que fixam parâmetros mínimos dessa organização.” In: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2010, p. 208.

2.1 – As razões para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas

Inicialmente é imperioso destacar que o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (decorrente do termo alemão *Drittwirkung*¹⁹³) tem um dos seus pontos seguros no *leading case* do Caso *Lüth* (1958)¹⁹⁴, não tanto pela importância da controvérsia, mas sim, pelo valor da fundamentação utilizada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, e, diante disso, pela repercussão nos estudos jurídicos do mundo inteiro, inclusive no Brasil.

De maneira sintética, esse caso debatia o direito de liberdade de expressão de Erich Lüth, o qual sustentou um boicote público contra o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), de produção de Veit Harlan, o mesmo cineasta que, anos anteriores, havia produzido um filme chamado *Jud Süß*, sob influência do regime totalitário nacional-socialista, e que tinha forma de um filme de propaganda antisemita.¹⁹⁵

Na decisão, o Tribunal Federal Constitucional Alemão proferiu posicionamento favorável à liberdade de expressão de Erich Lüth, considerando que os direitos fundamentais, apesar de em primeira linha serem direitos de defesa do cidadão em face do Estado, são, também, uma ordem de valores objetivos.

Em outras palavras, a acepção proferida nessa decisão sustentou a ideia de que os direitos fundamentais compõem uma ordem de valores objetiva e, conseqüentemente, produzem um efeito de irradiação para todos os âmbitos do direito, inclusive nas relações jurídico-privadas.¹⁹⁶ Vale lembrar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu situação semelhante, no “Caso Ellwanger”¹⁹⁷.

Em decorrência desse entendimento, ou seja, a partir do momento em que se qualificam as normas fundamentais como fundamento de uma ordem de valores objetiva, essas normas passam a penetrar seus efeitos em todo o ordenamento jurídico. Com isso,

¹⁹³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 40.

¹⁹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 136.

¹⁹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 66-67

¹⁹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 156

¹⁹⁷ A questão se dá na apreciação pelo STF do HC nº 82.424/RS, em que Siegfried Ellwanger publica um livro com conteúdo antisemita, alegando, inclusive, que o holocausto nunca existiu. Contudo que a matéria em debate seja de natureza predominantemente penal, quanto à prescrição ou não do crime de racismo pelo qual o autor foi condenado, em última análise é possível perceber substancial semelhança com o caso *Lüth* em seu aspecto civil. Basta imaginar que, mesmo antes da condenação de Ellwanger, poderia algum judeu promover um boicote público à obra, ou até mesmo, requerendo a sua retirada do mercado. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011, p. 60.

passa-se a admitir o “efeito de irradiação dos direitos fundamentais”¹⁹⁸, abrindo caminho sólido para o reconhecimento efetivo da eficácia horizontal.

Como se nota, diante dessa concepção de direitos fundamentais é possível caracteriza-los por um caráter duplo, isto é, composto de dimensões de direitos públicos subjetivos e, além disso, de dimensões de elementos objetivos fundamentais, verdadeiros valores de uma comunidade. Com efeito, esses dois aspectos das normas fundamentais, a saber, subjetivo e objetivo, se complementam entre si, com conteúdo de vigência multilateral, expressão de um sistema valorativo.¹⁹⁹

Ora, o direito privado não pode ser um âmbito jurídico imune à incidência da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, sob pena de não passar de retórica vazia o argumento da supremacia da constituição e, em última análise, até mesmo o da própria unidade do ordenamento.²⁰⁰ Afinal, como defender a supremacia da constituição e dos direitos fundamentais inerentes a ela e, ao mesmo tempo, pregar por um isolamento total das relações privadas aos efeitos jusfundamentais?

Obviamente, em se tratando de sistema, como é o sistema jurídico brasileiro, coerência é um imperativo. Sendo assim, pode-se dizer que reconhecer essa eficácia horizontal é uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico de um Estado Constitucional²⁰¹, enquanto sistema jurídico como ordem axiológica-teleológica.²⁰²

Em verdade, a extensão dos valores dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade extremamente desigual²⁰³, ainda mais, nas dimensões da estrutura social perversa do Brasil²⁰⁴. Como se sabe, principalmente nesse tipo

¹⁹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 66.

¹⁹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 124.

²⁰⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 58.

²⁰¹ Vale lembrar que “[...] no Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, consequentemente, o dualismo entre direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático, contudo, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas elas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional.” ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227.

²⁰² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2012. p. 280.

²⁰³ Dados revelados pela Receita Federal brasileira demonstram que entre os anos de 2012 e 2013 aproximadamente 22% da riqueza declarada constante no país encontrava-se na propriedade de pouco mais de 71 mil pessoas, compondo cerca de 0,3% dos declarantes de Imposto de Renda. In: BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Grandes Números IRPF. Anos-Calendário 2007-2013**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-dirpf-cap>. Acesso em 07/08/2015.

²⁰⁴ Daniel Sarmiento, descrevendo a realidade social brasileira, afirma que “Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições

de sociedade, o fenômeno do poder não se restringe às atuações estatais, uma vez que, conforme Steinmetz, deve ser compreendido no seu sentido amplo, manifestado nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais ou horizontais. Neste sentido, afirma o autor que:

[...] a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder.²⁰⁵

Aliás, é preciso ter sempre em mente que, no contexto atual, o poder pode se mostrar diante de feições das mais diversas, tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. De maneira aparente, tal situação dificulta significativamente o labor dos juristas, sobretudo daqueles rigidamente vinculados à superada *summa divisio* de direito público e direito privado.²⁰⁶ Nas palavras de Ferreira e Martins:

Percebe-se, notadamente, que a figura então servil e acessória do contrato agigantou-se como mecanismo de poder do empresário. Poder, como se viu hiperativo, apto mesmo a instrumentalizar, quando subutilizado, exploração pelo mercado e sujeição da pessoa e, por conseguinte, ensejador de cuidados essenciais pelo sistema jurídico (*lei pouvoir arrê le pouvoir*). Em outras palavras: ferramenta pela qual o predisponente impõe deveres e subtrai direitos, restando perfeitamente comprovada a insuficiência do conceito de igualdade entre os contratantes frente ao fenômeno global do mercado.²⁰⁷

Todas essas ideias dão pistas de convergirem para a “constitucionalização” do Direito Privado, uma vez que, conforme defende Iturraspe, o Direito Privado passa a buscar a igualdade material como complemento da igualdade formal e a liberdade em concreto ao lado da liberdade em abstrato. Segundo esse autor, tal fato se deve em razão do Direito Privado

sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando?’, dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos de classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa-grande e senzala’”. In SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010 p. 238-239.

²⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.85

²⁰⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011, p. 50.

²⁰⁷ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, 2011, p. 277.

tomar do Direito Público essas inquietudes, de modo que o Direito Privado sofre uma “desprivatização”, posto que a ideia de comunidade passa ser também um referencial, juntamente com a defesa da personalidade individual privada²⁰⁸, dando indícios da necessidade de preservação da solidariedade²⁰⁹ como fundamento, inclusive, para a melhor vida em sociedade.

Neste sentido, Perlingieri descreve que, em uma sociedade como a atual, em especial àquelas ditadas por uma Constituição garantidora de direitos fundamentais, como a brasileira, é praticamente impossível selecionar e individuar um interesse privado que esteja alheio, independente ou completamente autônomo do interesse chamado público²¹⁰.

Em razão disso, a divisão entre direito público e privado é mitigada, ao considerar que o poder, de maneira ampla, foi espargido aos diversos setores da sociedade, razão pela qual, mesmo nas relações entre privados sob a lógica do mercado, os direitos fundamentais devem ser respeitados. Neste sentido, Duque descreve que:

Os perigos que ameaçam a realização dos direitos fundamentais provêm não apenas do lado estatal, mas igualmente do lado privado, na forma de violações praticadas por um cidadão, contra outro. Isso significa que os chamados poderes econômicos-sociais privados, em determinadas ocasiões, podem ser mais implacáveis do que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais. Essa é uma das razões pela qual o Estado, além do dever de se abster de violar direitos fundamentais dos particulares, tem o dever de protegê-los, inclusive contra violações provenientes da esfera privada.²¹¹

Vale deixar claro que a Constituição Federal brasileira, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traçou os ideais de criação de uma sociedade livre, justa e solidária, isto é, positivou a “cláusula de erradicação das injustiças”.²¹² Entretanto, na prática, conforme já exposto, a realidade social do país revela uma inegável desigualdade social, razão pela qual, se os poderes privados não encontrarem limites, passam a ser verdadeira ameaça à realização do projeto constitucional de vida em comum.²¹³ Por óbvio, para a efetivação dessa sociedade idealizada pela própria carta constitucional, os

²⁰⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 130.

²⁰⁹ Sobre a solidariedade, afirma Iturraspe que: “se fundamenta en naturaleza del hombre y en su dignidad de persona. Como principio deontológico expresa, se aclara, la recíproca vinculación y dependencia del individuo con la sociedad”. In: **Ibidem**, p. 158..

²¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 144.

²¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 64-65.

²¹² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 69.

²¹³ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2010. p. 83.

direitos fundamentais devem ser dotados de eficácia ampla, tanto nas relações verticais quanto nas relações horizontais.

Conforme se observa, o fenômeno de expressão do poder privado é também uma das razões para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas. Em verdade, é válido lembrar que o Direito Privado também conhece o fenômeno da autoridade e do poder, de modo que a realidade social desmente a existência da suposta “paridade jurídica” em boa parte das relações jurídicas entre particulares, em especial, no âmbito dos contratos. Dessa maneira, é pertinente a reflexão de Bilbao Júbilos sobre a ampliação do fenômeno do poder privado, segundo o qual:

Basta con mirar al alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades individuales. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad. Al fin y al cabo, el fenómeno del poder como expresión de una situación de desigualdad es indisoluble de las relaciones humanas, es inherente a toda organización social.²¹⁴

Também quanto à expressão do poder privado, em especial diante da perspectiva do pluralismo jurídico, realidade no contexto atual, em especial nas relações contratuais, nas palavras de Lobo:

Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal. Na economia oligopolizada existente em nossas sociedades atuais, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente estes problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante débil, apesar da retórica neoliberal.²¹⁵

²¹⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. **Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica.** Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 221.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social.** Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

Com base nessa mesma realidade, Iturraspe descreve também essa alteração do “soberano” público ao “soberano” privado, ao demonstrar a difusão do poder público também aos particulares. Assim, o autor afirma que:

De donde puede decirse que el particular, el consumidor, ha pasado de contratar con el Estado soberano a contratar con empresas, soberanas también en cuanto su voluntad se impone en la negociación. De ahí que se habla con tanta insistencia de la crisis de decadencia de la autonomía privada cuando los celebrantes no se encuentran en condiciones económicas o “de poder” similares.²¹⁶

Obviamente, em razão dessa manifestação de poderes nos mais diversos setores da sociedade, sejam eles públicos ou privados, é possível perceber uma multiplicação também das fontes normativas, como reflexos desses poderes. Diante disso, é relevante o pensamento de Perlingieri, ao afirmar a necessidade de todas as fontes, privados ou públicas, respeitarem os direitos fundamentais, isto é, conforme o autor:

A legalidade, portanto, não é somente o respeito das leis mas, sobretudo no sistema constitucional, é exigência de reconstrução dos nexos entre múltiplas fontes operantes no mesmo território, fontes legitimadas pela Constituição e que encontram composição na sua unidade axiológica. Isto significa que cada forma de poder que se exprima por meio de regras ou princípios – e, portanto, também cada espécie de poder normativo *lato sensu* “privado” – não poderá ser exercido senão dentro da unidade construída pela Constituição e mantida por um método hermenêutico que dela se faça instrumento consciente: unidade não dogmática, mas jurídica; não totalitária, mas democrática; não absoluta, mas mediada por relações de preferência e compatibilidade entre os direitos fundamentais.²¹⁷

Essa possibilidade de pessoas jurídicas privadas também possuírem poder, inclusive na produção normativa, demonstram que as garantias dos direitos fundamentais devem ser polivalentes, conforme expõem Bilbao Ubillos:

El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir de la simple apelación al dogma de la autonomía privada, un principio seriamente erosionado en la experiencia del tráfico jurídico privado. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia en función de cuál sea origen de la agresión que

²¹⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 488.

²¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**, 1999. p. 309.

sufre una determinada libertad. El tratamiento ha de ser, en lo esencial, el mismo.²¹⁸

Isso indica que a discussão a respeito da aplicação das normas fundamentais nas relações privadas ganha ainda maior destaque ao considerar que as sociedades hodiernas, da qual a brasileira não escapa, são essencialmente “sociedades de consumo”, composta por pessoas em nítida situação de vulnerabilidade. Segundo Robles:

Independientemente da classe social a que se pertença, da ideologia que se tenha e de qualquer outra característica pessoal ou social, *ninguém* pode dizer, na sociedade moderna, que está fora do mercado. A inserção social real do indivíduo não se verifica por sua qualidade de cidadão, mas por sua qualidade de produtor-consumidor.²¹⁹

Com entendimento semelhante quanto ao atual cenário social demonstrar uma sociedade de consumo, Marques destaca a relevância da proteção do consumidor, segundo a qual:

Ser consumidor é ser plenamente cidadão, de um Estado apenas regulador e que tudo privatizou, é beneficiar-se da nova economia, é ser protegido do novo mercado globalizado, a ponto de Bauman afirmar que os “novos pobres” são os excluídos desta “categoria social” ou da vida “normal”!²²⁰

Ainda assim é imperioso lembrar que os direitos fundamentais dão pistas de se serem, a bem da verdade, a lei de proteção das partes mais débeis, em resistência às leis geradas pelas partes mais fortes.²²¹ Neste sentido, a própria tutela do consumidor, sob o fundamento da presumida vulnerabilidade, mesmo que em âmbito de legislação especial, é evidente demonstração de garantia de direitos fundamentais.

Com efeito, têm-se indícios de que o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas traz relevantes consequências às relações contratuais, em especial, ao considerar que diversas situações jurídicas privadas superam o mero caráter patrimonial da relação, adquirindo verdadeiro significado existencial.

²¹⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. **Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la practica**, 2008, p. 222.

²¹⁹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**, 2005. p. 96.

²²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 300.

²²¹ Ferrajoli defende que “Los derechos fundamentales – desde el derecho a la vida, pasando por los derechos de la libertad, hasta los derechos sociales a la salud, al trabajo, a la educación y a la subsistencia – siempre se han afirmado como la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte, que regía y regiría en sua ausência: de quien es más fuerte economicamente como em el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente como em la comunidad internacional.” In FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 36.

Em verdade, diante da concepção de que é impossível fazer a separação, na sociedade brasileira contemporânea, entre o interesse privado e o interesse público, supera-se também o paradigma de que o Direito Privado preocupa-se tão somente com o caráter patrimonial da sociedade civil. Neste ponto Perlingieri expõe que:

A consciência de que o privado e o público encontram momentos de síntese na unidade do ordenamento exclui a possibilidade de reservar à esfera do direito privado as relações patrimoniais e à esfera do direito público as relações de natureza existencial e pessoal. As próprias situações ‘reais e personalíssimas’ convergem para ‘um ideário unitário, estranho “a antiga dicotomia rígida entre patrimônio e pessoa”, de forma que parece lógico renunciar a estabelecer exclusivos, rígidos e arbitrários regulamentos de confins inspirados no ambíguo critério da patrimonialidade.²²²

Diante do exposto, de uma maneira geral, é possível defender que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas se justifica e, além disso, encontra suas razões, com base nos pressupostos de que i) os direitos fundamentais tomaram grande força expansiva, vale lembrar, na “era dos Direitos”²²³; ii) a aplicação da Constituição Federal em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Privado, também no âmbito dos contratos, como forma de determinar a unidade do ordenamento; iii) a crise na dicotomia público-privado; iv) a intensa desigualdade social brasileira aliada ao fenômeno do “poder privado”; e, por fim, v) a necessária tutela dos vulneráveis em suas relações contratuais.

De maneira geral, com base nas ideias ora levantadas, é possível perceber que todos os argumentos que defendem as razões da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas podem ser resumidos a uma ideia básica central, qual seja, a convergência do direito privado para a Constituição. Com efeito, é preciso constatar, em especial no tocante ao contrato existencial, a complementariedade da dogmática civilista com o pensamento constitucional, em verdadeiro diálogo de fontes²²⁴, em busca da tutela do fundamento supremo do sistema jurídico: a pessoa.²²⁵

Desse modo, antes de expor a possibilidade de determinados contratos serem qualificados como existenciais, e de que maneira essa abordagem pode refletir em uma tutela

²²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**, 1999. p. 237.

²²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1992.

²²⁴ A teoria do diálogo das fontes surge no ordenamento pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo amplamente difundida no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques. Em resumo, essa teoria surge para fomentar a as decisões por meio da utilização de fontes jurídicas heterogêneas que não se excluem, mas se complementam e “dialogam” entre si, de forma sistemática e coordenada. MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 51/34. jul.-set./2004. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organizadores) **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. Coleção Doutrinas Essenciais; v.1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 697.

²²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2104, p. 177.

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é preciso descrever, mesmo que de maneira breve, as teorias acerca dessa eficácia horizontal, a fim de, diante do pensamento de ambas as correntes, permitir uma melhor compreensão do tema.

2.2 – Principais teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

As razões até aqui apresentadas demonstram que a ideia de eficácia horizontal já é amplamente aceita no âmbito dos estudos jurídicos brasileiros²²⁶, de modo que quanto à aplicação das normas fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares a maior questão que surge não é “se” os direitos fundamentais são aplicados a essas relações, mas sim, em “como” (e em que medida) é feita essa aplicação.²²⁷ Neste sentido, afirma Bilbao Ubillos:

La cuestión no es si hay o no eficacia (así, en abstracto) sino la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia) y de qué tipo. Ese es el verdadero debate. Y esto significa tomarse en serio el problema, huyendo de las simplificaciones y abandonando lo que Clapham ha denominado la “mística” de la doctrina de la *Drittwirkung*, las elucubraciones teóricas de espaldas a la realidad. Hay que descender de las alturas y operar sobre el terreno, in situ, con los pies en el suelo, aunque se ensucien los zapatos. Porque se trata de medir el alcance de esa eficacia en cada caso, en función de la naturaleza del derecho, de las circunstancias concurrentes en esa concreta relación y de los límites específicos que se derivan de la necesaria ponderación de otros derechos o intereses con los que eventualmente puede entrar en colisión²²⁸.

Logo, o ponto central do debate encontra-se na busca de uma forma de equilíbrio e compatibilização entre, de um lado, a autonomia privada da pessoa, evidenciada ainda com maior destaque nas relações contratuais e, de outro lado, a tutela efetiva e eficaz dos direitos fundamentais. Aliás, é nessa busca de equilíbrio que se deve evitar ao máximo a suposta banalização do argumento jusfundamental.

Em outras palavras, a grande questão que se põe quanto à aplicação das normas fundamentais gira em torno da extensão da eficácia dessas normas frente às relações jurídicas entre particulares, ou seja, se a eficácia é direta (imediate) ou indireta (mediata).

²²⁶ É importante ressaltar que na Alemanha, o pensamento de Forsthoff contrário à eficácia horizontal ganhou destaque, fundado numa visão liberal clássica dos direitos fundamentais. Entretanto, essa corrente que negava a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas perdeu força com as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, em especial a partir da década de 50. Ainda assim, demonstra certa força a teoria do *State action* americana, a qual defende que a *Bill of rights* da Carta estadunidense vincula apenas os Poderes Públicos. De todo modo, essa negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas parece que não adquiriu força significativa nos estudos brasileiros. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2010, p. 187-197.

²²⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 102.

²²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. **Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica**, 2008, p. 236.

Dito de outra maneira, a questão que se debate é se dentro das relações privadas as pessoas podem invocar os direitos fundamentais em termos semelhantes aos opostos perante o Estado (eficácia direta) ou se devem invocá-los através dos mecanismos próprios do direito privado, como por exemplo as cláusulas gerais (eficácia indireta).

Em razão disso, dentro dessa indeterminação quanto à amplitude da restrição que pode ser feita a autonomia privada das pessoas em nome da garantia das normas fundamentais, parece necessário descrever melhor essas duas grandes correntes teóricas, desde já considerando a possibilidade de que haja entre elas um diálogo de complementariedade.

2.2.1 – Teoria da eficácia indireta (mediata)

Primeiramente tem-se a teoria da eficácia mediata (indireta), a qual há evidências de que foi formulada inicialmente por Günter Dürig, ganhando destaque especialmente após ser citada pelo Tribunal Constitucional Alemão no supracitado Caso Lüth (1958).²²⁹

Segundo Dürig, uma vez que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva de valores que produzem irradiação de efeitos por todo o ordenamento jurídico, para incidirem nas relações jurídicas entre particulares, as normas jusfundamentais necessitariam de mecanismos de intermediação.²³⁰

De uma maneira bem geral, essa teoria defende que as normas de direito fundamental produzem efeitos nas relações privadas de modo objetivo, isto é, por meio de normas e parâmetros dogmáticos do direito privado. Desse modo, a eficácia dessas normas fundamentais fica condicionada à concretização pelo legislador ordinário, por meio das leis específicas de direito privado, em primeiro plano, e dos juízes e tribunais em segundo plano.

Neste ponto, infere Steinmetz que:

Compete ao legislador, ao criar normas de direito privado, e ao juiz e aos tribunais, ao interpretarem os textos de normas imperativas de direito privado – sobretudo os enunciados legislativos com cláusulas gerais – mediar a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.²³¹

Conforme se percebe, essa teoria defende que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares por meio de normas objetivas de princípios, como sistema de valores que condicionam as normas infraconstitucionais.

²²⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 136.

²³⁰ CANARIS, Claus Wilhelm *apud* SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2001, p. 75.

²³¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 136.. p.87

Neste aspecto, é possível perceber a relevância dos textos de normas imperativas do Direito Privado, sobretudo os princípios e as cláusulas gerais, como verdadeiras “portas” que permitem a “irradiação” dessas normas fundamentais nas relações particulares, isto é, a construção de certas “pontes” entre o Direito Privado e os valores expressos na Constituição como fundamentais ao sistema jurídico.²³²

Diante disso, têm-se sinais de que essa teoria preza pela independência e autonomia do Direito Privado, em especial do Direito Civil, ante o Direito Constitucional positivo. Dessa forma, os direitos fundamentais são protegidos no âmbito privado não pelos instrumentos constitucionais, mas sim, através dos mecanismos próprios do sistema jurídico privatista.

Em outras palavras, a aplicação direta dos direitos fundamentais acabaria por exterminar a autonomia das pessoas e, além disso, retirando a independência do direito privado, uma vez que o tornaria um mero instrumento de aplicação dos direitos constitucionais. Vale lembrar que nenhuma constituição logra êxito em impor a sua força normativa, sem um direito ordinário sólido, que lhe dê sustentação.

Em verdade, o direito privado também protege valores tão relevantes quanto os direitos fundamentais, até porque garante espaços de liberdade essenciais ao livre desenvolvimento das pessoas. No âmbito contratual, especialmente, a autonomia privada deve ser considerada, inclusive, uma expressão do direito fundamental de liberdade. Neste sentido, após afirmar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, Dürig alerta que:

Agora, isso nunca se deveria caracterizar como se o nosso direito privado tivesse deixado sem proteção até agora os valores humanos supremos e como se ele tivesse de esperar até certo ponto primeiro pela chamada da lei fundamental para realmente se tornar valioso.²³³

Com efeito, considerar a aplicação direta das normas fundamentais nas relações privadas, segundo essa teoria, seria retirar a função das legislações de Direito Privado de regular situações jurídicas em que ambas as partes possuem direitos fundamentais. Com base nisso afirma Konrad Hesse que:

Ao Direito Civil corresponde assim a tarefa, sumamente complicada, de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em consideração.²³⁴

²³² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**, 2010, p. 198.

²³³ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (organizador). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011. p. 35-36.

²³⁴ HESSE, Konrad *apud* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 141.

Além disso, o próprio controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial para garantir que as leis infraconstitucionais no âmbito privado sejam elaboradas de acordo com a norma constitucional, que expressa os direitos fundamentais.

Dessa forma, tem-se que a teoria mediata da eficácia horizontal das normas fundamentais é uma legítima manifestação de preservação da identidade, autonomia e relevância do direito privado como setor do sistema jurídico responsável pela normatização e regulação das relações entre particulares, apto a desenvolver de forma mais específica as normas reguladoras das liberdades e das autonomias das pessoas.

De qualquer modo, é imperioso reconhecer que muitas vezes, em especial em uma sociedade de alta complexidade, a legislação infraconstitucional e a atividade administrativa não regulam satisfatoriamente o direito fundamental constitucionalmente previsto. Eis um dos grandes pontos em que a teoria da eficácia indireta recebe crítica: “não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário”.²³⁵

Em verdade, neste ponto, dois aspectos são destacados, a saber, a impossibilidade do legislador regular todas as pretensas situações particulares de conflito de direitos fundamentais e, ademais, a frequente inércia do legislador. Com base nessas considerações, “os direitos fundamentais nada seriam sem o legislador, apregoariam os mais fanáticos.”²³⁶

2.2.2 – Teoria da eficácia direta (imediata)

Em contrapartida, a teoria da eficácia direta (imediata) defende que da mesma forma que os direitos fundamentais são aplicados nas relações verticais, ou seja, entre pessoas e o Estado, devem ser aplicados também nas relações interparticulares, sem intermediação legislativa.

O grande expoente dessa teoria é o autor Hans Carl Nipperdey, o qual defendeu a ideia de que as normas fundamentais possuem efeitos absolutos, isto é, não carecem de intermediações legislativas infraconstitucionais para serem aplicadas às relações privadas.²³⁷

Dessa forma, segundo esse autor, os direitos fundamentais possuem caráter dúplice, ou seja, vinculam, em algumas situações, apenas o Estado e, em outros contextos, podem ser invocados diretamente nas relações particulares, independente de ação intermediária

²³⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**, 2010, p. 204.

²³⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011, p. 81.

²³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87.

legislativa. Em outras palavras, há uma previsão dos direitos fundamentais em sua dupla vertente, subjetiva e objetiva, operante em todo o sistema jurídico.

É importante destacar que Nipperdey atuava na área do Direito do Trabalho, isto é, o paradigma do autor dá pistas de ser sob uma ótica da proteção constitucional dos trabalhadores. Aliás, o próprio professor Sarmento descreve a aplicação dessa teoria pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, o qual reconheceu diretamente a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de determinadas enfermeiras de um hospital caso estas viessem a contrair matrimônio.²³⁸ Neste sentido, é pertinente a expressão de Bilbao Ubillos sobre a influência do Direito do Trabalho no tocante à eficácia horizontal das normas fundamentais, segundo o qual:

A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esa especial receptividad no es casual: se explica por la nota de subordinación intrínseca al cumplimiento de la prestación por el trabajador. Como organización estructurada jerárquicamente, la empresa genera una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la prestación laboral. Aunque estos poderes, que tienen fundamento constitucional, no son intrínsecamente perversos, es evidente que la lógica empresarial puede limitar o condicionar el ejercicio de estos derechos.²³⁹

Ademais, para essa teoria, a aplicação das normas fundamentais se dá de forma direta (imediata), ou seja, independente de legislações específicas ou de cláusulas gerais que permitam sua incidência nas relações privadas. Tal fato decorre da defesa de que os direitos fundamentais constituem verdadeiros direitos subjetivos, podendo os particulares recorrer a estas normas mesmo para fazê-las valer contra outras pessoas privadas (trata-se do *status socialis*)²⁴⁰.

Destaca-se que essa teoria não nega a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais e da autonomia privada dos particulares envolvidos. Não se trata, portanto, de um ideal radical, que pretende desconsiderar as legislações de direito privado, afinal, não há uma defesa de desconsideração da liberdade individual nas relações entre particulares. Afinal, a própria autonomia privada é um direito fundamental. Sendo assim, descreve Steinmetz que:

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**, 2010, p. 205.

²³⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. **Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica**, 2008, p. 222.

²⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 168.

não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais.²⁴¹

Um dos fortes argumentos dessa teoria no Brasil é o de que a própria Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, §1º prevê a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sem limitar esse imediatismo às relações verticais. Desse modo, mesmo nas relações privadas, teria de se respeitar os atributos essenciais das normas jusfundamentais: fundamentabilidade e aplicabilidade direta.²⁴²

Concluindo, segundo essa teoria, os direitos fundamentais possuem efeito normativo imediato, em sua qualidade de direito constitucional objetivo e, logicamente, emanam uma regulação normativa do ordenamento jurídico total, da qual também decorrem os direitos privados subjetivos do particular, isto é, produzem o “efeito absoluto” dos direitos fundamentais.²⁴³

Entretanto, é preciso alertar que considerar a aplicação imediata e irrestrita dos direitos fundamentais é desconsiderar as especificidades tratadas pelo direito privado, as quais dão maior especialidade às normas e, conseqüentemente, capacitam maior efetividade na aplicação dos direitos fundamentais. Neste sentido, afirma Duque que:

Se a constituição contivesse em si toda a ordem jurídica, ela seria, como enfaticamente aponta Ernst Forsthoff, uma espécie de “ovo jurídico do mundo, do qual tudo surge, desde o código penal, até a lei sobre a fabricação de termômetros”, mesmo porque, nessa ótica, teria a constituição a pretensão – não desejada, de determinar completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada. A consequência seria uma banalização dos direitos fundamentais, com perda da própria força normativa da constituição [...].²⁴⁴

Neste diapasão, salienta-se de que a teoria da eficácia imediata, de inegável caráter promocional da pessoa humana, mesmo que tenha como um dos fundamentos a maximização da aplicação dos direitos fundamentais, corre o risco de tornar a utilização desses direitos banalizada, em especial a desconsiderar as normatizações pertinentes às relações contratuais.

Em razão disso a proteção pretendida acaba perdendo o seu valor, ao considerar que todo direito fundamental que esteja sendo mitigado em uma relação contratual privada possa

²⁴¹ **Idem.** p.167

²⁴² SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2011, p. 79.

²⁴³ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011. p. 59.

²⁴⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 89.

ser postulado de maneira direta no judiciário, tal como nas relações verticais, perante o Estado. Esse raciocínio dá pistas de esvaziar o próprio valor normativo das normas fundamentais nas relações horizontais, tornando esses direitos “insaciáveis”.

2.3 – A teoria da eficácia direta (imediata) nas relações contratuais e o risco de banalização do argumento jusfundamental

Diante da hermenêutica dos direitos fundamentais, com a incidência das normas fundamentais constitucionais em todos os ramos do direito, é possível perceber que, muitas vezes, o argumento jusfundamental é utilizado em demasia e de maneira injustificada. Marmelstein, ao conceituar o termo “direitos fundamentais”, alerta para o uso banalizado da expressão, segundo o qual:

Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem defenda a existência de um direito de manifestar ideias nazistas. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Aliás, na Alemanha, a Corte Constitucional daquele país já teve que decidir se existiria um direito a fumar maconha e a “ficar doidão”. Já houve quem ingressasse com ação judicial para exigir Viagra do Poder Público, alegando que existiria um direito ao sexo! Pelo que se observa, há uma verdadeira banalização do uso da expressão *direito fundamental*.²⁴⁵

Ademais, Duque, de antemão avisando que esse problema possui pouco destaque na doutrina especializada, tratando essa banalização como uma hipertrofia de direitos fundamentais, alerta que:

Trata-se do risco de banalização dos direitos fundamentais, por meio de um sentimento de hipertrofia desses direitos que, eventualmente, também pode ser verificado num quadro maior, caracterizado pelo excesso de fontes normativas [...]. [...] Isso é comum em países que passaram por experiências históricas negativas. Às vezes, no afã de evitar que consequências maléficas voltem a ocorrer, acaba-se recaindo em excessos, que em nada contribuem para a regulamentação equilibrada e eficiente da coletividade.²⁴⁶

Ora, é relevante deixar claro, mais uma vez que, ao descrever a banalização do uso do argumento jusfundamental, o presente texto pretende fazer uma análise crítica do assunto, não no sentido negativo, de censurar a aplicação dos direitos fundamentais, mas sim, de propor

²⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014, p. 14.

²⁴⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 97-98.

uma aplicação das normas fundamentais nas relações contratuais privadas de maneira coerentemente justificada e fundamentada.²⁴⁷

Dessa forma, pode-se afirmar que nas decisões judiciais deve-se evitar ao máximo a banalização do discurso jusfundamental, a fim exatamente de legitimar a atuação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é preciso perceber que ao direcionar o estudo dos direitos fundamentais a uma hipertrofia, perde-se a precisão e a fundamentação específica para o uso do argumento jusfundamental, fato este que em nada contribui para a efetivação desses direitos na sociedade. Neste sentido, Martins e Dimoulis afirmam que:

[...] encontramos uma abordagem dos direitos fundamentais de cunho *retórico*, baseada na exaltação da “prevalência dos direitos humanos” e dos valores por ele expressos. Tais discursos são politicamente importantes em tempos de autoritarismo, mas perdem sua utilidade na medida em que um país consolida suas estruturas liberais e democráticas. Esse é o caso do Brasil dos últimos vinte anos. Exposições que se limitem a celebrar a ideia dos direitos fundamentais, enumerando suas conquistas e as normas nacionais e internacionais que as positivaram não oferecem a solução a problema alguma. Tal tipo de abordagem só produz discursos políticos repetitivos e, afinal de contas, estéreis, sem indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e quais as formas de sua implementação.²⁴⁸

Como se nota, é perceptível que, ao utilizar de maneira infundada o argumento jusfundamental, fazendo com que os direitos fundamentais sejam ilimitados, em verdadeira hipertrofia, corre-se o risco de tornar, de maneira indesejável, esses direitos insaciáveis²⁴⁹.

A expressão “direitos insaciáveis” de Pintore parece advir de um texto em que a autora critica o posicionamento positivista de Ferrajoli, em especial consoante a ideia de democracia substancial desenvolvida pelo autor italiano. Segundo Pintore não é cabível aceitar que se têm os direitos que existem tão somente porque foram promulgados, consoante apregoa o positivismo jurídico.

Tal negativa decorre do fato de que no momento em que um direito é confirmado, isto é, no momento em que há a introdução de direitos em um sistema jurídico, o seu conteúdo,

²⁴⁷ Oportuno lembrar que, com apoio em Manuel Atienza, “*em la teoria del Derecho, carece de valor cualquier trabajo no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones.*” In: ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica**. Madri: Trotta, 2013. p. 30.

²⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

²⁴⁹ PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madri: Trotta, 2001. p. 243-265.

que é supostamente válido em virtude da forma legal, tornar-se insaciável. A preocupação da autora, parece, centra-se em um grande problema: a efetividade dos direitos fundamentais.

Ainda assim, afirma Pintore que a tendência entre os teóricos dos direitos insaciáveis como Ferrajoli, ao subestimar o problema formal do manejo dos conteúdos substanciais de direitos é, em si, uma (oculta) resposta para a pergunta sobre a autoridade política, mas uma resposta que repudia o princípio da gestão democrática dos direitos.²⁵⁰

Em suma, a crítica de Pintore é quanto o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, ou seja, quanto a democracia substancial desenvolvida por Ferrajoli, alegando que dessa forma se criam direitos insaciáveis porque devoradores da democracia, do espaço público e da própria autonomia moral. Para Pintore, a democracia deve ser tão somente a formal, procedimental, que leva ao Direito, este sim dotado de conteúdo material.

Dessa maneira, segundo a autora, a prevalência da forma e dos métodos específicos do direito moderno, quais sejam o procedimento e a autoridade, acabam por se tornarem superfluos aos direitos fundamentais, uma vez insaciáveis.²⁵¹ Tal fato indica que a autoridade (*autoritas*) e o procedimento não são o grande problema dos direitos fundamentais, ou seja, não é a concepção de direito fundamental em si que é essencial, mas sim a sua realização e efetividade (*verita*).

Neste mesmo sentido, vale a reflexão de Tessler quanto à banalização dos direitos humanos, segundo a qual:

É na obra de Carlos Ignacio Massini Correias que se encontra uma ampla abordagem do fenômeno da dispersão de ideias, da tendência inflacionária da contemporaneidade acerca do que afinal são os direitos humanos, destacando o autor a tendência crescente de incrementar o número e qualidade dos direitos que se considera necessário satisfazer, concluindo que tudo isso leva à degradação da ideia, pois a força de querer significar tudo acaba por não significar nada. Na mesma linha a lição do Professor Tércio Ferraz, quando o mestre aborda a trivialização dos direitos humanos, criticando também essa tendência. Anna Pintore, em “Derechos Insaciables”, critica a ideia corrente de converter os direitos humanos em um instrumento insaciável, “devorador da democracia, do espaço político e da própria autonomia moral da qual derivam”, reportando-se aos ensinamentos de Luigi Ferrajoli.²⁵²

²⁵⁰ **Ibidem.** p. 246.

²⁵¹ **Ibidem.** p. 262.

²⁵² TESSLER, Marga Barth. Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. – n. 1 (jan./mar. 1990) v.1, Trimestral, Porto Alegre: O Tribunal, 1990 p. 54-55

Ademais, diretamente relacionada a essa suposta banalização do discurso jusfundamental encontra-se o demasiado expansionismo constitucional brasileiro, o que toca, em última análise, nos limites da própria jurisdição constitucional. Neste mesmo sentido, Moraes alerta para o risco da aplicação desmedida dos princípios constitucionais, de modo que, segundo a autora:

Contudo, exatamente nesta linha, é importante alertar que a consolidação da metodologia pós-positivista e da constitucionalização do direito civil em nossa doutrina e, especialmente, em nossos tribunais, tem sinalizado para um perigo crescente. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica foi efetivada, e agora nos deparamos com o alerta do risco oposto. O receio dos juristas mais tradicionais parece encontrar eco quando se veem decisões que, sob o pretexto da constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização do Direito.²⁵³

Obviamente que, conforme já exposto, dentro da noção de sistema jurídico, pautado pela democracia e pela proteção dos direitos fundamentais, a Constituição deve se encontrar no topo normativo, com condição de supremacia. Entretanto, é preciso também levar em conta a autonomia dos demais setores do ordenamento jurídico, sob pena de ocorrer um expansionismo constitucional ilegítimo, contrariando a própria competência legislativa prevista pela Constituição.

Em outras palavras, a banalização dos direitos fundamentais pode se dar também pela expansão da jurisdição constitucional, a qual, quando elevada a abusos, gera um expansionismo constitucional ilegítimo, aplicando a Constituição sem observar as regras de competência, as quais, devido à setorização, são dotadas de maior especificidade. Neste sentido, Duque descreve que:

É por isso que há quem sustente que a proteção jurídica se torna tão mais ineficaz quanto maior for a sua pretensão de tentar garantir por escrito a totalidade de situações. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ficar adstritos aos âmbitos essenciais da natureza humana, esses revelados nas esferas da dignidade, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade, focados, assim, na autoconsciência da pessoa e na liberdade de se auto determinar e de se configurar no mundo em que vive.²⁵⁴

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI**. Revista de Direito Privado, vol. 56, Out. 2013, p. 11.

²⁵⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 98.

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que a banalização do argumento jusfundamental nas decisões judiciais mediante a defesa da aplicação imediata e indiscriminada dos direitos fundamentais acaba por esvaziar o seu valor normativo, tornando esses direitos “insaciáveis”.

Maior combate deve ser dado ainda contra essa aplicação desmedida no tocante às relações contratuais. Obviamente que, nas relações contratuais, desconsiderar as normas referentes à teoria geral do direito privado, dos contratos e, em última análise, as leis especiais pertinentes àquele contrato específico (tome o exemplo de um contrato de consumo, com incidência do CDC) é repudiar o ordenamento jurídico enquanto sistema. Desse modo, conforme já exposto, o sistema jurídico exige coerência e esta só pode ser atingida se os direitos fundamentais forem aplicados de maneira lógica e razoável.

Nesse sentido, ganha relevância a reflexão quanto o grau de eficácia horizontal das normas fundamentais, porquanto se trata de um dos temas mais caros ao estudo dos direitos fundamentais, uma vez que a pós-modernidade trouxe consigo uma série de conflitos privados até então inimagináveis na ocasião do nascimento da doutrina de direitos fundamentais.²⁵⁵

Com efeito, visando evitar a banalização do uso do argumento jusfundamental nas relações entre privados, sobretudo nas relações contratuais, é preciso propor uma reflexão que considere que o direito constitucional e o direito privado existem em uma relação recíproca de complementação e dependência, em verdadeiro diálogo de fontes, até porque, esse pensamento é o que parece permitir maior coerência sistêmica.

2.4 – O diálogo entre as teorias como forma de se evitar a banalização dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, aparentemente com o nobre intuito de potencializar a proteção dos direitos fundamentais, consagrou-se uma verdadeira “escola”²⁵⁶ no país que defende a ideia de que as normas fundamentais vinculam os particulares nas relações jurídico-privadas de maneira direta e imediata.

²⁵⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014., p. 64.

²⁵⁶ O termo “escola” é utilizado por Marcelo Duque. Segundo esse autor, no Brasil, prevalece o entendimento de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, seguindo o pioneirismo de Ingo Sarlet. Com efeito, Duque afirma que, ainda que com variações e mitigações, seguem esse mesmo raciocínio os trabalhos de autores como o Sarmiento, Steinmetz, Tepedino e Sombra. É relevante destacar que essas referências foram também utilizadas na elaboração do presente texto. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 43.

Ainda assim, vale lembrar que muitas das obras desses autores, que se filiam à corrente do “direito civil constitucional”, como o professor Tepedino²⁵⁷, foram elaboradas em momento anterior ao Código Civil de 2002, o qual, tomando emprestado alguns conceitos do Código de Defesa do Consumidor de 1990, como os princípios da boa-fé e da função social, agregando, na dogmática civilista, cláusulas gerais que possibilitam a efetivação, nas relações privadas, dos direitos fundamentais.

Obviamente que a consideração da força normativa da Constituição, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, trouxe uma nova dimensão ao estudo do Direito, do qual o Direito privado não escapou. Isso significa que, diante das normas previstas no Código Civil de 1916, de caráter predominantemente individualista e patrimonial, de fato havia uma incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, o que, consequentemente, exigia uma aplicação direta e imediata das normas constitucionais, sobre direitos fundamentais, até mesmo nas relações privadas. Neste mesmo diapasão, Martins afirma que:

Caso, assim, não houvesse essa perspectiva constitucional, ao direito civil sobraria uma letargia que, evidentemente, iria rabiscar uma estranha órbita de irracionalidade, até porque, enquanto o Texto Maior inicia por proclamar um sem-número de direitos fundamentais que dizem respeito à pessoa, o direito civil deixaria de acompanhar o mesmo sentido. Aliás, a bem da verdade, esse fato ocorreu na relação existente entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988.²⁵⁸

Aliás, aparentemente um dos autores que mais influenciaram no Brasil a defesa da incidência direta das normas fundamentais foi o italiano Perlingieri. Mesmo considerando a importância do pensamento do autor ao estudo jurídico, sendo este autor inclusive um dos marcos teóricos do presente trabalho, é relevante fazer algumas considerações que dão indícios de diferenciar a realidade jurídica italiana que influenciou o pensamento de Perlingieri do atual contexto jurídico brasileiro.

Neste sentido, é preciso perceber que durante a exposição da ideia de um “direito civil na legalidade constitucional”²⁵⁹ Perlingieri possuía como plano de fundo uma Constituição italiana, dotada de princípios e direitos fundamentais, que era posterior a um Código Civil promulgado no decorrer do fascismo italiano, em 1942.

²⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Temas de Direito Civil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²⁵⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 588.

Seguindo este mesmo raciocínio Perlingieri narra, em um contexto de legalidade constitucional, a necessidade de passagem do Estado de Polícia ao Estado constitucional contemporâneo, afirma que:

Dessa perspectiva se passa para aquela do Código de 1942, que se propõe a criar um clima de solidariedade nacional, vista como solidariedade produtivista. O corporativismo é a expressão deste modo de ver: superar a conflituosidade entre opostas categorias de sujeitos – empregador e trabalhador, produtor e consumidor – em uma visão estritamente economicista, dando prevalência ‘ao interesse superior da produção’ (v., por ex., o art. 2014 Cód. Civ.). Os direitos individuais e, em um certo sentido, sociais, devem ser sacrificados para realizar o aumento da produção nacional.²⁶⁰

Dessa forma, é plenamente justificável o fato de Perlingieri defender a imediata aplicação de todos os preceitos constitucionais no âmbito do direito privado, uma vez que o direito privado estava totalmente fora de sintonia com o contexto social da Constituição italiana pós-guerra. Aliás, é recorrente nos escritos do autor italiano a expressão “releitura” das normas ordinárias e, como prova disso, vale citar o trecho em que Perlingieri descreve que:

As cláusulas que no Código de 1942 eram inspiradas por uma ideologia produtivista e autárquica, assumem um significado diverso se relidas e aplicadas na lógica da solidariedade constitucional. [...] [...] nas relações de trabalho deve-se considerar diligente aquele trabalhador que, para evitar um possível perigo a um colega de trabalho ou a si mesmo, interrompe a linha de montagem. Em uma lógica produtivista, este fato poderia ser considerado não diligente e, portanto, como justa causa de despedida.²⁶¹

Ainda assim, prova disso, analisando a obra de Perlingieri, se dá pelo fato de que pelas disposições constitucionais, em especial pelos princípios fundamentais de democracia, soberania popular e livre desenvolvimento da pessoa humana (consoante a XII disposição transitória da Constituição italiana), é inadmissível aceitar a licitude e a possível tutela à associação que, em última análise, independente das formas e denominações que assumem, são na verdade organizações de caráter fascista.²⁶²

Corroborando com essa reflexão vale destacar as observações de Roppo, uma vez que o autor, em sua obra sobre contratos, trata sobre a relação entre este e o regime político

²⁶⁰ **Ibidem**, p. 191.

²⁶¹ **Ibidem**, p. 238.

²⁶² **Ibidem**, p. 588.

fascista italiano. Dessa maneira, ao discorrer sobre as características do Código Civil que rege os contratos italianos, o autor afirma que:

Uma questão que se reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em plano regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto à sua génese histórica, de signo fascista.²⁶³

Vale lembrar que esse mesmo raciocínio pertinente ao pensamento de Perlingieri pode ser aplicado ao pensamento do argentino Iturraspe, também defensor de uma aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre privados. Ao defender a ideia de um “derecho civil constitucional”²⁶⁴ Iturraspe tinha como base de sua análise um Código Civil argentino que, apesar das inúmeras alterações, era datado de 1871. Obviamente, se comparado esse Código com a Constituição da Nação Argentina, reformada em 1994, fica nítida a diferença nos valores atinentes a cada contexto. Neste sentido, Iturraspe afirma que:

Hay consenso en el sentido de que la Reforma Constitucional de 1994 “operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías...”, produciendo un “marco de referencia renovado” y, como lógica consecuencia, la ampliación del “techo ideológico” de la Ley Fundamental. Para Bidart Campos se alteró el “techo principista valorativo”, pues al promoverse los derechos humanos se adoptan las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una base real igualitaria... Se menciona, con razón, el “desarrollo humano” a partir de tales reconocimientos.²⁶⁵

Aliás, é possível perceber que Perlingieri também foi um dos referenciais teóricos que fundamentou o pensamento de Iturraspe quanto a aplicação direta das normas fundamentais nas relações entre particulares, vindo este autor a defender também a releitura das normas privadas, por uma renovação jurídica de valor, como base para a constitucionalização do Direito Civil. Dessa maneira, descreve Iturraspe que:

La constitucionalización del Derecho Civil es, a la vez, un esfuerzo de modernización, de actualización, “una renovación jurídica de valor”; es armonizar el derecho de las personas, el civil, con los valores y principios fundamentales, con “las necesidades existenciales de las personas”, con su

²⁶³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

²⁶⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011.

²⁶⁵ **Ibidem**, p. 105.

pleno reconocimiento, con el calor humanidad y dignidad; es mostrar los perfiles funcionales de los sistemas jurídicos.²⁶⁶

Vale lembrar que a aplicação indireta dos direitos fundamentais na Argentina deve ganhar mais força, com o advento do “novo Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, de 07.10.2014)”, uma vez que este código é fundamentado em uma base normativa humanista e, ainda assim, sustenta a hermenêutica promocional da pessoa humana, de modo a se adequar a essa renovação jurídica de valor determinada pela Constituição.

Sendo assim, superadas essas primeiras considerações a respeito da recorrente defesa da eficácia imediata no Brasil, é preciso deixar claro que há a possibilidade de diálogo entre as teorias, de maneira a possibilitar a hermenêutica mais condizente com a realidade brasileira, que se foque na efetivação dos direitos fundamentais, independente da teoria aplicada. Aliás, esse tipo de pensamento contribui ainda para se evitar a banalização do argumento jusfundamental, a qual aparece como consequência natural de uma aplicação direta e imediata, por vezes desmensurada.

Indo adiante, conforme já exposto, das duas teorias quanto à extensão da aplicação das normas fundamentais às relações jurídicas horizontais, a saber, as teorias direta e indireta, é possível perceber uma possibilidade de complementariedade, especialmente visando evitar que o uso dos direitos fundamentais seja feito de forma trivial e banalizada.

Em consequência, é possível perceber que a aplicação das normas fundamentais nas relações contratuais privadas aparenta-se ter nítida coerência com a superação da *summa divisio* público-privado, exigindo a composição de um ordenamento globalmente ordenado, e, ainda assim, respeitante dos valores protegidos pelo mesmo.²⁶⁷

Ora, um dos grandes embates que dificulta a determinação da medida de eficácia das normas fundamentais nas relações entre particulares reside no fato de que a titularidade e o destinatário dos direitos fundamentais se confundem, isto é, numa relação privada, ambas as pessoas têm garantidos os seus direitos fundamentais e, aparentemente, ao mesmo tempo, são também possíveis violadoras de direitos fundamentais. Desse modo, como determinar quem será o destinatário desses direitos? Diante dessa questão, Duque afirma que:

A visão que enquadra o particular como destinatários de direitos, no afã de potencializar a sua proteção em uma relação privada, pode, sob determinadas

²⁶⁶ **Ibidem**, p. 86.

²⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 762.

circunstâncias, vir a enfraquecer a própria proteção deseja, por dificuldades na condução dos argumentos que lhe dão suportes e que, não raro, ingressam em contradição.²⁶⁸

Logo, como determinar até que ponto um direito fundamental será limitado em favor do outro? A fim de buscar resolver essa questão, é imperioso descrever a teoria desenvolvida por Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais se dividem basicamente quanto às suas funções, isto é, em i) direitos fundamentais de defesa; e ii) direitos fundamentais de prestação *lato sensu*.²⁶⁹

No tocante aos primeiros, os direitos fundamentais de defesa, o autor afirma que são os direitos presentes na relação vertical, isto é, entre pessoa(s) e o Estado, exigindo deste uma posição evidentemente negativa, como expressão dos direitos de liberdade. Em outros termos, essa espécie de normas fundamentais consiste no dever do Estado de se abster de interferir na liberdade e na autonomia privada das pessoas (direitos gerais de liberdade e igualdade).

Quanto aos direitos fundamentais de prestação *lato sensu*, Alexy os divide em a) direitos a organização e procedimento, os quais exigem essencialmente a criação de instituições fundamentais às garantias de direitos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; b) direitos de prestações *stricto sensu* ou prestacionais (“direitos fundamentais sociais”), os quais tem um cariz assistencial, promovendo os mínimos existenciais das pessoas; e, por fim c) direitos de proteção, os quais exigem uma interferência direta do Estado nas relações privadas, como verdadeiras normas emancipatórias. Neste último ponto encontram-se as leis setoriais de tutela dos vulneráveis, como à título de exemplo, o mandamento do art. 5º, XXXII da CF/88 de promoção do consumidor.

Diante disso, têm-se pistas de que a melhor maneira de determinar a incidência das normas fundamentais nas relações privadas, evitando a hipertrofia desses direitos e promovendo sua ótima efetividade, é por meio da complementariedade das teorias indireta e direta, conforme se aparenta destacar a teoria de Canaris.²⁷⁰

Conforme esse autor, a eficácia das normas fundamentais frente às relações entre particulares deve ser indireta, por meio das legislações específicas de direito privado. Dessa forma, o destinatário das normas fundamentais passa a ser tão somente o Estado, assim como

²⁶⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 47.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003.

nas relações verticais, cabendo a este a positivação das ferramentas privadas capazes de garantir os direitos fundamentais das pessoas, conforme a proibição de insuficiência.

Ora, é imperioso lembrar de que é dever do Estado ser um garantidor e um não violador das normas fundamentais. Sendo assim, nas relações privadas, o Estado surge como um “terceiro” regulador da relação, ao determiná-lo como competente para fazer o regramento inferior que especifique melhor a aplicação a priori ampla e abstrata das normas fundamentais, isto é, ao Estado cabe a retirada da abstração das normas fundamentais, por meio da setorização nas legislações específicas, aproximando a norma das particularidades dos casos concretos. Neste sentido, Duque afirma que:

Quando se coloca o Estado e os seus órgãos como destinatários exclusivos, fundamenta-se um modelo abrangente de proteção, que obriga o Estado a intervir, tanto de forma preventiva quanto repressiva, para garantir que os direitos fundamentais venham a ser observados inclusive no curso de relações eminentemente privados.²⁷¹

Em verdade, essa abordagem relaciona-se com o próprio princípio de segurança jurídica, afinal, este é mais bem observado se as normas fundamentais amplas e abstratas, a priori, são projetadas de modo mais detalhado nas relações privadas por meio das legislações do Poder Legislativo, em primeiro plano, e, subsidiariamente, do Poder Judiciário, por meio da hermenêutica das cláusulas gerais, dos princípios e dos conceitos indeterminados.

Ademais, em última hipótese, não havendo o Estado legislado sobre as normas fundamentais, isto é, havendo uma omissão estatal quanto à normatização nas legislações mais específicas sobre os direitos fundamentais, há de se considerar, segundo Canaris, o “imperativo de tutela”, permitindo a aplicação direta e imediata das normas fundamentais nas relações privadas.²⁷² Neste mesmo sentido aparenta ser também a afirmação de Böckenförde, segundo o qual:

Se os direitos fundamentais garantem determinados conteúdos (axiológicos) jurídico-objetivos do ordenamento jurídico com hierarquia constitucional, sua realização não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico privado. À medida que parece possível o

²⁷¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 47.

²⁷² Com efeito, afirma Canaris que há “diferença teórico-estrutural entre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela e como proibições de intervenção: enquanto na última se trata simplesmente de controlar segundo os direitos fundamentais uma disciplina já existente – isto é, uma norma, um acto da administração ou similar -, no caso da função de imperativos de tutela está em causa justamente o contrário, isto é, a *ausência* de uma tal disciplina – ou seja, uma omissão estatal em contraposição a uma intervenção [...]” In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**, 2003, p. 115.

desenvolvimento desses conteúdos por meio de cláusulas gerais ou de outras regras legais do correspondente âmbito jurídico, pode levar-se a cabo pela via da eficácia indireta frente a terceiros. Se faltam tais pontos de conexão, não cessa a atuação dos direitos fundamentais, senão que ela se impõe diretamente.²⁷³

Com efeito, é preciso destacar que, conforme os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti²⁷⁴, em um mundo complexo, a mais acertada decisão judicial deve partir das normatizações mais setoriais, as quais possuem maiores proximidades com as especificidades do caso concreto.

Dessa forma, o ponto inicial de qualquer decisão judicial, segundo o autor argentino, deve partir do método dedutivo, fazendo a delimitação do fato e procedendo a dedução à norma válida. Não sendo possível uma adequada assimilação da norma ou sendo a interpretação desta difícil, está-se diante de um *hard case*, abrindo precedente para a aplicação dos princípios, isto é, abrindo a possibilidade de normas mais abstratas e axiologicamente mais amplas, pelo imperativo de tutela.

Diante desse mesmo raciocínio, Maximiliano também defende uma aplicação em que o aplicador parte dos “fatos mezinhos da vida diária até o cúspide do saber profissional”, segundo o qual:

Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, *inteiro*; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação da hipótese controvertida.²⁷⁵

Nessa conexão de ideias, parece que a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lorenzetti e até mesmo o modo de aplicação do texto jurídico defendido por Maximiliano estão em consonância com as descrições de Canaris e, conseqüentemente, à ideia defendida no presente capítulo.

²⁷³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang apud STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p.266

²⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**, 2010, p. 364.

²⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 240

Com isso, é possível concluir que eficácia indireta e eficácia direta não são formas incompatíveis de aplicação de normas fundamentais, uma vez que nas situações em que não há viabilização da primeira (omissão), abre-se a possibilidade para utilização da segunda. Logo, ambas são garantidoras da eficácia das normas fundamentais como princípios objetivos de todo o sistema jurídico. Conforme expõe Marques:

De forma unânime, hoje todos defendem que o direito fundamental deve ser respeitado, em conformidade com as normas da lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois, através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas), em especial, no caso de lacuna ou necessidade de concretização de cláusulas gerais.²⁷⁶

Aliás, no tocante à melhor teoria a ser aplicada, é relevante a descrição de Perlingieri, segundo o qual essa distinção muitas vezes não é tão fácil de ser definida, de modo que o mais importante no final é a efetivação das normas fundamentais. Dessa forma, explica o autor que:

O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê a aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizem.²⁷⁷

Diante disso, há evidência de que a teoria de Canaris, em verdade, transmite um pensamento de diálogo de fontes e, ao mesmo tempo, de convergência do direito privado para a constituição.²⁷⁸ No fundo é também essa convergência e o constante diálogo das fontes a base que fundamenta o presente trabalho, isto é, nos dizeres de Iturraspe :

[...] la idea de “diálogo” entre la Constitución y los tratados, por un lado, y el Código Civil, los microsistemas y las decisiones judiciales, por el otro, para compadecer o conciliar principios y reglas que vienen a disciplinar

²⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014, p. 253.

²⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 590.

²⁷⁸ Duque, neste sentido, afirma que: “O direito privado, ao longo de sua longa tradição, também detém uma ordem de valores que lhe é própria. [...] Assim, a ordem de valores do direito privado, embora tenha que se coadunar com a ordem de valores da Constituição, não se confunde com essa. Trata-se de uma noção essencial para o estudo em tela, que indica que o ordenamento jurídico é composto por níveis distintos, que têm que se comunicar entre si. [...] Os valores devem comunicar-se, não repelir-se entre si. Isso aponta, por exemplo, para a noção de convergência do direito privado para o direito constitucional.” In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 152.

institutos como los contratos, la propiedad, la familia o la reparación de daños. El Derecho Civil se beneficia con la influencia del Derecho Constitucional. Es el caso de la gran dicotomía. Las consecuencias son visibles: el Derecho Civil se vuelve más solidario y ético, más respetuoso de la dignidad humana. Estamos ante un nuevo paradigma. El diálogo ha sido fecundo y debe continuar...²⁷⁹

Neste mesmo sentido parece ser a conclusão de Steinmetz, ao defender a eficácia imediata “modulada”, isto é:

No caso concreto, na ausência de regulação legislativa balizadora da solução, o juiz e os tribunais devem tomar a sério não só o(s) direito(s) fundamental(is) em jogo, mas também o princípio da autonomia privada, como bem constitucionalmente protegido. [...] [...] Portanto, sustenta-se como definição básica que, na ordem constitucional brasileira, direitos fundamentais vinculam direta ou imediatamente os particulares. Clarifiquese, porém, que não se trata de uma eficácia imediata linear, absoluta, universal e definida abstratamente, de uma vez por todas. É, isto sim, uma eficácia imediata “matizada” ou “modulada”. [...] [...] Havendo regulação legislativa concretizadora específica - necessária, suficiente e conforme à Constituição ou conforme os direitos fundamentais – deve se dar a ela prioridade aplicativa²⁸⁰

Desse modo é pertinente afirmar que considerar a possibilidade de complementação entre as teorias direta e indireta quanto a aplicação das normas fundamentais às relações privadas, especialmente às relações contratuais existenciais²⁸¹, é uma maneira de se evitar a banalização do argumento jusfundamental. Neste mesmo sentido, Duque defende que:

Assim, a supremacia de vigência da constituição não se deixa passar sem que se reconheça, paralelamente, a primazia de conhecimento do direito privado. Esse é o ponto de partida para que não se perca a autonomia do direito privado, em face do reconhecimento da supremacia da constituição. [...] [...] Acreditar, dessa forma, que somente os direitos fundamentais bastam para formar um ordenamento jurídico é uma constatação de todo equivocada. Desse modo, a formação de uma hipertrofia dos direitos fundamentais tem o inconveniente de conduzir a um desalojamento da dogmática jurídico-civil.²⁸²

Vale lembrar que “a noção moderna e eficaz de constituição aponta que ela tem que se pautar pela clareza concepcional, capacidade de realidade funcional, racionalidade sistêmica e

²⁷⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 13-14.

²⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p.269-273

²⁸¹ Segue o mesmo entendimento quanto à aplicação das teorias fundamentais exposta por Duque, isto é, nas palavras do autor: “Assim como a interpretação constitucional é, antes de tudo, concretização, que visa à inclusão da realidade a ser ordenada, a escolha de uma teoria de direitos fundamentais deve-se pautar pelo mesmo norte.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 89.

²⁸² **Ibidem**, p. 100.

redução de complexidade.”²⁸³ Desse modo, é preciso descrever de que maneira a classificação do contrato como existencial, principalmente com base na possibilidade de aproximação da especialidade dos aspectos do direito privado contratual com o fato, o caso concreto, permite de maneira concreta a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em outras palavras, torna-se imperioso delimitar de que modo o contrato pode se qualificar como uma verdadeira ferramenta para, de fato, possibilitar a tutela e, conseqüentemente, a promoção da vida humana.

2.5 – O contrato existencial como efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas

Inicialmente é preciso destacar que, ao afirmar que a qualificação de determinados contratos como existenciais é uma forma de efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, parte-se do pressuposto, conforme já exposto, de que o sistema jurídico brasileiro deve ser considerado em sua globalidade, de modo que cada norma, por mais setorial que seja, no panorama global, possua nítida inspiração da Constituição Federal. Assim, defende Perlingieri que:

Não pode, portanto, ser favorecida a tendência das regras de cada categoria de se organizarem em conjuntos normativos, que, em relação à globalidade do direito positivo, se apresentam como sistemas parciais (os institutos, as matérias, as divisões). Qualquer instituto, matéria, etc., é sempre e somente o resultado hermenêutico de todo o direito positivo. A interpretação ou é sistemática (a trezentos e sessenta graus) ou não é interpretação.²⁸⁴

Neste sentido, é importante destacar que essa interpretação sistemática, mesmo que considerando a relevância das normas constitucionais, deve considerar a forte incidência das legislações específicas, a fim de coibir o que Perlingieri descreve como “um alto grau de instabilidade na organização jurídica e uma notável incerteza jurídica”.²⁸⁵

Com efeito, principalmente no tocante às relações contratuais, é evidente a importância das legislações especiais, notadamente àquelas que preveem proteção às partes mais vulneráveis, bem como a teoria geral dos contratos, demonstrando a relevância do Código Civil.

²⁸³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 377.

²⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 210.

²⁸⁵ **Ibidem**, p. 576.

Diante desse mesmo entendimento afirma Perlingieri a importância da disciplina geral ao se considerar o Direito enquanto sistema, isto é, nas palavras do autor:

A “disciplina especial” não exclui certamente a sua inserção no sistema, mas antes, o pressupõe: não é possível individuar a disciplina de cada contrato sem colocá-lo na disciplina geral do contrato e, mais amplamente, no sistema representando pelo ordenamento jurídico globalmente considerado.²⁸⁶

Diante disso parece equivocada a ideia de que o Código Civil perdeu a base de “centro do direito privado”, em razão da descodificação e da constitucionalização, conforme expõe Monteiro Filho, ao afirmar que:

[...] perdeu o Código Civil de 1916, a partir do advento da Constituição de 1988, o *status* de “constituição do direito privado”, ou de “centro do sistema do direito privado”, como sucessivamente fora denominado, passando a ter função meramente residual dentro do ordenamento jurídico pátrio. Frise-se que com o advento do segundo Código Civil da história do Brasil, em 2020, em nada modifica tal ordem de considerações.²⁸⁷

Em verdade, é válido sempre lembrar que a análise das leis especiais necessita de um fundamento na teoria geral. Isso indica que a mais acertada interpretação é feita pelo diálogo das fontes, iluminadas pelos direitos fundamentais, presentes em todos os níveis do sistema jurídico.

Assim, como afirma Martins, o Código Civil continua sendo o centro do sistema do direito privado, isto é:

Evidentemente que o Código Civil perdeu a posição nobiliárquica que possuía, dado que era considerado o estatuto que dispunha sobre a totalidade de situações jurídicas privadas. Entrementes, não perdeu – e nem podia perder! – a condição de referência central do sistema, porque é através de sua presença que se dá a preservação da unidade e segurança do direito privado.²⁸⁸

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, enquadrando o Código Civil como norma indispensável mesmo dentro de uma legalidade constitucional, inclusive destacando a importância deste Código como garantidor de uma unidade dentro do direito privado e, mais

²⁸⁶ **Ibidem**, p. 366.

²⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje**. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

²⁸⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**, 2007. p. 75.

que isso, como diploma essencial à continuidade da vida civil, Martins-Costa, com apoio no pensamento do italiano Irti descreve que:

Como afirma Irti, hoje em dia o Código Civil reassume uma decisiva posição história, pois, acolhendo princípios, custodiando técnicas de disciplina e categorias ordenatórias, tem novamente “la responsabilità dell’ unità”, suprimindo a Constituição, que não pode a tudo prever e está mais fortemente sujeita aos azares da política, desenvolvendo então o Código a função de garantia e protegendo a continuidade da vida civil.²⁸⁹

Diante de tudo isso, o contrato existencial pode ser considerado como um tema “transversal” de direito público e privado, de modo que em sua hermenêutica deve se aproveitar todos os diplomas legais que possibilitem a promoção da pessoa humana, a indicar a nítida possibilidade de um constante diálogo entre as fontes. Cabe dizer que, nesta linha de raciocínio, não só o contrato deverá cumprir a sua função social (conforme art. 421 do Código Civil), mas também o patrimônio, enquanto propriedade presente nas relações contratuais, deverá também exercer essa função (consoante art. 5º, XXIII da Constituição Federal).

Neste sentido, valem lembrar as orientações dos autores Lorenzetti e Maximiliano, supramencionadas no item 2.4, segundo as quais se deve partir do fato e, logo após, das legislações mais setoriais pertinentes à situação, passando pela teoria geral dos contratos e, por fim, convergindo com os valores constitucionais.

Tudo isso se justifica, pois, ao classificar o contrato como existencial, parte-se da noção de que há certas situações fáticas de relação jurídica contratual que superam a mera negociação patrimonial. Dessa maneira, em determinadas relações jurídicas, “ao mesmo tempo em que se considera o contrato como instrumento de circulação de riquezas, há que considerá-lo, também, como instrumento de proteção de direitos fundamentais.”²⁹⁰

Tal situação evidencia ainda mais o fato de que, atualmente há a possibilidade do parceiro contratual ser entendido como titular de direitos fundamentais e, desse modo, deve ter a sua manifestação de vontade e desenvolvimento da personalidade garantidos pelo sistema jurídico. Neste sentido, “el contrato aparece en la posmodernidad relacionado con los ‘derechos humanos’ contenidos en las constituciones”.²⁹¹

²⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 110.

²⁹⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 98.

²⁹¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 466.

Vale lembrar que os direitos fundamentais, em especial àqueles direitos sociais, dispostos no art. 6º da Constituição Federal, são extremamente abstratos na normatização constitucional, vindo a ganhar concretude de fato nas situações contratuais corriqueiras do dia-a-dia das pessoas. Em outras palavras, todos os contratos que possuem como objetos direitos essenciais à vida humana digna, tais como àqueles que garantem os direitos sociais, são, na verdade, efetivações, em âmbito privado, de direitos fundamentais previstos na norma constitucional. Nessa linha de raciocínio, nas palavras de Ferreira e Martins:

Instituto exemplar de tráfego jurídico-econômico na evolução da dogmática privatística, o contrato representa no atual estágio da civilização, bem além do livro jogo econômico-liberal entre dois contratantes, ferramenta preciosa para a efetivação de direitos fundamentais sociais.²⁹²

É dizer que o contrato traz à realidade social àquilo que a Constituição idealizou no mundo do dever ser normativo. Exemplo claro quanto a isso pode ser visto no direito fundamental à saúde, uma vez que sendo direito fundamental expresso na Constituição, deve ser respeitado tanto pelo Estado quanto pelos particulares.

Neste sentido, ganha maior expressão de destaque os contratos, tão comuns na sociedade, de plano de saúde, de seguro saúde, de atendimento médico, hospitalar, de compra e venda de medicamentos, dentre outros; todos convergindo ao mesmo centro: a fundamentalidade do direito à saúde.

Entretanto, é preciso cautela ao determinar quais os contratos que merecem a tutela da hermenêutica proposta no presente texto, conforme será mais bem exposto no próximo capítulo. De antemão, já é cabível perceber que a noção de contrato existencial deve atrelar direitos fundamentais que positivem respostas materiais ou de existência, tais como vida, segurança e saúde (um mínimo vital), bem como conceitos materiais de inclusão e, consequentemente, garantia de vida digna, tais como os direitos a moradia, alimentação e educação.

Isso pois é sempre válido lembrar, principalmente ao restringir a hermenêutica do contrato existencial, que a autonomia privada também é direito fundamental que fundamenta as relações contratuais, inclusive as dos contratos interempresariais, diversos dos contratos existenciais, uma vez que são essencialmente com o intuito de lucro.

²⁹² FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, 2011, p. 265.

Conforme se percebe, fica nítida a relação de todos esses contratos com uma concreta efetivação dos direitos fundamentais, previstos nas normas constitucionais. Mais uma vez, neste ponto, vale destacar a importância das legislações especiais protetivas, bem como à própria normativa privada presente no Código Civil, como regulações que tutelam também os direitos fundamentais. Aliás, no tocante a abordagem contratual do Código Civil brasileiro de 2002, o argentino Iturraspe enfatiza que:

Es interesante recordar la reforma del Código Civil del Brasil, su nuevo Código de 2002, que al hablar del contrato (art. 421) expresa: “La libertad de contratar será reconocida en razón y en los límites de la función social del contrato”. Norma de máxima importancia. También los proyectos de reforma al Código Civil argentino contienen el reconocimiento de los “derechos fundamentales” o personalísimos, de varios de ellos, al menos.²⁹³

Esse mesmo autor argentino, ao trabalhar com a ideia de “Derecho Civil Constitucional”, afirma que entre outros aspectos sobressalentes, é possível destacar a tarefa, do direito privado “en orden a precisar los derechos fundamentales”.²⁹⁴

Não obstante, essa importância do direito privado em efetivar os direitos fundamentais fica mais evidente ainda ao considerar que a relação entre mercado e instituições, relação inerente às relações contratuais, representa o problema central contemporâneo.

Desse modo, é necessário sempre “a consciência de que protagonista dessa relação é e permanece o homem, como pessoa e não reduzido a consumidor ou produtor.”²⁹⁵ Nas palavras de Martins:

A questão tormentosa de análise, interpretação, integração dos contratos privados, bem como do sistema inerente, tem assento obrigatório não apenas em referência à circulação jurídico-econômica de riquezas, mas, prudentemente, no reconhecimento da pessoa, dos direitos fundamentais e situações jurídicas subjetivas existenciais como ponto da partida dogmática, considerando os “valores” identificados no plano contratual (*pessoa como gente*).²⁹⁶

²⁹³ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 36.

²⁹⁴ **Ibidem**, p. 137.

²⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999, p. 129.

²⁹⁶ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 277.

Neste ponto parece ainda mais relevante a afirmação de Noronha, segundo a qual o contrato deve ser compreendido como uma expressão de colaboração entre as pessoas, de modo que:

Como realidade social, o contrato é instrumento jurídico privilegiado das relações de intercâmbio de bens e serviços. E se, como realça o Prof. A. Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico é “o instrumento jurídico, por excelência, de colaboração entre os homens”, ao contrato, que sempre foi considerado o negócio jurídico por excelência, é que verdadeiramente caberá essa qualificação de “instrumento jurídico, por excelência, de colaboração entre os homens”.²⁹⁷

Diante de tudo isso se evidencia uma hermenêutica que considere, dentro das relações contratuais entre privados, nítidos direitos fundamentais que, como tais, exigem tutela e efetivação.

Neste sentido, superada a supracitada abordagem quanto à aplicação das normas fundamentais nas relações entre particulares, é cabível destacar que no tocante às situações jurídicas contratuais, naquelas em que há a necessidade do contrato se qualificar em existencial, a discussão a respeito da maneira como se incide as normas fundamentais perde, de certa forma, força. Conforme afirma Martins:

Enquanto a teoria constitucional parte para o estudo dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais proclamando a aplicação de tais dispositivos direta e imediatamente nas relações privadas, a proposta de nova taxinomia apresentada revela a extrema e intensa preocupação do direito privado, com sua dogmática própria, na tutela da pessoa humana e de seu mínimo existencial.²⁹⁸

Além disso, a discussão a respeito da medida de aplicação dos direitos fundamentais também é mitigada ao considerar que uma análise contratual contextualizada com a teoria geral dos contratos, em que há nítida influência dos princípios e das cláusulas gerais. Em verdade, essas normas são consideradas portas de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas, e uma vez contextualizadas com as demais leis especiais protetivas, tais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Adolescente e o CDC, por exemplo, dão pistas de que já garantem o mandamento constitucional de promoção da pessoa humana.

²⁹⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 100.

²⁹⁸ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 300.

Dessa forma, nas situações em que é possível a hermenêutica do contrato como existencial, conseqüentemente, deve haver a aplicação das leis especiais atinentes a matéria, sob pena de desconsiderar a importância dessas legislações na formação do sistema jurídico.

Diante de todo o mencionado, é possível perceber que, ao distinguir certas relações contratuais como existenciais dadas as peculiaridades que exigem uma hermenêutica protetiva e promocional da pessoa humana, tem-se, conseqüentemente, uma efetivação dos direitos fundamentais nessas relações contratuais privadas.

2.6 – Conclusões parciais

Ao analisar o tratamento do contrato existencial como uma forma de efetivação dos direitos fundamentais foi necessário, primeiramente, destacar quais as razões para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dessa forma, conforme exposto, foi possível perceber que, de uma maneira geral, a extensão das normas fundamentais às relações privadas surge como forma de combater os poderes privados, também violadores de direitos fundamentais, decorrentes em especial da sociedade brasileira extremamente desigual, principalmente como necessária tutela dos vulneráveis em suas relações contratuais.

Superados os fundamentos que justificam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, foi necessário expor as teorias que analisam a extensão da eficácia dessas normas fundamentais frente às relações jurídicas entre particulares, a saber, divergindo-se quanto a eficácia direta (imediate) ou indireta (mediata).

Além disso, visando evitar uma banalização do uso do argumento jusfundamental nas relações entre privados, sobretudo nas relações contratuais, foi indispensável propor uma reflexão que considerou que o direito constitucional e o direito privado existem em uma relação recíproca de complementação e dependência, em verdadeiro diálogo de fontes.

Tal situação ficou ainda mais evidente ao destacar que, no Brasil, há forte tendência de se defender a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, desconsiderando no estudo contratual, de certa forma, a importância das legislações especiais e, não obstante, da teoria geral dos contratos.

Nessa linha de raciocínio, demonstrou-se a possibilidade de se aplicar uma teoria intermediária, nos moldes da proposta por Canaris, que defende uma aplicação indireta das normas fundamentais, como regra, mas, havendo necessidade, pelo imperativo de tutela, aplicando-se diretamente o direito fundamental. Todo esse pensamento, logicamente, tem coerência com o já defendido diálogo das fontes, teoria que aparenta ser a mais coerente com o sistema jurídico brasileiro.

Por todo o mencionado, é possível perceber que a hermenêutica jurídica que diferencia o “contrato existencial” dos demais contratos, possibilitando a tutela e a promoção das pessoas humanas presentes na relação jurídica contratual, expõem indícios de se enquadrar como uma verdadeira ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas.

3- A CONCREÇÃO DO CONTRATO EXISTENCIAL

Considerando o já exposto contexto social, sob a lógica das alterações de paradigmas, em que o contrato existencial se justifica, bem como a importância dessa classificação de modo a se demonstrar como forma de efetivação de direitos fundamentais, é preciso, conforme se fará adiante, descrever, de fato, como se qualifica a relação jurídica contratual tida como “existencial”.

Com base nisso, inicialmente será feita uma breve abordagem do fundamento do contrato existencial, relacionando-o com a ideia de uma “virada kantiana” no direito privado. Em seguida serão demonstradas as diretrizes que iluminam os contratos no contexto atual e que justificam a classificação proposta, demonstrando a incidência dos princípios e das cláusulas gerais. Logo adiante será feita a aceção do contrato existencial, corroborando a preocupação da hermenêutica com a tutela da pessoa humana.

Superada essa abordagem inicial, principalmente diante da noção de que a hermenêutica baseada em princípios e cláusulas gerais pode gerar um grau de segurança jurídica mínimo²⁹⁹, passa-se a expor sobre os elementos estruturais que podem ser identificados a fim de enquadrar a classificação propugnada, a saber, o elemento objetivo, consistente na essencialidade do produto ou serviço presente na relação contratual, bem como a relação dessa ideia com a noção de indispensável existencial; o elemento subjetivo, enquanto presença da vulnerabilidade da parte a que se pretende proteção; o vínculo, a demonstrar a ausência de intuito de lucro pela parte a quem o contrato pode ser considerado essencial e, por fim, a forma, como verdadeira ferramenta de proteção do mais fraco. Após essa análise estrutural, justifica-se funcionalmente a taxonomia abordada, em especial com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Vale o destaque aqui que, com apoio em Fachin, considera-se hermenêutica não mero método de interpretação, mas sim, de fundamentação. Em outros termos, a hermenêutica contratual proposta fundamenta-se na ideia de que “como sustentação do próprio modo de ser do Direito Civil, se destina a construí-la teórica e pragmaticamente nos caminhos para a solução correta dos casos.”³⁰⁰ Neste sentido, afirma o autor que:

[...] verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 120.

³⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 116.

mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto. É assim que a permanente tensão dialética entre norma e o fato resulta na constante reinvenção e renovação do Direito, donde emerge uma pauta que pode, entre outros aspectos, ser composta de constatações, novas problematizações e desafios.³⁰¹

Diante disso, e com o intuito de encerrar de maneira satisfatória a concreção do contrato existencial, será importante expor os limites hermenêuticos dessa classificação, em especial considerando a necessária factualidade do contrato, a ser analisado nas minúcias do caso concreto, em busca da “ética da situação”³⁰², revelando, inclusive, a importância da atuação processual, na figura dos institutos e órgãos da justiça, enquanto promotores da tutela pretendida.

Essa é a meta que ora se persegue.

3.1 – Fundamento: a “virada kantiana” no direito privado brasileiro

Inicialmente é imperioso descrever o sentido da expressão “virada kantiana”, para, logo em seguida, refletir sobre esse fenômeno no âmbito do direito privado brasileiro. Desse modo, são relevantes os pensamentos de Torres, ao expor o que seria a passagem do positivismo (e também da jurisprudência dos conceitos) à jurisprudência dos valores.³⁰³ Neste sentido, o autor, citando Alexy, conclui que desse movimento há a passagem dos conceitos deontológicos aos conceitos axiológicos, que dão preferência pela justiça do caso concreto e pela argumentação.

Torres inicia a sua abordagem alegando que durante o positivismo havia uma nítida separação entre o Direito e a moral, descrevendo como fator relevante para o retorno dos valores à prática jurídica, em meados de 1946, a obra de Radbruch “Injusto legal e Direito supralegal”, de onde advém a conhecida “fórmula de Radbruch”. Radbruch afirmava que o direito, quando extremamente injusto, deve ceder lugar à justiça.

Adiante, Torres descreve como observação arguta a de Heidegger ao perceber que a partir de Kant a discussão da razão ética fundamental passou a se fundamentar em torno dos valores, considerando inclusive que o próprio dever-ser propugnado passou a demonstrar aquilo que em si mesmo tem um valor.

Neste sentido, é cabível perceber que o liberalismo e o Estado de Direito, em sua versão original, giravam em torno do valor da liberdade. Aliás, neste ponto, Kant, sobretudo

³⁰¹ **Ibidem**, p. 145.

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002, p. 87.

³⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p. 503-525.

ao tratar da vontade livre, alegava que esta se transformava em legislação universal, de modo a existir coincidência entre liberdade e legalidade. Ao exprimir sobre o próprio imperativo categórico – age como se a máxima de sua conduta possa transformar-se em lei universal – têm-se pistas de que para Kant era possível fazer coincidir a liberdade e a legalidade. Em linhas gerais, é possível identificar nessa ideia a base da teoria de Kelsen.

Porém, e já entrando de fato no que mais interessa para o presente estudo, no final do século XX, sob a denominação de “virada kantiana”, alguns filósofos, denominados neokantianos, passaram a descrever uma relação evidente entre ética e direito e a busca por valores. Torres afirma que a expressão foi empregada por O. Höffe, em meados dos anos de 1970, marcando uma reaproximação entre o direito e a moral.

Neste ponto, Torres afirma a importância dos pensamentos de Rawls, uma vez que este autor descreve um primeiro princípio fundamental de liberdade, porém, necessariamente complementado pelo princípio de justiça. Além de Rawls, destaque também para Dworkin, uma vez que nesta mesma linha de raciocínio, defende este autor a igualdade como princípio fundamental, conduzindo à possibilidade de equilíbrio entre direitos e justiça. Diante dessas ideias, é nítida a influência de Radbruch, posto que se passou a compreender que há um mínimo ético de justiça a atuar efetivamente sobre a ordem jurídica positiva. Com efeito, afirma Torres que:

Assim sendo, o mínimo existencial proclamado pelos princípios ligados aos direitos fundamentais e às condições mínimas da vida humana digna serve de limite à lei injusta e tem efetividade independente de prévia disposição legal e até, nos casos extremos, contra a norma jurídica positiva.³⁰⁴

Vale lembrar que é dentro desse contexto de aproximação entre Direito e moral, em especial nos princípios de justiça, que se destaca a objetividade dos valores, de modo a possibilitar a inserção destes, positivados como princípios, no ordenamento jurídico, a revelar, como expõe Nozick³⁰⁵, a importância da argumentação jurídica. Dessa maneira, defende Torres que:

Com efeito, a reaproximação entre ética e direito na dimensão normativa conduz a que os valores morais e o próprio direito natural se positivem sob a forma de princípios constitucionais e regras legais e jurisprudenciais, com a

³⁰⁴ **Ibidem**, p.511.

³⁰⁵ NOZICK, Robert. **Invariances. The Structure of the Objective World**. Apud. TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p.511.

intermediação dos princípios de legitimação (ponderação, razoabilidade, igualdade, transparência, etc.).³⁰⁶

Ora, é possível considerar a “virada kantiana” como expressão daquilo que se encontra acima de qualquer preço, como a pessoa humana, e como tal compreende uma dignidade³⁰⁷, justificando esse ideal como a própria finalidade do Direito? Mas qual é a relação dessa ideia de “virada kantiana”, de uma reaproximação entre direito e moral, por meio da positivação de valores, com o Direito privado brasileiro, sobretudo no que tange às relações contratuais?

A princípio é preciso considerar que a “virada kantiana” no Direito pode ser resumida ao direcionamento da pessoa humana ao epicentro do sistema jurídico. Com efeito, será feita uma abordagem pelo modo com que esse fenômeno se deu no ordenamento brasileiro, inicialmente, de uma maneira geral por toda a jurisdição pátria, para logo em seguida descrever a transformação no direito privado, seja por meio do Código Civil ou pela influência do Código de Defesa do Consumidor e demais leis especiais que alteraram substancialmente a hermenêutica contratual.

Desse modo, de uma maneira geral, Barroso descreve, como um dos marcos filosóficos de transformação jurídica brasileira, a aproximação entre o Direito e filosofia, dada pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste mesmo sentido, defende este autor que a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco teórico que justifica essa “virada kantiana” no Direito pátrio.³⁰⁸

Ora, nada mais notável do que perceber que a Constituição, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III, cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana³⁰⁹, fez um giro epistemológico, posicionando no centro do ordenamento jurídico a pessoa humana. Vale lembrar, conforme afirma Perlingieri, que “o princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado.”³¹⁰

³⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p.512.

³⁰⁷ Meireles, citando Kant, afirma que as pessoas não têm preço, e sim dignidade, de modo que “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” KANT, Immanuel. *Apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.301.

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro**. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

³¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999. p. 460-461.

Em razão disso, é possível perceber que diante do contexto de uma Constituição dotada de direitos fundamentais como a brasileira, o Direito privado, de uma forma geral, também passou a sofrer fortes influências da Carta constitucional e, não obstante, das próprias mutações da sociedade, que exigiam uma normatização privada mais condizente com os anseios democráticos, sociais e humanistas esculpidos na Constituição. Neste sentido, Meireles descreve que:

Por algum tempo, o estudo do direito civil se centrou no *ter*, enquanto o *ser* ficou marginalizado como categoria jurídica. Esta assertiva se baseia na observação dos institutos do direito civil, em sua maioria com objeto de teor nitidamente patrimonial. [...] [...] O vértice do ordenamento jurídico, todavia, não está no *ter*, mas no *ser*, quando se tem como valor máximo a tutela da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição da República que Gustavo Tepedino denomina de “verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”.³¹¹

Desse mesmo modo, conforme já exposto, vale lembrar Perlingieri, que ao descrever o Direito Civil inserido na legalidade constitucional, afirma que:

Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa [...].³¹²

Além disso, é notável que, conforme expõe Martins-Costa, é o Direito Civil “o Direito das pessoas que vivem na *cive*, trançando as regras aplicáveis às pessoas enquanto pessoas, dos ‘homens enquanto homens’, os quais se relacionam, no entanto, em necessária comunidade.”³¹³

Em outras palavras, é dizer que das mudanças no contexto social que ocasionaram a elaboração de uma nova Constituição, em verdadeira “virada kantiana”, também influenciaram mudanças nas normas de direito privado, enquanto “direito dos particulares como portadores de sua própria singularidade”.³¹⁴ Neste mesmo diapasão defende Tepedino que:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio –, qualificada na concreta relação jurídica em que se

³¹¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.01-02.

³¹² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 591.

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 131.

³¹⁴ **Ibidem.**, p. 131.

insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.³¹⁵

Desse modo, vale descrever, pois, que é dessa ideia de direito dos particulares que emerge o interesse na tríplice dimensão, a saber, do *ser* (direito da personalidade, direito pessoal de família), do *ter* (direito de propriedade) e do *agir* (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), não contrapostos ao dito interesse público por considerar que os sujeitos titulares desses direitos vivem na ordem civil.³¹⁶

Visto de outro modo, e mais especificadamente no tocante ao contrato existencial, é possível perceber que essa tríplice dimensão pode vir a se entrelaçar, de modo que o agir (contrato), o ter (produto ou serviço) e o ser (enquanto direito essencial ou existencial) se relacionam de forma tão intrínseca que acabam por se confundir. Pode-se citar como exemplo a compra de um medicamento essencial a manutenção da vida de um enfermo. É esse também o entendimento de Meireles, segundo a qual “o interesse pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumento para a realização de interesses existenciais ou pessoais.”³¹⁷

Diante disso, o Direito privado passa a enquadrar também a pessoa humana como fonte, em primeiro plano, de todo o seu ordenamento, praticando também uma verdadeira “virada kantiana”, do qual a teoria contratual não escapou.

Aliás, é importante destacar que Fachin defende uma “virada de Copérnico”³¹⁸ no Direito Civil brasileiro, a se caracterizar por uma passagem da estrutura à função, de uma migração externa da codificação privada à Constituição lastreada de direitos fundamentais, de um individualismo liberal à coexistência baseada no solidarismo, isto é, uma passagem de um Código-texto pronto ao Código por fazer ou refazer em sua normatividade, sob a luz dos direitos fundamentais, com alterações no tríplice vértice: propriedade, família e contrato.³¹⁹

Neste sentido, segundo Fachin, esses três pilares de base do Direito Privado - propriedade, família e contrato - passam por uma releitura que desloca a importância de uma perspectiva orientada no patrimônio e na abstração (o sujeito de direito como ser abstrato)

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

³¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 131.

³¹⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.23.

³¹⁸ “Virada de Copérnico” é a denominação dada por Fachin para basear sua teoria crítica do Direito Civil. É esse inclusive o nome dado ao projeto de pesquisa interinstitucional e interdisciplinar desenvolvido pelo autor no Núcleo de Estudos de Direito Civil do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 207.

³¹⁹ **Ibidem**, p. 57.

para outra racionalidade baseada no valor da pessoa humana (em sua dignidade, inserida na sua realidade enquanto situação).³²⁰ Corroborando com esse entendimento, Martins-Costa relembra o pensamento de Reale, ao afirmar que:

[...] o enfoque de Reale sobre a pessoa humana como “valor-fonte” de todo o ordenamento [...] [...] hoje adquire alargada dimensão pelo generalizado acolhimento, inclusive no plano da dogmática civilista, da ideia de “redescoberta”, “refundação” ou “renovação” do direito privado centrado justamente na alteração do seu eixo, que passa da esfera patrimonial à esfera existencial da pessoa humana, à qual é reconhecida, inclusive em patamar constitucional, essencial dignidade.³²¹

Neste mesmo diapasão é o pensamento de Perlingieri ao reconhecer a importância do primado dos valores da pessoa humana no âmbito do direito civil, segundo o qual:

[...] o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito civil possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista, fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.³²²

Em verdade, o Código Civil de 2002, fundado nas diretrizes de operabilidade, eticidade e socialidade, deu curso à ideia de funcionalização dos direitos, relativizando o Código Civil brasileiro de 1916 que se baseava em ideais especialmente patrimonialistas.

Assim, apesar de datar 1969 a formação da Comissão para reelaborar o Projeto de Código Civil, sob presidência de Miguel Reale, há evidências de que com o processo de redemocratização e, neste sentido com o advento da Constituição Federal, em 1988, fortaleceu-se a necessidade de promulgação de um novo Código Civil, contextualizado com a sistemática da Constituição, conforme Lisboa expõe que:

[...] com a decadência da República dos Gerais, sobreveio a redemocratização do país. A Presidência da República voltou a ser ocupada por civis. [...] [...] Promulgou-se, enfim, a constituição-cidadã de 05.10.1988, com uma plêiade de direitos fundamentais individuais e coletivos até então

³²⁰ *Ibidem*, p. 51.

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Direito e cultura: entre as veredas da existência de da história**. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181-182.

³²² PERLINGIERI, Pietro. **O a doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

não concebida pelo direito positivo brasileiro (art. 5º.). Os quatro primeiros artigos da Constituição Federal de 1988, que não poderia ser na década de 1970 imaginada pelos autores do anteprojeto ao Código Civil, estabelecem diretrizes a serem observadas pelo Estado, pela sociedade e aplicadas nas relações jurídicas de todas as áreas do direito, conforme as peculiaridades delas.[...] [...] Se na década de 1970 a preocupação de Miguel Reale e da comissão era a construção de um direito comum pautado pela socialidade, pela operabilidade e pela eticidade, garantindo-se as liberdades civis, pode-se dizer que as atenções do início do século XXI voltam-se para a defesa da dignidade pessoal nas variadas relações jurídicas, buscando-se através do acesso à informação ao desenvolvimento biopsíquico e à erradicação da pobreza.³²³

Martins descreve que essa observação de Lisboa é pertinente, pois justifica a ausência de alguns pontos interessantes no Código Civil promulgado em 2002, em razão da disparidade contextual do anteprojeto do novo Código, oriundo aproximadamente na década de 70, com a Constituição Federal de 1988 com. Mas ao mesmo tempo o próprio Martins afirma que essa codificação civil encontra-se apta para absorver os valores constitucionais e demais vindouros, uma vez que abandonou a metodologia de fixar padrões estritos de conduta decorrente do Código de 1916 e passou a normatizar por meio de diretrizes, cláusulas gerais e princípios.³²⁴

Aliás, o próprio Reale, ao rebater as críticas feitas ao Novo Código, de que este houvesse, de certa forma, “nascido” ultrapassado, em razão do longo período que ficou tramitando (aproximadamente da década de 70 até o ano de 2002, quando da promulgação), afirma que:

A prevalecer entendimento dessa natureza, um código jamais lograria ser aprovado, pois, sobretudo no mundo contemporâneo, a todo instante, surge a necessidade de novas leis aditivas, as quais devem ser objeto de legislação especial. A promulgação de um código não estanca o processo legislativo, sendo compreensível que ele poderá a qualquer tempo ser reajustado ou completado.³²⁵

Neste contexto, parece pertinente a afirmação de Fachin, segundo a qual “o Código se faz, não nasce feito”³²⁶, a indicar a importância da hermenêutica jurídica sistemática, baseada na ordem constitucional axiológica.

³²³ LISBOA, Roberto Senise. *Apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Civil, Ideologia e pobreza: Temas Relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. Atlas 2012, p. 38.

³²⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Civil, Ideologia e pobreza**, 2012, p. 39.

³²⁵ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 15-16

³²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 56.

Diante disso, no novel Código, além do fundamento evidentemente humanista, destaque para a função social de seus institutos, a qual alterou substancialmente a análise das relações contratuais.³²⁷ Aliás, neste ponto, é cabível o pensamento de Tepedino segundo o qual a funcionalização dos institutos de direito civil se deve a necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana.³²⁸ Neste mesmo sentido, Martins afirma que:

Em verdade, o direito civil ao longo dos século XX adotou postura de conteúdo mais sociável em abandono à proteção meramente individualista de origem romana, o que contribuiu sobremaneira na evolução humanista dos códigos e leis de cunho privado, instrumentalizando medidas de equidade e justiça, conforme verificado no último movimento recodificador civil brasileiro.³²⁹

Com efeito, no tocante à função social é interessante o pensamento de Meireles no ponto em que a autora, com escopo em Perlingieri, defende a possibilidade, no direito privado, de situações que têm função social e, ademais, outras situações jurídicas que são a própria função social. Nas palavras da autora “assim ocorre com as situações existenciais, as quais não *têm* propriamente função social por que *são* a função social (grifo da autora).”³³⁰

Desse modo, nas situações existenciais fica nítido que não há linha divisória entre o interesse individual e o coletivo ou social, uma vez que afeitas à tutela da pessoa humana, não havendo no ordenamento jurídico pátrio fim social maior que este. Tal destaque é importante para justificar uma maior interferência do poder judiciário, inclusive a permitir, por exemplo, a atuação do Ministério Público, enquanto instituição defensora dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 127 da Constituição Federal de 1988.

Ainda assim, ao considerar o caráter humanista do Código Civil de 2002, de salto qualitativo no tocante à garantia dos direitos fundamentais, é inegável a influência do pensamento de Reale, sobretudo na primazia das situações existenciais sobre aquelas meramente patrimoniais. Conforme afirma Martins-Costa:

[...] sendo o Coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto um filósofo e humanista do porte de Miguel Reale, é natural que o texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais e patrimoniais entre as pessoas,

³²⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do contrato: novos princípios contratuais**, 2007

³²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

³²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Civil, Ideologia e pobreza**, 2012, p. 37.

³³⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.43.

portadoras que são da especial dignidade que, agora, a própria Constituição Federal lhe reconhece.³³¹

Neste mesmo sentido, tratando dessa primazia dada pelo Direito privado à pessoa humana, defende Tepedino que “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.”³³² Com efeito, dessa primazia humana, situando a pessoa nas peculiaridades de sua subjetividade, afirma Martins-Costa que:

Contudo, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.³³³

No tocante às relações contratuais, de maneira mais específica, é relevante destacar, como um dos expoentes dessa “virada kantiana”, a imposição prevista no art. 170 da Constituição Federal de 1988, a qual, tratando da ordem econômica, estabelece como fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, isto é, segundo Nalin, a normatização do sistema “ordoliberal”.³³⁴ Diante disso, fica evidente que as situações patrimoniais se submetem a promoção da pessoa humana, conforme aponta Meireles, numa prevalência do *ser* ao *ter*, caso exista conflito, de modo que:

Verifica-se, assim, que o constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como valor maior do ordenamento, uma vez que estabelece a existência digna como finalidade da ordem econômica, submetendo as situações jurídicas patrimoniais a um juízo de merecimento de tutela, somente alcançado se o seu escopo for o de promover a dignidade humana.³³⁵

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 132-133.

³³² TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais**. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

³³³ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, p. 132.

³³⁴ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**, 2006. p. 123.

³³⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.01-02.

Ademais, vale lembrar que nem todas as pessoas possuem situações patrimoniais a serem protegidas (crédito, propriedade etc.), entretanto, são comuns a qualquer pessoa humana as diversas situações existenciais e que, por consequência, exigem tutela (vida, saúde, honra etc.)³³⁶. Tal fato dá indícios de que, sob essa ótica, o vértice do direito privado só pode estar contido no *ser* em supremacia ao *ter*. Segundo Fachin, esses são embates “que interessam de perto ao coração do Direito Civil, à pessoa em sua dimensão real e concreta, na realização de seus legítimos interesses existenciais”.³³⁷ Parece ser esse também o entendimento de Perlingieri, ao afirmar que:

Nisso consiste o nexó incindível entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários, na medida em que “invioláveis” são os direitos do homem e “inderrogáveis” são os deveres de solidariedade econômica, política e social; e na medida em que as situações patrimoniais – empresa, propriedade, contrato – não podem deixar de ter uma função socialmente relevante e, sobretudo, não podem deixar de se realizar em conformidade aos valores da pessoa humana.³³⁸

Neste sentido, por mais que dentre as relações econômicas, das quais o contrato ganha grande destaque, exista a livre iniciativa, essa liberalidade deve estar em consonância com diversos princípios, nitidamente de caráter sociais e humanistas, como a função social da propriedade e a tutela do consumidor. Prossegue Perlingieri defendendo que:

“No que diz respeito ao exercício da iniciativa econômica privada, tanto o ato concreto singular, quanto a sequência de atos entendidos unitariamente, devem ser submetidos a um juízo de valor por parte do ordenamento, e isto não apenas em chave econômica, mas à luz dos interesses existenciais [...]”.³³⁹

Aliás, é relevante salientar também que dentre os direitos fundamentais, presentes no art. 5º, há o inciso XXXII, que prevê o dever estatal de, na forma da lei, promover a defesa do consumidor. Obviamente, a relação da defesa do consumidor com a tutela das situações existenciais é nítida, posto que na atual sociedade de consumo “a única possibilidade de identificação como homem é mediante o consumo”.³⁴⁰ Em outros termos, na atual sociedade

³³⁶ *Ibidem*, p.XVIII.

³³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 75.

³³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 521-522.

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p. 769.

³⁴⁰ BARCELONA, Pietro. *Apud* FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 110.

brasileira, “consumir é condição de existência digna na sociedade de consumo de massas contemporâneas”.³⁴¹

É necessário ressaltar que para Azevedo todos os contratos de consumo são existenciais³⁴², porém, respeitando ao pensamento deste autor, referência para o presente trabalho, no contexto social contemporâneo, essa abordagem parece não ser mais correta. Em outras palavras, em uma realidade de consumismo como a atual têm-se indícios de que muitas relações, em que pese serem de consumo, não tem nenhuma relação com necessidades essenciais das pessoas humanas. Nesta direção, é possível citar como exemplo o fenômeno da “ostentação”, ou a compra de um carro evidentemente de “luxo”³⁴³, em nítida relação contratual de consumo, entretanto, fora das características que permitam a hermenêutica existencial.

Desse modo, é relevante repetir que a hermenêutica do contrato existencial não se confunde com contrato de consumo. Mesmo sendo a grande maioria dos contratos existenciais também de consumo, é imperioso ficar claro, mais uma vez, que nem todos os contratos de consumo tratam de situações existenciais, conforme será melhor exposto adiante.

Superada essa consideração relevante, é possível destacar a importância do Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, como lei de ordem pública e de interesse

³⁴¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**, 2014. p. 45.

³⁴² Afirma o autor que: “São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.” In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (parecer) **Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireta). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato.** In AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 356

³⁴³ Processo civil. Direito do consumidor. Aquisição de veículo automotor. Alegação do consumidor de que comprou determinado modelo, pensando ser o mais luxuoso, e de posterior constatação de que se tratava do modelo intermediário. Ação proposta um ano após a aquisição. Decadência. Desnecessidade de se aguardar o término do prazo de garantia. Alegado inadimplemento do dever de informação, pelo vendedor, que se insere no âmbito do contrato de compra e venda. - O início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) se dá após o encerramento da garantia contratual. Precedentes. - A postergação do início da contagem desse prazo, contudo, justifica-se pela possibilidade, contratualmente estabelecida, de que seja sanado o defeito apresentado durante a garantia. - Na hipótese em que o consumidor não adquire bem propriamente defeituoso, mas alega ter se enganado quanto ao objeto adquirido, comprando o automóvel intermediário em vez do mais luxuoso, não há, necessariamente, qualquer defeito a ser corrigido durante o prazo de garantia. A decadência para pleitear a devolução da mercadoria, a troca do produto ou o abatimento do preço, portanto, conta-se, sendo aparente a diferença entre os modelos, da data da compra. - A inversão do ônus da prova pressupõe hipossuficiência (técnica, jurídica ou econômica) ou verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor. Os costumes comerciais indicam que a parte interessada na aquisição de um automóvel de luxo costuma buscar, ao menos, as informações quanto aos modelos existentes. A prática também indica que todos os modelos disponíveis, notadamente os mais caros, sejam apresentados ao comprador. Não há, portanto, verossimilhança na alegação de que a concessionária omitiu do consumidor a informação sobre o modelo luxuoso. Também não há hipossuficiência do consumidor uma vez que: (i) não é economicamente fraca a parte que adquire automóvel de luxo; (ii) não há desequilíbrio técnico ou jurídico se o comprador adquire o automóvel pelo convênio mantido entre a montadora e Associação de Magistrados. Recurso especial conhecido e improvido In: STJ - REsp: 1021261 RS 2008/0001328-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2010.

social, sendo diploma legal de caráter predominantemente humanista, a defender o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, conforme art. 4º do próprio Código.

Diante do CDC, expõe Benjamin que “[...] sem consumidor não há sociedade de consumo, sem está não há mercado e sem mercado não há contratação massificada. Assim estudar e regular o *status* contratual do consumidor é, em último caso, afetar a grande maioria dos contratos firmados no cotidiano do mercado.”³⁴⁴ Neste sentido, Marques descreve que:

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/1988), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.³⁴⁵

Não poderia ser diferente, afinal, a proteção dada ao consumidor parte da tendência do direito privado, sob a ótica dos direitos fundamentais, em promover a proteção dos vulneráveis. Aliás, o reconhecimento da fraqueza e consequente tutela de determinadas pessoas em suas situações peculiares são inerentes à própria determinação nitidamente social do atual direito privado. Nessa linha de raciocínio, Marques e Miragem descrevem que:

[...] a evolução histórica do direito civil, do direito comercial e do direito internacional privado de Roma ao Code Civil de 1804, e no Brasil até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, no que poderíamos também denominar caminhos de nascimento do novo direito privado no Brasil. Nasce como espécie de direito privado, cuja característica marcante é a proteção da pessoa humana, valor que inspira e reforça, especialmente, o reconhecimento e proteção entre todos, dos mais fracos, os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea.³⁴⁶

³⁴⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio a: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 12.

³⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p. 21.

³⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p. 21.

Em verdade, em decorrência especialmente da promulgação do CDC, ocorreu a chamada “renovação da teoria contratual”³⁴⁷, como uma verdadeira mudança de mentalidade³⁴⁸ no trato contratual, que trouxe às relações privadas um caráter mais ético e humano. Em outras palavras, o direito contratual apresentou novos princípios³⁴⁹, como verdadeiras cláusulas gerais, que se aliaram ao lado dos princípios clássicos, sobretudo sob a incidência dos valores de promoção da pessoa humana e do solidarismo nas relações intersubjetivas, em busca da já mencionada “ética da situação”.

Com efeito, destaca Bruno Miragem que “A influência da regulação jurídica do CDC acerca dos contratos de consumo é decisiva para toda a teoria dos contratos no direito privado brasileiro e comparado. O direito do consumidor sedimenta, pois, uma nova concepção social do contrato”³⁵⁰.

Assim, conforme já exposto, ganham maior relevância na prática contratual civilista os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, como elementos que demonstram uma nova realidade no trato das relações contratuais.³⁵¹

Diante do exposto, é preciso perceber que o contrato além de servir como ferramenta básica para a típica atividade econômica, de transferência de riquezas, sob a ótica de uma nova realidade contratual, passou também a ser um instrumento jurídico essencial para a efetivação de diversos direitos fundamentais, isto é, o contrato privado, ainda mais quando trata da cobertura de necessidades básicas à vida de um dos contratantes, “humaniza-se”.³⁵²

Neste ponto, fica evidente a relação com a ideia de “virada kantiana” no direito privado brasileiro, não obstante, ao considerar a classificação propugnada, o próprio contrato enquanto “existencial” revela uma aproximação do direito com o valor da justiça. Com efeito, expõe Marques que:

É a proteção da pessoa humana que orienta o novo direito privado. [...] a ênfase do novo direito privado é o destaque a dimensão existencial da

³⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 58.

³⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **A boa-fé na formação dos contratos**. In Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 87, São Paulo, 1992, p. 79-90.

³⁴⁹ Apesar de grande parte dos civilistas afirmarem o surgimento desses princípios como novos no contexto da promulgação do CDC e do Código Civil de 2002, é preciso atentar-se que, em verdade, o Direito Romano já previa como mandamentos do Direito os seguintes ideais: i) dar a cada um o que é seu; ii) não lesar ninguém; e iii) viver honestamente. Diante disso, têm-se pistas de que esses princípios tidos como “novos” são tão somente uma releitura das bases contratuais, evidenciando valores que se tornaram necessários para melhor medida de justiça na relação jurídica.

³⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**, 2014. p. 234.

³⁵¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002.

³⁵² FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011.

peessoa, de seus interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica (veja-se nesse sentido, a revalorização dos direitos da personalidade), da sua afetividade (e suas repercussões jurídicas, especialmente no direito de família – ou das famílias).³⁵³

Diante de todo o exposto, reafirma-se que em razão da tutela da pessoa dentro do ordenamento, em nível constitucional ou infraconstitucional, por leis gerais ou especiais, é notável de certa forma uma “virada kantiana” no direito brasileiro, dando ainda maior relevância a atuação, a nível de direito privado, das cláusulas gerais e dos princípios, conforme passa-se a expor.

3.2 – As diretrizes fundamentais: cláusulas gerais e princípios

Inicialmente é válido lembrar que estudo contratual clássico, sob a égide do Estado Liberal, se preocupava principalmente com questões formais, exigindo que o negócio jurídico tivesse existência, validade e eficácia. Em outras palavras, por uma análise estruturalista do contrato, de cunho liberal e individualista, a atenção era voltada especialmente à preservação e ao cumprimento da autonomia da vontade, como expressão do direito quase absoluto de liberdade, sendo que a essencialidade para as partes do objeto contratado pouca relevância possuía.

Ainda assim, durante esse período, os fundamentos que regiam as relações contratuais eram baseados em um espírito individualista e liberal, propondo a autonomia da vontade de maneira quase absoluta, ramificando-a em princípio da liberdade contratual ampla, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade de seus efeitos perante terceiros.³⁵⁴ Era essa a base que fundamentava a teoria contratual do Código Civil brasileiro de 1916.

É dizer que, em verdade, esse modelo de estrutura jurídica liberal individualista e estrutural com o tempo revelou as desigualdades reais³⁵⁵ que ficavam ocultas no relacionamento negocial³⁵⁶, ou seja, as vontades declaradas nas relações contratuais nem

³⁵³ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p. 80.

³⁵⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

³⁵⁵ Interessante a exposição de Fachin, criticando a abordagem meramente técnica e estrutural, de modo que “exemplos não faltam de contratos lícitos, sem vícios formais nem defeitos, que geram, na execução, o aniquilamento de uma das partes, as quais, em tese, na contratação, estavam em igualdade de condições. Fechar os olhos a esse ponto corresponde a olhar mal um quadro de deformidade.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 54.

³⁵⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do contrato: novos princípios contratuais**, 2007, p. 36.

sempre eram reais, posto que, muitas das vezes, eram reflexo de imposições da parte que tinha posse de maiores informações e poder econômico.

Desse modo, conforme já exposto, esse entendimento, com fundamento basicamente liberal, não podia prevalecer no contexto posterior aos movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX, sob pena de transformar o negócio jurídico em mero jogo econômico entre as partes. É dizer que a “excelência técnica do Código de 1916, unanimemente reconhecida, não mais se mostrava suficiente para justificar a sua permanência”.³⁵⁷

Vale lembrar mais uma vez a marca relevante do Código Civil de 2002: “modificar o princípio básico do individualismo, que marcou o Código de 1916, pelo princípio da socialidade”.³⁵⁸

Tal alteração firmou-se em consonância com as previsões da Constituição Federal em 1988, posto que um dos aspectos mais evidentes de aproximação do ordenamento brasileiro com a moral, na forma de valores, como verdadeira “virada kantiana”, conforme supramencionado, foi a positivação e consideração da força normativa dos princípios.

Obviamente a Constituição Federal, fundada em direitos fundamentais, é dotada de diversos princípios, os quais trazem para dentro do ordenamento jurídico, enquanto sistema, os valores que permeiam e orientam a sociedade, a compor, conforme já mencionado, nos dizeres de Canaris, uma ordem axiológica-teleológica.³⁵⁹

É seguindo esse raciocínio que se pode descrever a lógica hermenêutica do direito privado contemporâneo. Em verdade, o Código Civil de 2002, como lei geral das relações privadas, preservou, como questão central, a sistematização, da qual a unidade é uma premissa. Ainda assim, esta unidade não pode ser considerada apenas um pressuposto formal de validade das normas hierarquicamente arrançadas, mas sim, uma verdadeira constatação do princípio da igualdade enquanto justiça material.³⁶⁰

Além disso, o direito privado, coerente com o pensamento culturalista de Reale³⁶¹, se formou com base na abertura, condizente com um sistema dialético, problematizante, aberto e plural. Segundo Canaris, é necessária a adequação valorativa dos princípios jurídicos pelos

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 89.

³⁵⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

³⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2012. p. 66.

³⁶⁰ **Ibidem**, p. 18.

³⁶¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil**, 2002. p. 38.

princípios do sistema, de modo que aos conceitos fechados perpassa uma valoração segundo a ordem principiológica, garantindo-se a abertura do sistema e, em decorrência, a preservação de sua unidade.³⁶²

Sob essa ótica, Martins-Costa defende que o direito privado é dotado de uma diretriz sistemática, que garante a sua unidade lógica e conceitual, visando um mínimo de segurança jurídica, porém, também caracterizado por ser um sistema aberto e móvel, especialmente em razão da linguagem que emprega, permitindo uma constante incorporação e solução de novos problemas, seja por via da jurisprudência, seja por via do legislador, responsável pela tarefa de elaborar progressivamente leis especiais para complementar o Código Civil.³⁶³

Neste sentido, Reale afirma que o novo Código Civil foi elaborado para que a comunidade jurídica ou os operadores do direito tenham papel ativo na determinação das normas jurídicas, enquanto diacrônicas, consubstanciando um sistema aberto.³⁶⁴ Ressalta, portanto, que este Código exige dos aplicadores jurídicos maior participação, a indicar ainda maior importância à hermenêutica.

Com efeito, os princípios e cláusulas gerais³⁶⁵ ganham maior importância na hermenêutica jurídica, afinal, Martins-Costa descreve, ainda na vigência do Código Civil de 1916, a importância das cláusulas gerais do direito privado, como ferramenta de mobilidade do sistema jurídico.

Dessa maneira, a autora qualifica o código civil como “eixo central”³⁶⁶ do sistema jurídico de direito privado, tendo a sua flexibilização e vivificação através do emprego das

³⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2012. p. 83.

³⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 117.

³⁶⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil**, 2002. p. 53.

³⁶⁵ Em que pese haver autores, como Judith Martins-Costa e Fernando Martins, que diferenciam os princípios das cláusulas gerais, o presente trabalho optou por tratar esses dois institutos como sinônimos, por entender que tal fato não altera a compreensão das ideias expostas no texto, com apoio na obra de Jorge Júnior. In: JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41. De qualquer forma, é cabível citar a interessante diferenciação entre valor, princípio e cláusula geral feita por Giorgio Oppo, conforme cita Fernando Martins, segundo o qual: “valor, como ideal civil ao qual se inspira o ordenamento e melhor a ordem jurídica; princípio como assunção na forma preceptiva de tal valor; e cláusula geral como núcleo do princípio de critério de conduta.” In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**, 2007. p. 98.

³⁶⁶ Martins-Costa descreve que a expressão “eixo central” é de Clóvis de Couto e Silva, indicando justamente um aspecto “não totalitário” do Código, mas sim uma função de centro do sistema das relações entre particulares, ligado as suas “margens”, ou seja, às leis aditivas, à realidade social, econômica e cultural. MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 117.

cláusulas gerais³⁶⁷, e assim, convidando a atividade judicial a se tornar um processo mais criador, isto é, nas palavras da autora:

Neste sentido, o código, tido como “centro” do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva das ‘cláusulas gerais’. Estas têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, neste sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no § 242 do CC, notadamente no que diz respeito à construção de um ‘direito justo’ em matéria contratual.³⁶⁸

Ora, conforme a autora defende, em razão da linguagem que emprega, percebe-se na atual codificação privada um sistema de janelas abertas, de modo que:

Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros

³⁶⁷ O professor Humberto Theodoro Júnior alerta quanto ao uso excessivo das cláusulas gerais. Neste sentido, afirma que “a adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem, é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco, evidentemente, permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.141-142. Em contrapartida, João Batista Herkenhoff, citando o espanhol Recaséns Siches, sustenta que o juiz, ao determinar qual a norma aplicável ao caso concreto, deve utilizar critérios objetivos. Estes critérios são, sobretudo, os valores inerentes à própria ordem jurídica positiva, considerada em sua totalidade, levando em conta os textos legais, as valorações em que a ordem jurídica, em determinado momento, se baseia, bem como aos efeitos práticos que essas valorações produzem no caso concreto. Dessa maneira, o Direito deve ser sempre um ensaio de direito justo e, sendo mais flexível, será também mais compatível com a vida humana e seu ineditismo. Portanto, no tocante à discussão sobre a segurança jurídica, trincheira dos que pugnam por um direito silogístico e matemático, não há procedência em pedir segurança absoluta ao Direito, haja vista que nem mesmo a vida humana é dotada desta segurança. In: HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política**. - ed., ver., ampl. e atualizada. - Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista dos Tribunais, vol. 680, Jun. 1992, p. 47.

ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas”.³⁶⁹

Aliás, nunca é demais lembrar que esses princípios e cláusulas gerais mantêm estreita ligação com os direitos fundamentais e com os mandamentos constitucionais, isto é, são como “pontes que o ligam [o Código] a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e as avenidas, bem trilhadas, que vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”.³⁷⁰ Neste mesmo sentido, Lôbo afirma que a humanização efetiva das soluções jurídicas privadas, a partir dos casos concretos, a muito se deve à ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.³⁷¹

Com efeito, Perlingieri explica que as cláusulas gerais não possuem valor axiológico autônomo e completo, porquanto são normas de reenvio, verdadeiras vias de mão dupla, isto é, devem ser preenchidas por valores presentes na realidade social em consonância com princípios de relevância hierarquicamente superiores.³⁷² Inclusive, a esse respeito, expõe Marques que:

As cláusulas gerais, como normas abertas que são, necessitam de uma concreção utilizando os direitos fundamentais, daí que são vetores da aplicação dos direitos fundamentais. Assim, quando hoje se concretiza a boa-fé, não podemos de deixar de considerar a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais.³⁷³

Nesse ponto, é imperioso reconhecer que, pelo que tudo indica, são as diretrizes básicas da elaboração do Código Civil de 2002, a saber, “eticidade, socialidade e operabilidade”³⁷⁴ que justificam e qualificam os princípios e cláusulas que operam no sistema jurídico privado.³⁷⁵ Desse modo, é necessário fazer uma breve descrição de cada uma dessas características, especialmente relacionando-as com a ideia de “contrato existencial”.

³⁶⁹ COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 118-119.

³⁷⁰ **Ibidem**, p. 118.

³⁷¹ LOBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

³⁷² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008. p.239.

³⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 2014. p. 255.

³⁷⁴ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**, 2003. p. 75.

³⁷⁵ Neste ponto vale o destaque feito por Duque ao demonstrar a possibilidade de convergência do direito privado à constituição, em especial ao destacar às três diretrizes fundamentais citadas, isto é, nas palavras do autor: “A ideia de convergência agrega, de certa forma, aquilo que foi definido por Miguel Reale como a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.” DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 401.

Sendo assim, inicialmente, a eticidade se dá, especialmente, por meio da positivação do princípio da boa-fé objetiva. Reale afirma que:

Como se vê, ao elaborar o projeto, não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o princípio de causalidade próprio das ciências naturais, nas quais, aliás, se reconhece cada vez mais o valor do problemático e do conjetural. O que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam. Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento.³⁷⁶

Em verdade pode-se observar que uma das mais destacadas características do sistema jurídico privado é a valorização dos pressupostos éticos na ação das pessoas, valorizando a boa-fé objetiva, em seus diversos comportamentos anexos, como a confiança, a honestidade, a probidade e a lealdade. Dessa concepção decorre o “dever geral de colaboração que domina todo o Direito das Obrigações”.³⁷⁷

Vale lembrar que o próprio Reale, ao descrever o art. 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, o qualifica como “um artigo chave do Código Civil”, isto é, segundo o autor, como norma fundante que dá sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema.³⁷⁸

Ademais, é possível perceber que o CDC, ao positivar a boa-fé como princípio fundamental a ser preservado nas relações de consumo, representou um giro epistemológico, a enquadrar esse princípio como modelo de comportamento no sistema jurídico brasileiro, em especial nas relações contratuais, conforme expõe Martins-Costa:

Nas relações contratuais o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa de deveres de comportamento pautado por um específico *standart* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé que reveste todo o iter contratual.³⁷⁹

Neste mesmo diapasão exposto, Tomasevicius, citando o professor Azevedo, defende que, nos contratos existenciais, a incidência da boa-fé objetiva, especialmente no seu sentido

³⁷⁶ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998, p. 26.

³⁷⁷ COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 134.

³⁷⁸ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**, 2003. p. 75.

³⁷⁹ COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 135.

positivo, exigente de deveres anexos de conduta, é, consequentemente, mais intensa, isto é, segundo o autor:

Antonio Junqueira de Azevedo afirmou o seguinte: "A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do CC/2002 (LGL\2002\400), tem um primeiro nível, negativo e elementar, comum a todo e qualquer contrato, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, varia conforme o tipo de contrato. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de "contratos existenciais" (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira mais geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os 'contratos empresariais'. Essa nova dicotomia, que defendemos, 'contrato existencial/contrato empresarial', é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra 'contrato' sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de 'contrato paritário/contrato de adesão' esteve para o século XX. ³⁸⁰

Além disso, outra diretriz essencial ao Código Civil de 2002 é a da socialidade, de modo que procurou-se superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior valorizando a função social em todos os institutos do direito privado, a saber: na família, no contrato, na propriedade, na posse, na responsabilidade civil, na empresa e no testamento.

Com efeito, é possível perceber um enquadramento das normas privadas dentro do contexto de vida comunitária, aliás, como consequência decorrente da previsão constitucional estabelecendo como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, e, além disso, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.³⁸¹

Essa funcionalização se dá de maneira mais nítida nas relações contratuais, com a previsão no art. 421, do Código Civil, segundo o qual "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." Conforme reiteradamente descrito por

³⁸⁰ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. **Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras**. Revista dos Tribunais. Vol. 940. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 49

³⁸¹ Conforme expõe Marmelstein "[...] sob a égide da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do art. 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil. Lá está escrito claramente que o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, demonstrando inegável compromisso com a transformação da sociedade. É a própria Constituição, como norma suprema de todo o ordenamento, que está dizendo isso." In: MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 65.

Reale, o princípio da função social do contrato advém dos imperativos constitucionais da função social da propriedade e, além disso, da justiça como fundamento para a ordem econômica.³⁸²

No tocante à função social dos contratos, é relevante a afirmação de Fachin, segundo o qual: “Desde há muito defendemos que quem contrata não contrata mais apenas com *quem* contrata, e que quem contrata não contrata mais apenas *o que* contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos”.³⁸³

De uma maneira geral, é imprescindível reconhecer que a função social do contrato associada a outros princípios, sobretudo a boa-fé, manifesta-se como expressão da equidade, em especial nos casos concretos em que há nítida presença do contrato existencial, à título de exemplo, quando relacionados aos denominados direitos fundamentais sociais, como a saúde, educação e moradia.

Encerrando, a última diretriz destacada por Reale é a de operabilidade, que visa a realizabilidade, de modo que citando Jhering, o “Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa [...] [...] é como chama que não aquece, luz que não ilumina.”³⁸⁴

Em verdade, a operabilidade descrita por Reale pode ser compreendida em duas vertentes. A primeira vertente reside na linguagem utilizada no Código Civil de 2002, uma vez que, diferentemente do formalismo e da “impecável estrutura idiomática”³⁸⁵ do Código de 1916, o novel Código prezou por um caráter culturalista da linguagem, concebendo uma relação inseparável entre forma e conteúdo.

Neste sentido, a adequação técnica se deu de modo a preservar a “certeza, segurança, clareza e precisão dos enunciados normativos, dirigidos que são a normatizar a ‘constituição do homem comum’”.³⁸⁶ Com efeito, Reale chega a descrever a confusão terminológica que existia entre a prescrição e decadência³⁸⁷, de modo a destacar a importância de suprimir essas incoerências no novel Código.

Dessa maneira, a operabilidade pode ser descrita também como a busca de um Direito Civil concreto, efetivo, baseado em linguajar prospectivo, projetado ao futuro, por

³⁸² REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p.32.

³⁸³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. XIII.

³⁸⁴ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998, p. 35.

³⁸⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil**, 2002. p. 53

³⁸⁶ **Ibidem**, p. 53

³⁸⁷ REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**, 1998, p. 38.

meio de normas abertas, de cláusulas gerais e de conceitos legais indeterminados localizados estrategicamente.

Não obstante, em consonância com essas normas abertas, é possível perceber que a positivação de uma parte geral do Código Civil induz a existência de “leis aditivas”, conforme Martins-Costa explica:

A expressão é de Miguel Reale e diz respeito à própria metodologia empregada pelo novo Código, que, não pretendendo tudo enrijecer em seu texto, supõe a emissão, no correr do tempo, de leis que complementem, com maior flexibilidade inclusive no tocante ao processo legislativo, naqueles campos de vida mais suscetíveis à alterações constantes.³⁸⁸

Diante disso, é possível perceber que a parte geral do Código é responsável, especialmente, por manter a unidade do sistema, permitindo que o mesmo seja construído de maneira centralizada, “mediante a dedução lógica entre os conceitos de maior grau de generalidade ali postos, e os institutos (casos ou espécies) versados na parte especial”³⁸⁹, de modo que a parte geral pode conduzir a outras aceções de sistema, em especial, por meio do diálogo entre as fontes. Como se percebe, mais uma vez a utilização das cláusulas gerais apresenta sua importância, afinal, consoante expõe Martins-Costa:

Por esta razão, a técnica utilizada foi a das cláusulas gerais, que permitem tanto a ligação intra-sistemática (entre normas do próprio Código) quanto a conexão intersistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva).³⁹⁰

Além do mais, a segunda vertente da operabilidade reside na superação da abstração das normas previstas no Código em direção à hermenêutica jurídica que considere as peculiaridades do caso concreto, em busca da “ética da situação”. Inclusive, a esse respeito, afirma Martins-Costa que:

A concretitude, ou concreção jurídica, significa “a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar”. Em outras palavras, constitui “a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado”. É a dimensão da operabilidade porque viabilizando a “ética da situação” pela concreção dos modelos abertos, logra-se a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem alterar a sua letra, evitando assim, os males da

³⁸⁸ COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 93.

³⁸⁹ **Ibidem**, p. 97.

³⁹⁰ **Ibidem**, p. 99.

inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos Códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do “direito vivente”.³⁹¹

Inclusive, descrevendo a importância da alteração dos “modelos” contratuais, Iturraspe parece defender também essa ideia de busca pela “ética da situação”, uma vez que defende que na análise contratual não deve mais ser considerada a pessoa como ente abstrata, mas sim, a pessoa “de carne e osso”, conforme expõe o autor:

Y lo que es muy importante, de una contratación que se mostraba como celebrada entre personas “abstractas”, meras entelequias, imaginadas, se llega, en el microsistema que nos ocupa y preocupa, a otra personas de carne y hueso, cuyas realidades preocupan al legislador.³⁹²

Como se nota, todas essas diretrizes mencionadas dão fundamento para as cláusulas gerais e princípios presente no direito privado brasileiro, tais como a boa-fé, a função social, que são indispensáveis à interpretação do contrato dito como existencial. Em verdade, o contrato enquanto existencial pressupõe, acima de tudo, vida digna, da qual os comportamentos de reciprocidade e solidariedade entre os parceiros contratuais são essenciais. Neste sentido, expõem Ferreira e Martins que “a adaptação a esse giro axiomático foi bastante perceptível com o advento do Código Civil de 2002 quando no plano das diretrizes adotou a ideia tripartite da operabilidade, eticidade e socialidade, no âmbito privado”³⁹³, uma vez que permitiu a inserção do contrato no cenário de solidarismo ético.

Vale lembrar que a fim de efetivar a tutela pretendida pelo “contrato existencial” dar-se destaque aos novos princípios contratuais, tais como a boa-fé, a função social e a justiça contratual. Entretanto, as bases clássicas do período liberal individualista não podem ser descartadas das interpretações contratuais, isto é, esses novos princípios, ao invés de eliminarem, somam aos antigos, conforme ensina a professora Teresa de Negreiros:

Não parece acertado afirmar que os novos princípios são meramente subsidiários, e por isso não justificariam uma reformulação nas bases da teoria contratual como um todo; tampouco seria acertado afirmar-se que a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social fizeram desaparecer os princípios clássicos. Nem uma nem a outra dessas hipóteses, postas assim, em termos absolutos, poderia ser confirmada.³⁹⁴

³⁹¹ *Ibidem*, p. 122.

³⁹² ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 331.

³⁹³ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 282.

³⁹⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 30.

Neste sentido, considerando o Direito como um sistema “complexo”³⁹⁵, há indicativos de que a ciência jurídica encontra-se inserida em um pluralismo, em que novos e velhos princípios convivem simultaneamente. Em razão disso, é com base no caso concreto que se define a aplicação preponderante dos princípios clássicos ou dos contemporâneos da boa-fé, equilíbrio econômico e função social. Vale sempre lembrar que a “centralidade do caso” é o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.³⁹⁶

Superada essa exposição do fundamento, com base na “virada kantiana” no direito privado e, além disso, indo além das diretrizes fundamentais que solidificam a taxonomina destacada, já é possível partir para a conceituação e descrição de fato do “contrato existencial”, conforme se segue.

3.3 – Acepção do contrato existencial

Consoante reiteradamente exposto é possível afirmar que o direito privado é cada vez mais interligado aos caminhos traçados na Constituição Federal, ou seja, preocupado com a preservação dos direitos fundamentais das pessoas.³⁹⁷ É diante dessa situação que o professor Azevedo propôs uma nova dicotomia contratual, própria do século XXI e condizente com o contexto de pós-modernidade, a saber, “contrato existencial *versus* contrato de lucro”. Segundo este professor, é preciso uma análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, de modo que haja uma distinção entre relações patrimoniais e existenciais, uma vez que, sendo relações dicotômicas, exigem interpretações diferenciadas. Assim, ensina o jurista:

[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI – porque essas duas categorias contratuais não deve ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas.³⁹⁸

³⁹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil.** In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação.** In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

³⁹⁷ Claudia Lima Marques, citando o professor Erik Jayme, afirma que “os direitos fundamentais seriam as novas ‘normas fundamentais’, e estes princípios constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos” In MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2011, p. 265.

³⁹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo.** Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.9, n. 34, abr./jun. 2008, p. 304.

Como se nota, a proposta de distinguir o “contrato existencial” dos demais tipos de contratos se revela como ferramenta para que esse negócio jurídico seja instrumento de satisfação de necessidades básicas da pessoa contratante. Isto é, o “contrato existencial” pretende tornar como critério relevante na hermenêutica a função exercida pelo contrato em relação à esfera existencial da pessoa contratante.³⁹⁹

Destaca-se que a proposta de distinção de uma espécie contratual com vistas à melhor medida de justiça já foi bastante discutida pela doutrina civilista ao tratar do “contrato de adesão”. Em verdade, o contrato de adesão representou sob vários olhares uma ruptura com a ordem contratual dita clássica e, conforme ensina a professora Negreiros, uma mudança do ponto de vista da análise contratual:

Assim, mesmo que se divirja acerca dos fatores a serem levados em conta como determinantes da debilidade do aderente, o fato é que a categoria em si do contrato de adesão é já uma inequívoca expressão de como a desigualdade entre os contratantes, outrora irrelevante, se transformou em um ponto de referência para a imputação de efeitos jurídicos da maior importância. De fato, em torno da figura em exame gravitam uma série de reflexões que têm como principal objeto a definição de práticas abusivas ligadas a esta forma de contratação.⁴⁰⁰

Aliás, destaca o professor Azevedo a importância em evidenciar-se a dicotomia entre os contratos empresariais (de lucro) e os contratos existenciais, ao afirmar que essa diferenciação, em termos de relevância, está para o século XXI assim como esteve, para o século XX a dicotomia entre contratos paritários e de adesão, isto é, nas palavras do autor:

Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa nova dicotomia [contrato existencial/contrato empresarial]; ela é operacional e está para o século XXI, como a de “contrato paritário/contrato de adesão” esteve para o século XX.⁴⁰¹

Vale lembrar que o contrato de *standart* foi um modelo contratual criado pelos operadores econômicos e normatizado pelo Direito. Em outros termos, na contratação por

³⁹⁹ Neste mesmo sentido expõe Perlingieri sobre a função do contrato no pleno desenvolvimento da pessoa humana. Conforme o autor: “Um emprego ulterior do instrumento contratual em novos setores, contrariamente às teorias que preconizam a sua ‘morte’, mostra a sua idoneidade para realizar utilidades econômicas mediante sacrifícios não diretamente patrimoniais, mas compatíveis com o pleno desenvolvimento da pessoa.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999, p. 386.

⁴⁰⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 370.

⁴⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato.** In: Revista dos Tribunais. vol. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115.

adesão houve uma adequação do Direito a uma criação procedimental da Economia.⁴⁰² Neste sentido, têm-se pistas de que o “contrato existencial”, em verdade, é uma adequação do Direito às situações existenciais, em que a discussão contratual não tem preço mas sim valor (o que o dinheiro não compra⁴⁰³).

Visando melhor compreensão da acepção do contrato existencial, o presente trabalho distinguiu o perfil estrutural (“como é”, ou seja, os elementos que o identificam) do perfil funcional (“a que serve”, isto é, qual a função dessa hermenêutica dentro do sistema jurídico brasileiro), conforme se segue.⁴⁰⁴ Vale lembrar que, diante dessa distinção, persegue-se a segurança jurídica da exposição estrutural da hermenêutica proposta e, também, preocupa-se com a justificação desta, nos moldes do que já alertou Bobbio, “da estrutura à função”.⁴⁰⁵

Ainda assim, é preciso ficar claro que a análise feita de maneira fragmentária, separando o caráter estrutural do funcional, se fundamenta por questões metodológicas, a fim de facilitar a compreensão. Tal observação é importante posto que, nas situações existenciais, sujeito e objeto, e estrutura e função, muitas das vezes, se confundem.⁴⁰⁶

3.3.1 – Caráter estrutural: os elementos

Inicialmente é imperioso reconhecer, com apoio em Ferreira e Martins, que ao contrato existencial é cabível também a análise estruturante do negócio jurídico, a saber, por meio dos planos da existência, validade e eficácia.⁴⁰⁷

Ensinam esses autores, de maneira sucinta, que, no tocante ao plano da validade, é possível enfatizar o princípio da boa-fé objetiva, enquanto ensejadora de *performance* revitalizadora dos contratos existenciais; e ao plano da eficácia destacar o princípio da função social, de modo a evidenciar uma hermenêutica pautada pelo solidarismo contratual.

⁴⁰² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2011. p. 32.

⁴⁰³ SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado**, 2012.

⁴⁰⁴ Essa distinção foi espelhada na concepção feita por Meireles no tocante às situações jurídicas subjetivas patrimoniais das não patrimoniais, de modo que a própria autora descreve a inspiração vinda de Femia e Perlingieri. In: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.22-23.

⁴⁰⁵ Nesta mesma linha de raciocínio é interessante o pensamento de Fachin ao trabalhar com as “transições do Direito Civil” e afirmar que “São nas dissonâncias que o Direito Civil, de modo especial se reabre como possibilidade para os contratos, as propriedades e as famílias, ainda que (necessariamente) dentro de seus limites. Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura à função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para os princípios constitucionais como normas vinculantes.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 49.

⁴⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999, p. 764.

⁴⁰⁷ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 288.

Entretanto, é em especial no plano da existência que reside o “tônus vital” do contrato existencial, essencialmente nos elementos “objeto” e “agente”, os quais ganham, à proposta taxonomia, caráter especialíssimo.

Dessa maneira, entende o professor Azevedo como “contrato existencial” aquele firmado entre pelo menos uma pessoa natural (ou sendo jurídica, sem finalidade lucrativa), e que tenha o objeto contratual caracterizado pela subsistência desta parte.⁴⁰⁸

Com efeito, é importante ficar claro que “os contratos existenciais no que respeitam produtos ou serviços destacam-se por conter em plano subjetivo predisponente geralmente desumanizado (empresa, operadora, concessionária, empregador e fornecedor habitual) e aderente pessoa natural”⁴⁰⁹, em especial, em situação de nítida vulnerabilidade.

Em outras palavras, deve ser observada a presença de pelo menos uma pessoa humana ou jurídica sem fins lucrativos (agente) e de um bem ou serviço ligado à ideia de essencialidade à vida dessa parte contratante (objeto), posto que deve haver ausência de lucro como razão fundante do trato negocial. Neste aspecto, destaca-se ainda mais a necessidade de proteção da parte contratual mais fraca.

Quando se utiliza do parâmetro de “ausência de lucro” deve-se perceber que o objeto a ser perseguido pelo contrato leva em conta a subsistência de uma das partes, ou seja, assim como ocorre nos contratos de atendimento à saúde, saneamento básico, energia elétrica, acesso à moradia, à educação, ao trabalho e aos meios de comunicação, dentre outros. São situações em que o objeto contratual é considerado essencial para a preservação dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana, por ora, parte contratual, ou seja, justificado pelo direito fundamental a uma vida digna.

É importante destacar que o presente estudo optou pela utilização da denominação “contrato existencial” dada pelo supracitado autor Azevedo em razão da adequação da terminologia à finalidade pretendida pela classificação, qual seja, destacar a necessidade e importância de certos contratos à existência digna de determinada pessoa humana, bem como, considerando Direito como ciência, a necessidade de uma terminologia capaz de possibilitar o entendimento e a consequente aplicação nos casos concretos.

⁴⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil – V. 45 (jan./mar. 2011) Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 103

⁴⁰⁹ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 280.

Entretanto, é imperioso reconhecer que a professora Negreiros⁴¹⁰, partindo das observações de Perlingieri⁴¹¹, já havia criticado as classificações contratuais adotadas pela doutrina, propondo o que a autora denominou de “paradigma da essencialidade”. Para esta autora, os juristas se preocupam demasiadamente com os aspectos formais do contrato, como o tempo de duração, a quantidade de partes ou modos de manifestação da vontade, sem dar a devida atenção ao essencial da relação negocial, qual seja, o bem contratado, especificadamente, à sua maior ou menor utilidade existencial.⁴¹²

Neste sentido, destaca Negreiros que um contrato de compra e venda de uma joia, por exemplo, pode ser considerado igual, sob a ótica da teoria contratual clássica, a um contrato de compra e venda de um remédio. Entretanto, ao inserir o direito privado no contexto contemporâneo de tutela da pessoa humana, esses dois tipos de contratos não podem ser examinados sob o mesmo patamar.

Diante do exposto, é relevante evidenciar que o presente texto, por meio da análise sistêmica do Direito e por meio do diálogo de complementariedade permitido pelos ensinamentos da dogmática civilista supracitados, pretende propor reflexões focadas na ideia do contrato como um instrumento verdadeiramente humanista⁴¹³ de tutela das pessoas reconhecidamente (hiper)vulneráveis.⁴¹⁴

Isso significa que, para o presente trabalho, entender-se-á como “contrato existencial” àquele firmado entre pelo menos uma pessoa humana (ou pessoa jurídica⁴¹⁵ sem fins lucrativos), em situação subjetiva de vulnerabilidade (aspecto subjetivo), e que tenha como objeto contratual (aspecto objetivo) algo inerente à subsistência digna dessa pessoa humana, isto é, à sua utilidade essencialmente existencial (ausência de lucro), nitidamente em um vínculo contratual em que a manifestação de vontade da pessoa é mitigada, exigindo, consequentemente, maior proteção.

⁴¹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002.

⁴¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999.

⁴¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, 2000, p. 93

⁴¹³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁴¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012.

⁴¹⁵ Vale citar que, contrariamente ao que propõe o presente texto, Perlingieri afirma não ser possível aplicar, seja por analogia, seja de maneira indireta, as situações existenciais que encontram justificação no desenvolvimento da pessoa humana às pessoas jurídicas. In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 772.

3.3.1.1 - Objetivo: a essencialidade

Visando melhor compreensão da distinção proposta, primeiramente, pretende-se descrever a necessidade de determinar os aspectos objetivos que compõe o contrato existencial, ou seja, determinar em quais situações o objeto contratado enquadra-se na classificação sugerida.

A princípio, é imperioso perceber que, ao tratar de “objeto”, o presente estudo abordará tanto as situações em que há, na relação jurídica, uma negociação de um produto ou de um serviço, de modo que “objeto” a que se refere é a ideia ampla de elemento do contrato.

Feitas essas primeiras considerações, já é possível afirmar que, ao analisar uma determinada negociação contratual, com base numa noção axio-teleológica⁴¹⁶ do sistema normativo brasileiro, pode-se perceber que o objeto em discussão não deve ser sempre levado em consideração pura e simplesmente pela sua significação patrimonial.

Isso quer dizer que um contrato de financiamento de uma casa essencial à sobrevivência de uma determinada família, por exemplo, não pode ser analisado sob a mesma ótica que interpretaria um contrato de financiamento de um carro de luxo.

Destaca-se que esse tratamento diferenciado ao bem imóvel residencial imprescindível à entidade familiar já possui previsão expressa no ordenamento brasileiro, a saber, pela Lei 8.009/90, a qual discorre sobre a “impenhorabilidade do bem de família”. Consoante expõe Cortiano Júnior, “assim, de uma forma ou de outra, o prédio residencial passa a ter importância pelo que é concretamente – lugar de moradia – e não pelo que possa significar abstratamente enquanto possibilidade de mercadoria.”⁴¹⁷

Neste sentido, é essencial a observação de Perlingieri, ao evidenciar a necessidade do direito privado levar em consideração, em especial por meio da tutela, as situações existenciais. Assim, afirma o autor italiano que:

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não tem caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial.⁴¹⁸

⁴¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**, 1996.

⁴¹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161-162.

⁴¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 760.

Diante do mencionado, é relevante destacar que não se pretende de maneira exaustiva determinar quais são os objetos que, uma vez contratados, formam por si só uma relação contratual existencial. Decretar, de forma absoluta, esse tipo de dogma tornaria a distinção proposta no presente texto totalmente ineficaz no contexto de uma sociedade pós-moderna, de alta comunicação e complexidade, em momento de verdadeira “crise”⁴¹⁹.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Perlingieri infere que “nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências das pessoas que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva”.⁴²⁰ Em seguida, o mesmo autor afirma que, mesmo assim, não há impedimento para que o ordenamento preveja autonomamente algumas expressões mais qualificantes, como o próprio direito à saúde, ao estudo e ao trabalho por exemplo.

É oportuno descrever que Ferrajoli preocupou-se com alguns bens que, para o autor, são fundamentais, em razão das necessidades e dos interesses vitais das pessoas. Neste sentido, o autor classifica como bens fundamentais os i) bens personalíssimos, consistentes em direitos passivos em rígida imunidade, como os órgãos do corpo humano; ii) bens comuns, relativos aos direitos de todos aceder ao seu uso e gozo, como o ar, o clima e outros bens ecológicos necessários à humanidade; e, por fim, iii) bens sociais, os quais são objeto de direitos sociais à subsistência e à saúde, como a água, os alimentos básicos e os medicamentos essenciais.⁴²¹

Como se nota, são especialmente os bens fundamentais classificados por Ferrajoli como “bens sociais” que despertam a necessidade de serem tutelados nas relações contratuais. Com efeito, este autor afirma que “a estipulação destes direitos como direitos fundamentais à sobrevivência é um fenômeno relativamente recente, afirmados nas constituições do século passado graças à mudança de sentido do mais importante dos direitos humanos: o direito à vida.”⁴²²

Desse modo, é possível perceber no sistema jurídico brasileiro evidências de alguns temas que, notadamente, são essenciais à vida humana digna. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, ao prever os direitos sociais e fundamentais (uma vez inseridos Título II da Carta Magna), em seu Art. 6º, descreve que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

⁴¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2015, p. 163.

⁴²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 765.

⁴²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58.

⁴²² **Ibidem**, p. 74.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.” São esses direitos que, conforme Marmelstein, “funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.”⁴²³

Como se não bastasse, a Constituição, ao positivizar o direito dos trabalhadores ao salário mínimo, em seu art. 7º, inciso IV, expressa algumas necessidades básicas que devem ser supridas por essa base salarial, a saber:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Ainda assim, é possível perceber na Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, a definição de algumas atividades essenciais e de atendimento inadiável, em razão das necessidades sociais, sendo válido destacar em consonância com o presente trabalho, consoante expressa o art. 10, “o tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis”, bem como a “assistência médica e hospitalar” e a “distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos”.

Com efeito, é possível deduzir desses dispositivos, inclusive com algumas repetições enfatizadoras, que os contratos privados que tenham como objeto de negociação algum produto ou serviço relacionado com moradia, alimentação, educação, saúde (medicamentos e assistência médica e hospitalar), fornecimento de água, energia elétrica e saneamento básico, possuem boas chances de comporem a distinção que se pretende, isto é, qualificarem o contrato como “existencial”.

Não obstante, é possível identificar algumas pistas também no Código de Defesa do Consumidor ao dar primazia por situações existenciais. Neste sentido, é expresso no Art. 22. deste Código que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” Conforme este dispositivo legal, à título de exemplo, é possível notar na jurisprudência a indenização por demora injustificada na restituição de fornecimento de energia elétrica.⁴²⁴

⁴²³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 48.

⁴²⁴ APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. DEMORA INJUSTIFICADA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E

Ainda assim, ao trabalhar com a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, o Art. 18. do Código de Defesa do Consumidor, no § 3º, prevê a possibilidade do consumidor fazer uso imediato das alternativas do § 1º do mesmo artigo, isto é, a i) a substituição do produto por outro da mesma espécie; ii) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada; ou iii) o abatimento proporcional do preço; sempre que se tratar de produto essencial. Para exemplificar, conforme indica a jurisprudência, é a possibilidade de uso das prerrogativas do art. 18, §1º na situação de vício em um fogão, enquanto item essencial à manutenção da vida humana (relacionado à alimentação adequada).⁴²⁵

Seguindo esse mesmo raciocínio, é possível identificar indícios no Código Civil da preocupação em tutelar na relação contratual a essencialidade do objeto contratado. Em outras palavras, destaca-se o art. 548 do Código de 2002, ao determinar a nulidade da doação de todos os bens, desconsiderando o necessário à subsistência do doador. Com respeito a isso, Fachin reflete que, da mencionada determinação legal:

[...] se pode inferir que a ordem jurídica, ao vedar mediante regra cogente cuja violação comina com nulidade absoluta, a auto-redução à miserabilidade, faz emanar princípio que, também, obsta a instauração de estado de paupérrimo por qualquer meio, voluntário ou forçado, judicial ou extrajudicial, de interesse público ou privado. Ali se garante o direito fundamental à subsistência e veicula princípio geral que não se restringe à hipótese anunciada.⁴²⁶

CONTÍNUO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CF E ARTS. 14, §§ 1º E 3º E 22 DO CDC. MOTIVO DE FORÇA MAIOR NÃO VERIFICADO. DEVER DE INDENIZAR. Proposta a demanda indenizatória contra empresa prestadora de serviço público, o regime a ser aplicado é o da responsabilidade civil objetiva, sendo desnecessário perquirir a respeito da culpa do causador dos danos. Incidência do art. 37, § 6º, da CF e dos arts. 14 e 22, parágrafo único, do CDC. Contudo, ainda que objetiva a responsabilidade, o dever de indenizar pode ser afastado se demonstrada pela ré a existência de uma das excludentes do art. 14, § 3º, I e II, do CDC ou, ainda, de caso fortuito ou força maior. Ausente prova da efetiva extensão do temporal que atingiu o Município em que residem o consumidor, inviável reconhecer o motivo de força maior como excludente da responsabilidade civil da concessionária do serviço público. A demora injustificada para restabelecer o fornecimento de energia elétrica na unidade consumidora da parte autora impõe à concessionária do serviço público essencial o dever de indenizar danos morais daí decorrentes. DANOS MORAIS "IN RE IPSA". Independem de prova os danos morais no contexto verificado nos autos, eis que se tem por caracterizados "in... re ipsa". ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Observância dos parâmetros utilizados pelo Colegiado em situações similares. APELO DESPROVIDO DE PLANO, COM FULCRO NO ART. 557, "CAPUT", DO CPC. (Apelação Cível Nº 70066699182, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 29/09/2015).(TJ-RS - AC: 70066699182 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 29/09/2015, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2015)

⁴²⁵ INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. FOGÃO. PRODUTO ESSENCIAL. POSSIBILIDADE DE USO IMEDIATO DAS ALTERNATIVAS DO ART. 18, § 1º DO CDC. DANO MORAL INOCORRENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005618822, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 10/09/2015). (TJ-RS - Recurso Cível: 71005618822 RS, Relator: Cleber Augusto Tonial, Data de Julgamento: 10/09/2015, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/09/2015)

⁴²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 2.

Com efeito, é interessante a observação do Claudio Godoy a respeito das condições necessárias para a preservação de uma vida minimamente digna, segundo o qual:

Ora, ninguém há de duvidar que, mesmo regido pelo direito privado, o contrato que os tem por objeto, o fornecimento de luz, água, gás e coleta de esgotos seja pressuposto indispensável à preservação de uma vida minimamente digna do indivíduo e de sua família. Aliás, pese embora a obviedade da asserção, a jurisprudência já cuidou de assentá-lo inclusive do ponto de vista do direito à saúde, um daqueles chamados direitos da personalidade, cuja fonte axiológica é a dignidade humana, garantida com os serviços em tela.⁴²⁷

Aliás, com base em observação semelhante, o professor Tomasevicius, ao analisar a aplicação da função social do contrato na doutrina e na jurisprudência, afirma que:

Quanto às questões de mérito referentes à aplicação desse princípio [função social do contrato], os casos mais frequentes são aqueles relacionados aos direitos sociais, como a saúde, educação e moradia, assim como nos casos relacionados aos direitos fundamentais das pessoas. Assim, pode-se remeter à distinção proposta por Antônio Junqueira de Azevedo sobre contratos existenciais e contratos empresariais.⁴²⁸

Vale lembrar, neste mesmo diapasão, e corroborando para a importância de identificar o contrato existencial, que as necessidades humanas, em uma sociedade com certo grau de complexidade, tem uma nítida relação com a interdependência social, mesmo que aparentemente indiquem se tratar de necessidades estritamente individuais. Em outras palavras, Robles afirma que:

A inserção do indivíduo na sociedade pode ser explicada também em termos de necessidades humanas. Sabemos, por experiência, que o homem é um ser induzido a determinados imperativos que ele considera necessários para viver. Algumas dessas necessidades, como o alimento, o vestuário e a moradia, têm caráter absoluto [...] [...] são necessidades absolutas sem cuja satisfação o homem não pode viver. [...] [...] Todas as necessidades humanas, mesmo aquelas que poderiam parecer estritamente individuais, são necessidades sociais, porque todas elas exigem, para sua satisfação, uma resposta social.⁴²⁹

⁴²⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função Social do contrato: novos princípios contratuais**, 2007, p. 180.

⁴²⁸ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. **Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras**. Revista dos Tribunais. Vol. 940. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 49

⁴²⁹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**, 2005. p. 35.

Ainda assim, é interessante a distinção feita pelo professor Iturraspe, segundo a qual existem os bens vitais, sem os quais os humanos não podem viver, tais como o alimento e a moradia; e os bens necessários à dignidade humana, como a educação e a cultura; bens necessários à qualidade de vida (lazer), à tranquilidade ou a segurança, etc.⁴³⁰

No mesmo viés dessas observações, a professora Negreiros oferece as reflexões sobre o “paradigma da essencialidade”, defendendo que:

[...] parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza na medida em que demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana: alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e higiênico estão entre os bens [...] [...] indispensáveis ao atendimento das necessidades humanas básicas.⁴³¹

Essa mesma autora, prosseguindo na sua abordagem quanto à essencialidade de alguns bens, utilizou a diferenciação feita pelo Código Civil entre as benfeitorias, a saber, necessárias, úteis e voluptuárias. Para a autora, assim como as benfeitorias podem ser qualificadas quanto à sua relação de utilidade com o bem principal, os objetos contratuais podem ser classificados quanto à sua utilidade existencial à pessoa humana contratante, isto é, em relação às necessidades da pessoa. Neste sentido, destaca a doutrinadora o instituto supramencionado do “bem de família”, afirmando que “em nenhuma outra classificação o elemento funcional ganha maior importância do que em se tratando do bem de família”.⁴³²

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o professor Azevedo, discorrendo também sobre a impenhorabilidade do bem de família, alarga as possibilidades de respeito às condições mínimas de existência, isto é, nas palavras do autor:

Justificam-se, pelo mesmo espírito de respeito às condições mínimas de vida, inúmeras normas como as de impenhorabilidade (especialmente os incisos II, IV, VI, VII e X do art. 649 do C.P.C., ou seja, impenhorabilidade das provisões para manutenção por um mês, salários, instrumentos profissionais, pensões e imóvel rural até um módulo), a proibição de doar todos os bens (23), as que dão direito a alimentos, as que prevê em estado de necessidade (24), as que concedem direito real de habitação e as que isentam o benefício do seguro de vida das obrigações ou dívidas do segurado⁴³³

⁴³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Apud. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**, 2000, p.9

⁴³¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 405.

⁴³² Ibidem. p. 428.

⁴³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista USP, São Paulo. n.53, março/maio 2002, p. 98.

Logo, Negreiros conclui que, a depender da relevância do objeto contratado à satisfação das necessidades existenciais da pessoa humana contratante, a hermenêutica dessa relação jurídica deve ser diferenciada, sob a luz do “paradigma da essencialidade”, de modo que o direito dos contratos se curva perante as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade. Nesses termos, infere a autora que:

O paradigma da essencialidade constitui-se em um método de compreensão do mundo contratual sob a luz de um novo critério de classificação, de acordo com o qual os contratos finalizados à satisfação de necessidades existenciais devem ser diferenciados daqueles outros contratos cujo objeto seja a utilização ou a aquisição de bens não essenciais à pessoa humana enquanto tal.⁴³⁴

Em verdade, nas situações em que o objeto contratual se demonstra essencial, o contrato relaciona-se mais com a ideia de “ser” (e por isso existencial) do que com a sua função meramente patrimonial (o “ter”). Neste sentido, Cortiano Júnior defende que :

Não se trata, então, de uma titularidade abstrata sobre coisas que se abstraem porque mercadorias, mas uma titularidade funcional, dirigida à manutenção da dignidade da pessoa humana, e exercitável sobre coisas concretas por têm importância concreta para o homem. [...] Estes olhos devem enxergar que as coisas de que o homem se apropria servem para realizar o homem, e não para serem realizadas no homem.⁴³⁵

Ora, ainda assim, é relevante perceber que, para uma classificação que visa maior tutela humana da pessoa, é preciso deixar claro que não só a observação do objeto contratado deve ser feita, afinal, o foco deve ser dado à pessoa contratante, em suas necessidades existenciais. A própria professora Negreiros faz essa observação, ao afirmar que “a essencialidade do bem deve ser considerada como fator determinante na vulnerabilidade da parte que contrata a sua utilização ou aquisição”.⁴³⁶

Sendo assim, superada essas reflexões a respeito da essencialidade do bem contratado, é importante esclarecer que, para a classificação do contrato em existencial, conforme pretende o trabalho, é preciso estar presente também o elemento subjetivo consistente na vulnerabilidade agravada da pessoa que se propõe tutelar. Neste sentido, para

⁴³⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 473.

⁴³⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163

⁴³⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 474.

a tutela das pessoas, não pode haver dualidade entre sujeito e objeto, isto é, nas oportunas considerações de Perlingieri:

Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fatispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, tantos bens, em situações isoladas [...].⁴³⁷

Por todo o mencionado, é adequada exposição de Ferreira e Martins, uma vez que, “em suma, a essencialidade: o cunho patrimonial da prestação (quantitativo) enseja espaço à intangibilidade da pessoa”⁴³⁸. Sendo assim, torna-se imprescindível, visando uma respeitável conceituação estrutural do contrato existencial, descrever os critérios subjetivos que, dentro da ideia de elementos, fundamentam a hermenêutica proposta.

3.3.1.2 – Subjetivo: a vulnerabilidade e a “ética da situação”

Superada a discrição dos aspectos objetivos que compõe o “contrato existencial”, consistente na essencialidade do objeto contratado, resta relevante fazer breves considerações a respeito do aspecto subjetivo da distinção proposta, de modo a evidenciar a vulnerabilidade agravada da pessoa humana que se faz parte no contrato.

De maneira bem geral, a identificação da vulnerabilidade é uma técnica legislativa que permite regras especiais de proteção, uma vez constatada fraqueza ou debilidade específica em determinada pessoa, que lhe retira o patamar de igualdade nas relações jurídicas.

Em outras palavras, a vulnerabilidade indica um sinal de desequilíbrio na pessoa em sua situação jurídica, de modo a fundamentar um tratamento diferenciado de tutela. Neste ponto, é possível perceber que:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do

⁴³⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional, 1999, p. 764.

⁴³⁸ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 274.

legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.⁴³⁹

Neste sentido, a professora Claudia Lima Marques afirma que o surgimento de microssistemas específicos de proteção, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e até mesmo o CDC, estão ligados ao “paradigma da diferença, da igualdade/igualização dos desiguais” isto é, da necessidade de tutelar de forma desigual os desiguais.

Tal fato é tendência mundial, comprovada pelos inúmeros tratados de direitos humanos que tutelam os vulneráveis em determinada situação: crianças, idosos, consumidores, trabalhadores, portadores de necessidades especiais, etc. Vale lembrar que:

Realmente, muito haveria a dizer sobre a proteção dos pobres e analfabetos, dos locatários (que aqui, como na Alemanha da época, não recebem a mesma proteção dos outros consumidores), das mulheres e dos trabalhadores, por sua fraqueza estrutural e histórica, assim como, no Brasil de hoje sobre a proteção especial dos negros, dos índios, dos homossexuais e transexuais, dos estrangeiros, dos migrantes e dos asilados, vulneráveis e/ou discriminados por uma série de fatos. Todos estes, em algum momento, são “mais fracos” e merecem proteção ou prestações positivas e ações afirmativas do Estado.⁴⁴⁰

Ainda assim, é possível perceber que, em determinadas situações pessoais, há uma soma de fatores de vulnerabilidade, configurando a hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada).⁴⁴¹ O próprio CDC já menciona essas situações em seus artigos 37, §2º (publicidade abusiva aproveitando da imaturidade das crianças) e 39, IV (situações de fraqueza e ignorância agravadas).⁴⁴²

Em outras palavras, a hipervulnerabilidade é um agravamento fático e objetivo da fragilidade da pessoa humana em sua situação jurídica, por circunstâncias pessoais, permanente ou temporária, como a doença, o analfabetismo ou a idade. Ou seja, é uma somatória de situações de vulnerabilidade que despertam a necessidade ainda maior de tratar os contratantes de modo diferenciado para proteger o mais débil. Assim, conforme se percebe, a análise do caso concreto desperta ainda mais a sua relevância.

⁴³⁹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p.117.

⁴⁴⁰ Ibidem. p. 09-10.

⁴⁴¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**, 2014, p. 125.

⁴⁴² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2015, p. 361.

Diante disso, o sistema jurídico se organiza para maior tutela a essas pessoas, a fim da concretização do princípio da igualdade⁴⁴³ e, conseqüentemente, a fundamentação de um sistema jurídico que permita a promoção⁴⁴⁴ do desenvolvimento da personalidade humana. Em outras palavras, o sistema parte de uma noção de tratamento diferenciado aos hipervulneráveis exatamente para, com fundamento na proteção da pessoa humana, permitir a inclusão. É lembrar que, nos tempos atuais, “sobreviver, portanto, é sempre menos um fator natural e sempre mais um fato social”.⁴⁴⁵

Em verdade, a hipervulnerabilidade indica o uso sistemático e aprofundado de cláusulas principiológicas de equilíbrio e equidade. Assim, afirmam Marques e Miragem que:

A identificação da diferença constitui um elemento decisivo para distinguir o novo direito privado. O direito privado moderno, sobre influência da filosofia e de Kant, foi construído sob o signo da igualdade, uma vez que a noção de sujeito de direitos é concebida abstratamente, com base no modelo de pessoa livre, autônoma e plenamente capaz.⁴⁴⁶

Tal fato justifica a preocupação da dogmática civilista, em especial diante do Código Civil de 2002, com um valor essencial a um sistema jurídico aberto e incompleto: a igualdade substancial.⁴⁴⁷ Neste sentido, “igualdade não é mais um tema de hierarquia ou incapacidade permanente, mas de papéis fluídos e momentâneos, de estilos de vida e de ser, de fragilidades e idades, de igualdade de chances e de armas, como hoje afirmam os autores franceses.”⁴⁴⁸

Logo, em um sistema jurídico em que a Constituição Federal é a base do todo e, ainda assim, em que um dos seus objetivos fundamentais expressos é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o direito privado, mais especificadamente, o direito contratual, torna-se também responsável pela proteção do ser humano por meio da afirmação de pessoas livres e, acima disso, iguais, formal e materialmente, por meio de uma relação jurídica pautada na cooperação solidária.

Em outras palavras, o contrato existencial, ao reconhecer a hipervulnerabilidade da pessoa contratante, possibilita um tratamento diferenciado de proteção, inclusive permitindo

⁴⁴³ Interessante a abordagem de Perlingieri, segundo o qual: “a lei não pode distribuir privilégios ou discriminar legalizando diferenças. Todavia, a igualdade não se esgota na igualdade de tratamento. As disparidades das condições econômicas e sociais podem, ou melhor, devem ser tratadas de forma diversa, isto é, sem paridade.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p.479.

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos estudos de teoria do direito**, 2007.

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 2011. p. 75.

⁴⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p.87.

⁴⁴⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues **Direito Civil, Ideologia e pobreza**, 2012.

⁴⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p. 196.

um regime de interferência judicial mais acentuado, a fim de proporcionar à pessoa em situação de debilidade condições de justiça contratual.⁴⁴⁹ Com efeito, o professor Tepedino defende que “a vulnerabilidade, por vezes hipervulnerabilidade, da pessoa humana inserida no mercado de consumo conclama o jurista a impedir que a atividade econômica possa comprometer a proteção dos valores existenciais.”⁴⁵⁰ Neste sentido Marques e Miragem afirmam que:

É a proteção da pessoa humana que orienta o novo direito privado. Nesse sentido, também (mas não apenas) sua dimensão econômica. Porém a ênfase do novo direito privado é o destaque a dimensão existencial da pessoa, de seus interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica (veja-se, nesse sentido, a revalorização dos direitos da personalidade), da sua afetividade (e suas repercussões jurídicas, especialmente no direito de família – ou das famílias).⁴⁵¹

Aliás, tudo indica que o caráter do direito privado de proteção aos vulneráveis converge com a diretriz evidenciada no Código Civil de 2002 consistente na operabilidade, em que ganha destaque a ideia de “ética da situação”. Em razão disso, ressalta-se a necessidade de retirar o sujeito de direito da mera abstração legal para, a depender de sua situação fática, situá-lo dentro da sociedade.⁴⁵²

Vale lembrar Iturraspe, segundo o qual é preciso superar a ideia de garantir direitos ao sujeito abstrato para tutelar as pessoas em “carne e osso”, isto é, nas palavras do autor:

Estamos convencidos de trabajar em uno de los aspectos que más preocupan al hombre de carne y hueso; al ciudadano “pequeño” de la democracia, al hermano que se cruza con nosotros por la calle. Un capítulo del Derecho actual: comprometido con la vida, con la realidad, con las debilidades y flaquezas⁴⁵³

Neste sentido, Martins-Costa, descrevendo a “ética da situação”, afirma que a expressão é cheia de significados, e pode indicar o rico e o pobre, o empresário e os desempregados, a grande corporação econômica e os menores abandonados na rua, o fornecedor e o contratante débil, o latifundiário e o sem-terra, ou seja, dentro da essencial

⁴⁴⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**, 2009.

⁴⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. **O Direito civil –constitucional e suas perspectivas atuais**. In: Gustavo Tepedino, (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 359.

⁴⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**, 2012, p.80.

⁴⁵² LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2010, p. 208.

⁴⁵³ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 304.

pluralidade subjetiva, a ética da situação permite uma compreensão que enquadra o “ser humano e(m) suas circunstâncias, sempre urgentes e concretas”.⁴⁵⁴

Com efeito, a autora prossegue afirmando que, na sociedade atual, uma mesma pessoa pode desempenhar diversos papéis sociais, e por isso o apelo do Código Civil em diversas passagens aos “usos do lugar” ou às “circunstâncias do caso”, à “natureza da situação”, dando pistas de que o aplicador do Direito deve sair do terreno das abstrações normativas e ir, de fato, ao terreno por vezes áspero do caso concreto. Neste mesmo sentido, Marques descreve que:

[...] há uma influência recíproca entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, que pode levar em conta fortemente a condição pessoal (filho, pai, companheiro), as qualidades (analfabeto, pequeno empresário, consumidor) e a situação (por exemplo de superendividamento do consumidor, de estar a empresa em recuperação extrajudicial etc.), além dos limites que representam os direitos fundamentais do parceiro contratual e de terceiros, e ainda a situação desigual de forças de um dos parceiros.⁴⁵⁵

Como se nota, Meireles defende posicionamento semelhante, destacando a relação dessa ideia com o personalismo e, consequentemente, com a proteção da pessoa humana em suas situações jurídicas. Nas palavras da autora:

Passa-se, assim, do indivíduo à pessoa humana. Do individualismo ao personalismo. Do sujeito abstrato, ao sujeito concreto. Isto significa que a ordem jurídica como um todo se volta à tutela da pessoa humana que toma o lugar do indivíduo neutro, tal como aparece na codificação. Importa, assim, a proteção da pessoa humana dentro das relações que participa, sem que seja reduzida a mero elemento, titular de direitos e deveres, mas, também, como ponto referencial de tutela.⁴⁵⁶

Neste mesmo diapasão defende Reale que:

[...] demonstra que seu titular não é um “sujeito de direito abstrato”, mas uma pessoa situada no contexto de suas circunstâncias existenciais. [...] [...] O que já foi exposto demonstra que o personagem por excelência do Direito Civil não é, repito, um sujeito de direito abstrato e todo poderoso, mas uma

⁴⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**, 2002. p. 123.

⁴⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação a: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 18.

⁴⁵⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p.13.

pessoa situada em um complexo de conjunturas e circunstâncias, tal como se dá na Ética da situação.⁴⁵⁷

Como se nota, o grande desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica, isto é, não considerando o sujeitos de direitos somente como titulares de bens e de consumo, mas sim, com a concretização da primazia da pessoa humana nas relações civis, como adequação destas aos fundamentos e valores constitucionais fundamentais. Com efeito, a homem abstrato do liberalismo cede espaço à pessoa concreta da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido.⁴⁵⁸

Nesta mesma senda, Perlingieri lembra que o juiz é vinculado à norma e não à letra da lei. Desse modo, deve sempre prezar por individuar a normativa do caso concreto, levando em conta todas as possíveis circunstâncias peculiares que caracterizam o caso, isto é, “a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam”⁴⁵⁹, revelando consonância com a proteção dos vulneráveis e a busca da ética da situação expostas.

Ante o exposto, vale lembrar, em resumo, que o contrato para se enquadrar na hermenêutica existencial deve se compor de um objeto contratual essencial a uma das partes contratantes, a qual deve ser pessoa humana (ou pessoa jurídica sem fins lucrativos) e, sobretudo, que mantém a relação contratual em razão de algum produto ou serviço relacionado à subsistência da vida, isto é, sem a pretensão de lucro na relação contratual.

3.3.1.3 – Vínculo: ausência de lucro e de manifestação de vontade

Uma vez identificados os elementos supramencionados que compõe a estrutura do contrato existencial, é preciso deixar claro que, para que a relação contratual se qualifique como a proposta, deve a pessoa humana (ou pessoa jurídica sem fins lucrativos), por ora parte contratual, ter como finalidade, na contratação, o suprimento de alguma necessidade essencial à vida humana. Em outras palavras, é necessário que haja, para essa parte contratual, a ausência de finalidade lucrativa.

Evidentemente que o atributo econômico é exigível a qualquer composição contratual, e, como se nota, também se faz presente no contrato existencial. Em outras palavras, é notável

⁴⁵⁷ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**, 2003. p. 78-79.

⁴⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**, 2013, p.59.

⁴⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 254.

que à parte geralmente desumanizada (empresa, operadora, concessionária, empregador e fornecedor habitual) há sim a pretensão de lucro na relação contratual.

Entretanto, fazendo um giro hermenêutico e considerando a finalidade da pessoa humana (ou pessoa jurídica sem fins lucrativos), é possível identificar diversos contratos em que, apesar de existir a presença patrimonial, na modalidade de aluguel, preço ou tarifa, por exemplo, a causa subjacente da relação contratual é o preenchimento de alguma necessidade humana existencial.

Em outras palavras, em relações contratuais como a do aluguel imobiliário de uma casa por uma pessoa humana perante uma imobiliária, por exemplo, em que pese haver o aluguel como requisito patrimonial de todo exigível, não é o lucro a finalidade pretendida pela pessoa, mas sim a obtenção de um espaço para servir como moradia (e aqui o direito fundamental).

Outro exemplo claro é o da relação contratual para fornecimento de água ou energia elétrica. Em que pese haver a tarifa a ser paga pelo contratante, a relação supera o mero interesse patrimonial lucrativo, uma vez que à pessoa esse fornecimento é imprescindível para a manutenção de uma vida digna. Aliás, tal situação é tão nítida que passa a compor, uma vez existente o monopólio da empresa fornecedora do serviço público, a obrigação de contratar (ou dever de contratar)⁴⁶⁰, inclusive como exceção ao dogma de que a relação contratual é decorrente da (livre) vontade das partes (na espécie de liberdade de contratar).

Noronha, remetendo as ideias de Bessone, afirma que:

Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimentos de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiado rigorosas. Em todos estes casos, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania. Para o outro, ... [a liberdade] será colocada ao lado da guilhotina.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Confirmando tal afirmação, Branco, citando o português Mario Júlio de Almeida Costa descreve que, independentemente de previsão em lei, “o dever de contratar existe, pelo menos quando se trate de uma situação de monopólio de direito ou de fato e de bens ou serviços de importância vital para os particulares, podendo verificar-se também em situações em que baste que se esteja diante de bens ou serviços de importância vital, mesmo não se verificando uma situação monopolista” In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil**, 2002. p. 157. Neste mesmo sentido, inclusive citando o cumprimento forçado da publicidade nas relações de consumo (art. 35, I do CDC), descreve Marques que: “o novo direito dos contratos vai limitar a possibilidade de as empresas se recusarem a contratar com determinada pessoa ou em determinadas ocasiões, seja por respeito aos direitos constitucionais, seja por passar a considerar ilícito o uso do poder econômico e do monopólio, para forçar, por exemplo, um aumento de preços. A recusa de contratar, em alguns casos, será punida pelas normas jurídicas (veja, por exemplo, o art. 35, do CDC), com desvantagens de ordem econômica, podendo estas ser interpretadas como levando a uma verdadeira 'obrigação de contratar'” In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2014, p 269.

⁴⁶¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 55.

Inclusive, a esse respeito, o professor Couto e Silva há tempos já vinha defendendo a possibilidade coação para contratar, em razão da necessidade de determinadas atividades. Em outras palavras, segundo o autor, algumas atividades são consideradas essenciais e, por isso, imprescindíveis à vida das pessoas, tais como transporte, luz, água, etc., executadas geralmente no regime de concessões. Nestas situações, conclui Couto e Silva, opera-se a “coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha.”⁴⁶²

Ademais, pelo exposto, é imperioso ficar claro que à pessoa contratante que se pretende tutela a relação contratual, porquanto essencial à sua dignidade, não é suscetível de avaliação econômica, justificando a ideia de “ausência de lucro”.

Conforme se nota, além da ausência de intuito lucrativo em determinadas relações contratuais, aqui as enquadrando como existenciais, é claro também notar que nesses casos a manifestação de vontade é nitidamente desigual, exigindo, consequentemente, uma hermenêutica pautada na igualdade substancial.

Isso significa que, ao analisar os contratos existenciais, inseridos na sociedade massificada e de consumo, supera-se a concepção clássica de formação contratual pautada na vontade das partes e fundamenta-se numa compreensão de relação jurídica formada pelo “contato social”.⁴⁶³ Em outras palavras, valoriza-se de modo socialmente típico o complexo de comportamentos e circunstâncias que realizam, de fato, transferências de riquezas, mesmo que faltando, aparentemente, a formalização contratual.

Nos dizeres de Roppo, tal situação fica ainda mais nítida nas relações contratuais de adesão, isto é:

[...] pela praxe de contratação standartizada, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de adesão mecânica e passiva, ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de “declaração de vontade”: também aqui a declaração contratual se traduz num comportamento socialmente tipicizado.⁴⁶⁴

⁴⁶² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 26.

⁴⁶³ ROPPO, Enzo. **O contrato**, 2009, p. 303.

⁴⁶⁴ **Ibidem**, p. 302-303.

Nessa linha de raciocínio os contratos que se qualificam como existenciais possuem também essa característica de predisposição de uma manifestação de vontade desigual, isto é, na grande maioria dos casos, a pessoa contratante encontra-se em um patamar desfavorável frente às barganhas da contratação, exigindo ainda maior tutela jurídica.

Aliás, tais considerações evidenciam ainda mais a necessidade de, nos contratos existenciais, que o consentimento do contratante seja esclarecido. Em outros termos, é necessário, uma vez presente a posição jurídica desigual, um dever de informação mais acentuado de todas as tratativas contratuais com relação à parte mais forte da relação.

Visando com que o raciocínio fique mais claro, é pertinente lembrar o exemplo da relação contratual para fornecimento de água ou energia elétrica. Conforme já exposto, além de neste tipo de contratação a parte consumidora não prezar pela finalidade lucrativa, é também cabível expor que há aqui, nitidamente, uma relação desigual, geralmente advinda de contrato de adesão, em que há em um dos pólos da relação uma empresa fornecedora de serviço detentora de todo um aparato tecnológico e informacional.

Tal fato indica ainda mais a importância de tratamento jurídico desigual e, conseqüentemente, o dever de fornecer à pessoa todas as informações preciosas à relação contratual, repita-se, visando com que o consentimento do contratante seja de fato esclarecido.

É sempre pertinente lembrar que, mesmo o presente trabalho propondo a divisão estrutural em elementos, estes, como se nota, não são independentes. Aliás, na verdade, todos os elementos que preenchem a classificação propugnada mantêm uma relação de interdependência, de modo que ao enquadrar o objeto da contratação como essencial, geralmente tem-se a presença da vulnerabilidade da pessoa e, conseqüentemente, a situação jurídica desigual.

Diante disso, abre-se possibilidade para descrever outro elemento essencial à hermenêutica proposta, a saber, a forma, enquanto protetora das partes contratuais mais fracas na relação jurídica.

3.3.1.4 – Forma: a necessária proteção do mais fraco

Um dos princípios fundamentais da teoria geral dos contratos é o consensualismo. Segundo a professora Diniz este princípio baseia-se na ideia de que o mero acordo das

vontades entre duas ou mais pessoas é o bastante para estabelecer um contrato válido, sem a exigência de nenhuma forma especial necessária à formação do vínculo contratual.⁴⁶⁵

Como se perceber, em que pese alguns contratos, enquanto solenes, exigirem a observância de determinadas formalidades estabelecidas em lei para a sua validade (como por exemplo a previsão do art. 108 do Código Civil⁴⁶⁶), a regra na teoria geral dos contratos é de que as partes são livres, no tocante à forma, para estipularem suas relações jurídicas. Ainda mais, conforme se nota do art. 425 do mesmo diploma legal, é lícito às partes estabelecerem contratos atípicos, isto é, que não encontrem previsão específica em lei, desde que resguardadas as normas gerais.

Neste sentido, o consensualismo é derivado da própria autonomia e da liberdade dos contratantes, afinal, não há como defender autonomia dos indivíduos se a eficácia das relações jurídicas ficarem subordinadas a qualquer formalismo.

Ocorre que, uma vez derivada essa concepção de um contexto de liberalismo econômico, que pregava a liberdade absoluta inclusive no campo contratual, foi possível observar, em especial com a massificação da sociedade, que a ausência de formalidades acabava propiciando a imposição da vontade de uma contraparte mais forte sobre a outra, nitidamente mais fraca.⁴⁶⁷

Desse modo, é possível reparar que há um renascimento do formalismo, consistente no dever de utilizar determinadas formalidades na elaboração de obrigações jurídicas, justamente como maneira de proteger os contratantes em situação de vulnerabilidade. Em outras palavras, expõe Marques que a exigência de uma forma específica leva o contratante a considerar a seriedade do ato que está empreendendo, conhecer o teor da obrigação que está assumindo ou, no mínimo, proteger e dar publicidade do ato para terceiros.⁴⁶⁸

Registre-se que é esse também o entendimento do professor Martins, isto é, de que, contemporaneamente, em hipóteses específicas, visando fornecer maior tutela aos contratantes reconhecidamente mais fracos, há um retorno à vocação da formalidade. Citando como exemplos, este professor descreve o art. 50 do Código de Defesa do Consumidor, o qual exige que a garantia contratual seja mediante termo escrito e, além disso, o art. 40 deste mesmo

⁴⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25 edição. São Paulo: Saraiva, p. 27

⁴⁶⁶ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

⁴⁶⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**, 2007. p. 14.

⁴⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2014, p 274.

diploma, que prevê detalhadamente quais são as discriminações necessárias ao orçamento prévio.⁴⁶⁹

Não obstante, vislumbra-se também que através da determinação de formalidades referentes à relação contratual o poder estatal, por meio do legislador, proíbe determinadas práticas e cláusulas consideradas abusivas, em especial nos contratos de massa, como por exemplo as contidas nas previsões dos arts. 39 e 51 do Código consumerista.

Todas essas considerações são relevantes ao considerar que nos contratos existenciais geralmente há forma exigida, exatamente visando a tutela da pessoa como parte contratual em posição de vulnerabilidade.

3.3.2 – Caráter funcional: taxonomia “em degraus” à luz da intangibilidade da pessoa humana

Superada a compreensão estrutural do contrato existencial, consistente na identificação dos elementos que compõe a taxonomia proposta, é imperioso expor sobre o perfil funcional da qualificação, de modo a justificar, dentro do sistema jurídico, as razões de ser dessa hermenêutica.⁴⁷⁰ Consoante expõe Maximiliano, “o fim prático (teleológico) vale mais do que a lógica jurídica. O homem não é feito com os princípios; os princípios é que são feitos para o homem.”⁴⁷¹ Vale lembrar que ao tratar do caráter teleológico da presente classificação já é possível identificar uma nítida ligação com os valores de justiça, de alto conteúdo ético e moral, acima da segurança jurídica proporcionada pela formação estrutural.

Em outros termos, é pertinente defender que o contrato existencial promove uma espécie de “pretensão de correção”⁴⁷² nas relações contratuais, no sentido de aproximar ao máximo a hermenêutica dessas relações da ideia de justiça. Dito de outra forma, identificados os elementos que estruturam o contrato existencial, nenhum ato será conforme o direito se for incompatível com a intangibilidade da pessoa humana.

Corroborando com o que se exporá Tomasevicius, discorrendo sobre a função social, destaca a taxonomia proposta, isto é, nas palavras do autor “delineou-se também uma nova

⁴⁶⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**, 2007. p. 15.

⁴⁷⁰ De antemão já é possível expor com apoio em Perlingieri que em um sistema jurídico em que os direitos fundamentais encontram-se no centro, de modo a garantir o princípio informador da tutela da pessoa, deve haver a “funcionalização das situações patrimoniais – propriedade e empresa – às situações existenciais.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999, p. 483.

⁴⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2011, p. 128.

⁴⁷² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

classificação dos contratos em razão de sua função. De um lado, os contratos existenciais e, de outro, os contratos empresariais.”⁴⁷³

Inclusive, a esse respeito, Reale descreve a necessidade da interpretação funcional, em todos os contratos, isto é, nas palavras do autor: “Todo contrato deve ser visto como uma unidade normativa resultante da concreta valoração dos fatos feita pelos contratantes, motivo pelo qual a interpretação sistemática e teleológica se impõe de maneira irrefragável”.⁴⁷⁴ Contribuindo pra esse entendimento expõe Fachin que:

Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantir das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que se identificará: a de reguladora da ordem econômica e social. A regulação da atividade econômica afeta diretamente o contrato que, por sua vez, se delimita pela função social.⁴⁷⁵

Sendo assim, inicialmente é preciso perceber que, conforme já mencionado, o contrato pode ser considerado como uma verdadeira ferramenta de efetivação de direitos fundamentais e, obviamente, quando se trata do contrato existencial, tal característica torna-se um imperativo, lembrando que, sob a ótica dessa hermenêutica, o contrato “humaniza-se”.⁴⁷⁶

Vale sempre lembrar, com apoio em Iturraspe, que “el mercado quiere un contrato útil, la sociedad civil lo busca útil e justo.”⁴⁷⁷ Assim, conforme defende Fachin, a defesa de um patrimônio mínimo, no caso por contratação, denota o caráter instrumental do patrimônio (meio) em relação à pessoa, esta considerada como fim do ordenamento jurídico.⁴⁷⁸

Com efeito, o contrato enquanto existencial adquire uma função social ainda mais elevada, uma vez, que com apoio em Azevedo, “toda vida individual se insere no fluxo vital coletivo, de tal forma que o titular não é o soberano absoluto de sua vida; a vida de cada um é valor que, mediatamente, a todos interessa.”⁴⁷⁹ Como se nota, o direito individual, quando

⁴⁷³ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. **Uma década de aplicação da função social do contrato**. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Revista dos Tribunais. Vol. 940. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 49

⁴⁷⁴ REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva. 2003, p.3

⁴⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 171.

⁴⁷⁶ Neste mesmo sentido Meireles afirma que: “[...] os contratos podem envolver interesses existenciais, sendo intensificada a sua funcionalização ao desenvolvimento da personalidade. Quando os contratos refletirem situações existenciais, seja por uma razão ou outra, a disciplina contratual deve se adequar para que não seja a causa de violação à dignidade de qualquer dos contratantes.” In: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p. 306.

⁴⁷⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 72.

⁴⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 166.

⁴⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista USP, São Paulo. n.53, março/maio 2002, p. 96.

indisponível, tal qual a saúde e a vida de cada ser humano, insere-se no “círculo” do interesse público⁴⁸⁰, a justificar, por exemplo, a atuação do Ministério Público.

É esse também o entendimento expresso no Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”⁴⁸¹

Neste mesmo sentido Fachin, discorrendo sobre a contribuição do autor Sessarego no que tange à personificação do direito, em especial pela valorização da solidariedade, afirma que “o projeto existencial do homem só é possível se os demais homens livres estiverem dispostos a cooperar solidariamente em sua realização.”⁴⁸²

Diante disso, é possível perceber que a hermenêutica do contrato existencial, em sua aceção nitidamente funcional, como garantidora da intangibilidade da pessoa humana⁴⁸³, pode ser compreendida por “degraus”, visando a ampliação das possibilidades de aplicação e até mesmo propondo dar maior efetividade à proposta.

Em outras palavras, em um primeiro degrau, de maneira mais acentuada, é possível afirmar que o contrato pode ser considerado existencial, a exigir a interpretação e aplicação diferenciada, por ter como causa subjacente de aplicação a garantia do mínimo vital (ou existencial) da pessoa.⁴⁸⁴

Não obstante, em um segundo degrau, de maneira mais contida, é cabível defender a hermenêutica existencial em razão da essencialidade do bem à pessoa humana (ou pessoa jurídica sem fins lucrativos) com vistas a garantir uma vida digna. Conforme se observa, neste ponto, não se defende uma tutela maior da pessoa na hermenêutica contratual por considerar que a situação jurídica insere-se em um caso de “vida ou morte”, mas sim, pelo fato de que

⁴⁸⁰ BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesse coletivos e difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público e Entes não Sindicais**. São Paulo: LTr, 2013, p. 110.

⁴⁸¹ Enunciados aprovados - I Jornada de Direito Civil. Disponível em <: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > Acesso em 15 de novembro de 2015.

⁴⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 48.

⁴⁸³ Defende o professor Azevedo que “O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.” In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 91-101.

⁴⁸⁴ A ideia de criar a hermenêutica em degraus pode ser remetida ao trabalho de Maslow. Segundo este autor, em busca de atingir um conceito de autorrealização humana, é possível descrever as necessidades humanas em nível de pirâmide. Em outras palavras, segundo o autor, ao considerar as necessidades humanas é possível identificá-las como se compusesse uma pirâmide, demonstrando os níveis de hierarquia. Neste sentido, a base da pirâmide de Maslow é composta pelas necessidades fisiológicas, da qual todas as outras dependem. Tal fato dá indícios de se relacionar com a ideia do presente texto ao posicionar o “mínimo vital” como degrau básico do qual todas as outras necessidades inseridas no “mínimo existencial” dependem. In: MASLOW, Abraham H. **The farther reaches of human nature**. New York: Penguin Books, 1993.

para a pessoa contratante a relação jurídica tem estreita ligação com uma possibilidade de vida digna.

Destaca-se que neste segundo degrau pode-se propor a superação da ideia de “mínimo existencial” e denominá-lo como caso de “indispensável existencial”, uma vez que, em se tratando de direito fundamental à vida digna da pessoa humana, parece incorreto tratá-los como mínimos.⁴⁸⁵

Diante disso, é preciso ficar claro que passa longe da pretensão do texto entrar a fundo na conceituação do que seria o “mínimo existencial” ou não, e até mesmo tratar das teorias que descrevem quais seriam as necessidades básicas à vida do ser humano. O que a diferenciação em degraus pretende é facilitar a hermenêutica, uma vez que, constando, por exemplo, a existência de um “mínimo vital” no debate, a proteção jurídica exigida deve ser, logicamente, maior. Fora esses casos, a identificação da essencialidade do objeto contratado remete a mais um ponto essencial no presente trabalho: a análise apurada da equidade do caso concreto (conforme item 3.5 adiante), em busca da ética da situação.

Em outros termos, com foco na possibilidade de intervenção do contrato enquanto existencial, defende Negreiros que “a intervenção nos contratos é gradual em função de uma gradação identificada nas necessidades humanas.”⁴⁸⁶ Sendo assim, em consonância com a ideia de “degraus”, nos contratos em que há em discussão as condições mínimas de existência (ou de sobrevivência), logicamente, haverá maior intervenção, de modo a reservar-lhes um regime específico de índole tutelar. Ademais, nos contratos que, apesar de ao todo exigível, mas tratando-se somente de condições indispensáveis à existência, a prudência deve ser maior, de modo que a liberdade seja mais respeitada e, acima de tudo, a análise consequencialista ganhe maiores proporções. Afinal, é válido sempre lembrar: a autonomia privada é também um direito fundamental, e como tal, deve ser observado.

Essa diferenciação é a meta que por ora se persegue.

⁴⁸⁵ Neste mesmo sentido, ao trabalhar com a ideia de “máximo existencial” e criticar a abordagem de “mínimo existencial” (na obra, “mínimo vital”) afirma Dantas que: “Contra tal modelo também se dirige o presente estudo, pois não se pode compadecer com ações e medidas estatais que se limitem a assegurar as condições vitais mínimas, porquanto não podem ser reduzidos a tais os direitos fundamentais e muito menos a sua justiciabilidade.” In: DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. 2011. 757 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 3. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703> > Acesso em 11 de novembro de 2015. É essa também a proposta de Marmelstein, confirmando sua ideia em razão de “o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em janeiro de 1992, fala em “máximo dos recursos disponíveis” para implementar os direitos sociais, o que também é incompatível com a ideia minimalista.” In: MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2014. p. 319.

⁴⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 410.

3.3.2.1 – O mínimo vital (existencial)

É possível afirmar que o contrato enquanto existencial se reveste de instrumento para garantir a intangibilidade da pessoa humana e, neste sentido, pode também ser ferramenta destinada à proteção do mínimo existencial, em especial, enquanto “mínimo vital”, isto é, nas palavras de Ferreira e Martins:

Destarte a função descrevendo o caráter instrumental do modelo pode ser adicionada à finalidade para qual esse modelo deva mesmo ser útil. Os contratos existenciais cumprem utilmente a tarefa de desenvolvimento da pessoa porque modelo destinado a determinado fim, *in casu*, a intangibilidade da pessoa, do mínimo existencial, dos direitos fundamentais.⁴⁸⁷

Como se nota, é tranquilo demonstrar que a proposta da taxonomia revela a preocupação do direito privado na tutela da pessoa humana, com caráter especial para o seu mínimo existencial. Inclusive, a esse respeito, é importante descrever que a ideia de “mínimo existencial” dá pistas de ter ganhado força no Brasil por meio dos estudos de Torres.⁴⁸⁸

Segundo o autor, a teoria do mínimo existencial no Brasil decorre da ideia de que o Estado estaria vinculado à garantia das condições mínimas de existência das pessoas, e não a sua totalidade de necessidades. Com efeito, ao conceituar o direito ao mínimo existencial, o autor toma o cuidado de qualificá-lo em dois *status*, a saber o negativo (*status negativus*) e o positivo (*status positivus libertatis*).⁴⁸⁹

Aliás, é relevante destacar que Torres é jurista da área tributária, isto é, quanto ao status negativo o autor afirma que o mínimo existencial se dá principalmente no campo tributário, por meio das imunidades fiscais. No tocante ao status positivo, descreve o autor que se trata das prestações estatais necessárias, como por exemplo o ensino público gratuito e as ações e serviços de saúde. Vale ressaltar que esse status positivo não se confunde com os direitos sociais, os quais, segundo o autor, “não são fundamentais.”⁴⁹⁰

Apesar de considerar a relevância do pensamento desse autor, é possível afirmar que a noção de mínimo existencial, da promulgação da Carta Constitucional de 1988 até os dias atuais, tomou novas proporções, a superar em partes o seu pensamento. Neste sentido, vale

⁴⁸⁷ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 293.

⁴⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 42. Rio de Janeiro, 1990, p. 70-72

⁴⁹⁰ **Ibidem**, p. 75.

citar o professor Sarlet, ao afirmar que nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material, entretanto, ressalta o autor, é indiscutível o tratamento de todos os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição como fundamentais, até porque se encontram inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.⁴⁹¹

Não obstante isso, vale alertar que a discussão a respeito do “mínimo existencial”, enquanto “mínimo vital”, tem maior incidência como direito a ser pleiteado em desfavor do Estado⁴⁹² (vale lembrar o debatido conflito entre o “mínimo existencial” do cidadão e a denominada “reserva do possível” estatal⁴⁹³). Entretanto, conforme já fortemente reiterado, a partir do momento em que se compreende a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas, a exigência de garantia desse mínimo existencial passa a fazer parte também da discussão nas relações entre privados.⁴⁹⁴ Nessa mesma linha de raciocínio, descreve Sarlet que:

Assim, o mínimo existencial no que diz com a garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais (assim como o conteúdo em dignidade é irrenunciável no campo dos direitos fundamentais em geral)e, portanto, vincula o próprio (particular) titular do direito e, por via de consequência, também acaba por gerar um correlato e direto dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte de outros particulares.⁴⁹⁵

Ademais, prosseguindo na análise, Sarlet alega que o mínimo existencial não trata apenas de uma noção de “mínimo vital”, por meio das condições básicas necessárias para a

⁴⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 311.

⁴⁹² Segundo Marques, o mínimo existencial é uma “figura também retirada do direito público e da teoria dos direitos fundamentais.” In: MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação a: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 21

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴⁹⁴ Duque, tratando da possibilidade de se legitimar o “controle do conteúdo” do contrato, afirma que: “sempre que disposições negociais privadas ferirem direitos fundamentais de uma parte, não havendo consentimento, possibilidade de reação fática ou noção exata por parte do destinatário da lesão quanto aos danos provocados por essa violação, hipótese que se configura uma violação geral ao livre desenvolvimento da personalidade do particular, tem-se que os direitos fundamentais vinculam os sujeitos privados, a fim de se garantir a observância das decisões de valor da constituição também no marco das relações de direito privado. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**, 2013, p. 101. Neste mesmo sentido, Perlingieri afirma que: “Em um Estado Social de Direito, contrato e controle são destinados a conviver.” In: PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 1999, p.392.

⁴⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2007, v.16, n.61. p. 112.

sobrevivência humana, mais relacionadas as questões fisiológicas. Segundo o autor, na caracterização do mínimo existencial deve estar presente também um mínimo sociocultural, mesmo que de definição subjetiva. Dessa maneira, o autor afirma que o mínimo existencial se qualifica como cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais explícitos.⁴⁹⁶

Como se nota, o presente trabalho preferiu por considerar o “mínimo existencial”, no tocante à presença na relação contratual, tão somente àquele relativo ao “mínimo vital”, diferentemente do que apregoa o professor Sarlet. Em outros termos, o contrato existencial, neste “degrau” proposto, busca a proteção da pessoa enquanto “substância.”⁴⁹⁷

Ora, vale lembrar que o contrato existencial encontra-se inserido nas relações entre particulares, de modo que é possível que ambas as partes sejam titulares de direitos fundamentais. Entretanto, nitidamente nos casos em que se discuta sobre um “mínimo vital”, que se apresenta especialmente no tocante ao direito à saúde, a intangibilidade da vida humana ganha ainda maior repercussão, isto é, conforme afirma Lorenzetti, “o homem é o eixo e centro de todo o sistema jurídico, enquanto ‘fim em si mesmo’ – além da sua natureza transcendente -, a sua pessoa é inviolável e constitui valor fundamental com respeito ao qual os valores restantes tem caráter sempre instrumental.”⁴⁹⁸ Aqui é possível afirmar que se procura adequar a aplicação do contrato existencial em um “conteúdo essencial”⁴⁹⁹ do mínimo existencial e, por isso, a preferência pelo termo “mínimo vital”.

Tal opção se deu em razão de haver uma nítida diferença entre a hermenêutica contratual que tenha como pano de fundo a vida da pessoa humana, como no caso da prestação de uma cirurgia médica de emergência (e neste ponto presente o “mínimo vital”) por exemplo, de uma situação em que, mesmo havendo um direito fundamental essencial, como o fornecimento de energia elétrica, não seja questão de sobrevivência (desconfigurando a emergência).

Neste sentido, vale destacar, conforme Negreiros, que a Constituição é de fato pródiga ao tratar das necessidades humanas fundamentais, sem estabelecer tratamentos diferenciados

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 322.

⁴⁹⁷ Explica o professor Moraes que “Substância pode definir-se como o que é em si e não em outra coisa.” MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade**. In: Edições Especiais: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, vol. 1 – Teoria Geral. JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 821.

⁴⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**, 2010, p. 245

⁴⁹⁹ Duque muito bem explana sobre a “noção essencial” de um direito fundamental, de modo que chega inclusive ao destaque do “mínimo existencial” como verdadeiro núcleo do direito fundamental à dignidade da pessoa humana. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 229-280..

aos que carecem de meios para sobreviverem.⁵⁰⁰ Aliás, Alexy também reconhece a necessidade de uma gradação para conferir aos direitos sociais, à nível de essencialidade, o estatuto de “direitos do homem”, isto é, segundo o autor “um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia.”⁵⁰¹

Mesmo que aparentemente paradoxal, quando se trata de discussão contratual em que o “mínimo vital” esteja em jogo, a proteção à pessoa humana deve ser feita de maneira máxima, afinal, sem a vida e os meios necessários para a sua preservação nada no Direito é possível (a pessoa enquanto “própria razão de ser do Direito”⁵⁰²).

Superada essa explanação, é cabível afirmar que dentro do direito contratual contemporâneo, inserido no contexto de “virada kantiana” e fundamentado nas diretrizes de eticidade, socialidade e operabilidade, com reconhecida aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privadas (“o contrato como processo”⁵⁰³), a tutela do “mínimo vital” da pessoa humana é amplamente aceita tanto pelos estudiosos jurídicos quanto pela jurisprudência.

Ora, havendo na relação contratual a evidente necessidade de tutela da vida humana, nos casos em que a própria pessoa se vê ameaçada no que tange ao seu bem-estar psicofísico, a hermenêutica contratual deve ceder à patrimonialidade em favor da promoção da vida. Como se nota, nas palavras de Ferreira e Martins, no tocante ao contrato existencial:

O objeto tem salto qualitativo, porquanto a obrigação de fazer (execução do fato pelo predisponente) ou de dar (entrega da coisa) muito embora tenha valor econômico, será de todo exigível em casos de preservação da vida vulnerável, integralidade do usuário ou preservação do mínimo existencial. Ressalta-se, em suma, a essencialidade da prestação: o cunho patrimonial da prestação (quantitativo) enseja espaço à intangibilidade da pessoa humana.⁵⁰⁴

Em outras palavras, entre tutelar a inviolabilidade do direito fundamental à vida e à saúde (art. 5º, caput e art. 196 da Constituição Federal), ou permitir prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse patrimonial e secundário, decorrente de alguma

⁵⁰⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 395.

⁵⁰¹ ALEXY, Robert. *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**, 2002, p. 396.

⁵⁰² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 164.

⁵⁰³ BAGGIO, Andreza Cristina. **Breves considerações a cerca da noção de contrato como processo**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Andreza_Cristina_Baggio_breves_consideracoes.pdf> Acesso em 15 de novembro de 2015.

⁵⁰⁴ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 274.

tratativa contratual, há razões de ordem ético-jurídica que impõem ao jurista somente uma opção: preferir pela interpretação que garanta o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Nas palavras de Fachin, “entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, opta-se por esta que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência.”⁵⁰⁵

Parece ser esse também o entendimento que decorre da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Com efeito, em seu art. 35-C determina as coberturas obrigatórias, isto é, determina que os planos e seguros de saúde sejam obrigados a dar cobertura nos casos de i) emergência, sendo considerados àqueles em que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; de ii) urgência, sendo os resultantes de acidentes pessoais (especialmente relacionados à “dor”) ou de complicações no processo gestacional e, por fim, de iii) planejamento familiar.

Ora, outro indício de como o sistema jurídico repudia sobrepor a questão patrimonial havendo risco ao “mínimo vital” da pessoa humana pode ser percebido na inclusão no Código Penal, pela Lei nº 12.653 de 2012, do crime de “Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial”, isto é, conforme Art. 135-A., configura crime com pena de detenção “Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial.”

Depreende-se, portanto, que ganha destaque as relações contratuais de plano de saúde, hospitalares, de compra e venda de medicamentos, dentre outras, que dizem respeito a um objeto necessário à sobrevivência da pessoa humana, isto é, a saúde. Cita-se, como forma de demonstrar tal afirmação, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Agravo de Instrumento. Relação de Consumo. Ação de obrigação de fazer. Tutela antecipada. Atendimento hospitalar domiciliar (home care). Decisão agravada que deferiu a antecipação de tutela pretendida, consistente no custeio do tratamento domiciliar, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. Irresignação do plano de saúde que não deve ser acolhida. Garantia do mínimo existencial. Aplicação da Súmula 59 TJRJ. Precedentes deste Tribunal. Desprovimento do Recurso.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 173.

⁵⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 00560939020148190000 RJ 0056093-90.2014.8.19.0000**, Relatora: Lúcia Mothé Gliocche. Julgamento: 05/12/2014. Órgão Julgador: 24ª Câmara Cível/Consumidor. Data de Publicação: 12/12/2014

Ademais, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu, em discussão tratando de resolução contratual de plano de saúde, a favor da pessoa humana, destacando o caráter existencial desse tipo de contrato, isto é, nas palavras do relator Godoy:

E sem dúvida que, considerada a característica do contrato em questão, de evidente natureza existencial, ou não empresarial, classificação que hoje assume papel relevante, inclusive para adequado manejo da disciplina normativa contratual, tomado o bem da vida subjacente ao ajuste, qual seja, o atendimento à saúde do consumidor, a notificação prévia deve se reputar comprovadamente efetivada e recebida.⁵⁰⁷

Importante ressaltar que, no que toca ao “mínimo vital”, não se pode limitar às possibilidades contratuais tão somente às relacionadas diretamente à saúde, como as citadas anteriormente, a ter como exemplo o contrato de plano de saúde. Em verdade, havendo na relação jurídica a necessidade vital para a pessoa humana da continuidade da contratação, por si só, já atrai a tutela pretendida pelo contrato enquanto “existencial”.

Comprovando o afirmado pode-se citar a situação em que, mesmo o consumidor não tendo condições de arcar com as despesas de fornecimento de energia elétrica, a fornecedora de serviços pode ser obrigada a manter a prestação se, no caso concreto, tratar-se de consumidor enfermo, que necessita de energia elétrica para a própria manutenção de sua sobrevivência. Foi essa a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Prestação de serviço. Energia elétrica Reconhecimento da revelia que, por si só, não tem o condão de conduzir ao julgamento de procedência do pedido inicial - Termo de confissão de dívida Faturas em atraso referentes a parcelas ajustadas e ao consumo regular Corte no fornecimento Impossibilidade dada a excepcionalidade do caso concreto Hipótese em que consumidora se encontra em precário estado de saúde e portadora de doença grave Necessidade do fornecimento de energia elétrica para refrigeração de medicamento imprescindível à sobrevivência da consumidora Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana Impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica - Novo pedido de parcelamento Descabimento Artigo 313 do Código Civil - Débito exigível Recurso parcialmente provido.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0263248-73.2011.8.26.0000**, Relator: Claudio Godoy. Data do julgamento: 06/03/2012. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 07/03/2012

⁵⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0025861-77.2010.8.26.0344** Relator: Renato Rangel Desinano. Data do julgamento: 25/04/2013 Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/04/2013)

Além de tudo isso, é pertinente a afirmação de Sarmiento, segundo o qual é necessário relativizar a ideia de mínimo existencial, uma vez que este conceito encontra-se umbilicalmente ligado às condições subjetivas da pessoa que o suscita. Com efeito, as condições socioeconômicas da pessoa devem ser consideradas, a demonstrar a importância do caso concreto, de modo que, nas palavras do autor:

O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua vida digna.⁵⁰⁹

Neste sentido, o pensamento de Sarmiento demonstra consonância com o que se pretende abordar no item 3.5, ao analisar a necessária análise do fato, no caso concreto, para determinar a medida de aplicação ou não da hermenêutica do contrato existencial. Vale ressaltar que, apesar da acepção pretendida ter sido apresentada de maneira dividida, isto é, em seu caráter estrutural, com subclassificações, e no caráter funcional, ainda em “degraus”, a correta aplicação da taxonomia exige um exame de complementariedade de todos esses aspectos, à luz do caso concreto.

Mais uma vez é importante deixar claro que se consideraram inseridas também na hermenêutica do contrato existencial todas as situações em que, mesmo não se tratando de um “mínimo vital”, há evidente essencialidade na discussão contratual. Daí, portanto, reafirma-se a explicação para considerar a presente taxonomia em “degraus”.

Assim, superadas essas abordagens a respeito do primeiro “degrau” que justifique a aplicação do contrato existencial, tutelando de maneira mais acentuada a vida humana se em conflito com qualquer outro tipo de direito, passa-se a considerar a necessidade de que, dentro da hermenêutica proposta, e pessoa possa ter seus direitos existenciais protegidos com base naquilo que se considerou “indispensável existencial” para uma vida digna.

3.3.2.2 – A pessoa além do mínimo: direito ao indispensável existencial

Apesar de a grande maioria dos autores considerarem como “mínimo existencial” o que o presente trabalho considerou como “indispensável existencial”, é cabível deixar claro

⁵⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.577.

que essa diferenciação, para a taxonomia proposta, é essencial, em especial no que toca à efetividade.

Dessa maneira, considerou-se um segundo “degrau” de funcionalização do contrato existencial às situações que, em que pese não se tratem diretamente de caso de vida ou morte, hão a exigibilidade acentuada em razão da indispensabilidade do produto ou serviço à uma existência digna.⁵¹⁰ Lorenzetti, com esse mesmo entendimento, defende que “o indivíduo necessita de alguns bens dessa natureza para atuar minimamente em sociedade, como, por exemplo, o acesso à liberdade, ao trabalho, à moradia, à educação e à saúde.”⁵¹¹ É possível confirmar tal fato nas palavras de Azevedo enquanto descreve a importância da dignidade da pessoa humana, isto é, segundo o autor:

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também o respeito às condições mínimas de vida (2ª consequência direta do princípio). Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana.⁵¹²

Ainda assim, é possível perceber, no pensamento desse mesmo autor, a coerência com a proposta em “degraus” desenvolvida. Ora, segundo o pensamento de Azevedo, a “dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos”⁵¹³, i) a integridade física e psíquica (conforme o primeiro “degrau” exposto) das pessoas, ii) a concretização dos pressupostos materiais mínimos para a vida (coerente com o segundo “degrau” que se descreve) e, por último, iii) o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. Concluindo, expõe Azevedo que:

No campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos “limites do sacrifício”, os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Maximiliano muito bem alerta que “o Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade, a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar.” In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2011, p. 138.

⁵¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**, 2010, p.133.

⁵¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista USP, São Paulo. n.53, março/maio 2002, p. 97.

⁵¹³ **Ibidem**, p. 100.

⁵¹⁴ **Ibidem**, p. 98

Desse modo, demonstra-se que o “indispensável existencial”, como imperativo funcional do contrato existencial, possui íntima ligação com a ideia de essencialidade do objeto do contrato, consoante já exposto. Desse modo, enquadra-se no direito de “compreender o conjunto de prestações que garantam uma vida com dignidade, e não uma mera sobrevivência”.⁵¹⁵

Ora, o principal fundamento para a garantia do indispensável à uma vida encontra-se no fato de que a pessoa sem as mínimas condições de vida material, tais como os direitos sociais à educação, moradia e saúde, não possui aquilo que constitui a sua dignidade, especialmente no que tange a capacidade de se promover em livre decisão no meio em que vive.⁵¹⁶

Neste sentido, vale destacar a promulgação da Lei 13.146 de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Esta lei, responsável pela alteração e revogação de vários artigos do Código Civil relativos à capacidade da pessoa, concretizou no direito civil a hermenêutica emancipatória⁵¹⁷, baseada no direito ao livre desenvolvimento da pessoa humana, ao permitir que os deficientes participem de maneira plena e afetiva na sociedade, em igualdade de condições às demais pessoas e, além disso, decidam, de maneira livre as suas questões existenciais, em especial no que tange à família (conforme art. 6º).

Como se nota, a hermenêutica do contrato existencial também é baseada na noção emancipatória, intimamente ligada ao livre desenvolvimento da pessoa humana, de modo que o “indispensável existencial” enquadra-se como um pressuposto básico para uma vida digna e, conseqüentemente, livre, especialmente no que tange às questões existenciais. Assim, afirmam Ferreira e Martins que:

Mesmo o contrato não perdendo seu cariz econômico e patrimonial, há verdadeiro giro epistemológico sobre o modelo, acompanhando a dicção mundial de que a finalidade do direito nas relações existenciais passa por valores intangíveis, inegociáveis de suprimento e emancipação da pessoa humana. Diz-se função emancipatória, porque não assistencialista, exigindo

⁵¹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 263.

⁵¹⁶ **Ibidem**, p. 265-266.

⁵¹⁷ Cabível, neste aspecto, o pensamento do professor Martins, segundo o qual: “Aqui ponto extremamente positivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, porquanto no desiderato de emancipação das pessoas com déficit funcional, permitiu compreender igualmente a respectiva emancipação da sociedade e do sistema jurídico com vistas justamente ao reposicionamento deste dois últimos ambientes conforme objetivo primordial da Constituição Federal (construção da sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades, promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação). Em outras palavras: o antigo e temido ‘louco de todo o gênero’ é um dos principais protagonistas da hermenêutica que emancipa o direito. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico jurídico, paradigma de ancoragem e o desafio da geração de intérpretes**. No prelo. 2016, p. 12-13.

a solidariedade do contrato com objetivo de lucro e o esforço proporcional, sem sacrifícios, do contratante vivo, ente e existente!⁵¹⁸

Destaca-se que no contexto atual, em consonância com a exigência jurídica de garantia de um mínimo capaz de possibilitar o livre desenvolvimento da pessoa, ganha relevância a proteção do “indispensável existencial” aos consumidores em situação de superendividamento.

Com efeito, neste ponto, do relatório de atualização do Código de Defesa do Consumidor é notável a preocupação em preservar o mínimo existencial das pessoas, isto é, “quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação saúde, educação, transporte, entre outras.”⁵¹⁹

Diante disso, no tocante à tutela do consumidor superendividado, é imperioso observar que “o adimplemento das dívidas pendentes devesse permitir, simultaneamente, que o devedor resgate a saúde financeira sem prejudicar a dignidade na sua sobrevivência.”⁵²⁰

Com efeito, Marques descreve a jurisprudência firmada no sentido de limitar ao máximo o desconto de 30% sobre os vencimentos ou salário do devedor, justamente diante da noção de que esse patrimônio, enquanto alimento, é necessário para o custeio dos meios de sobrevivência digna.⁵²¹ Foi esse o entendimento do STJ na relação consumidor-banco:

Agravo Regimental. Recurso Especial. Decisão interlocutória. Retenção. Possibilidade de afastamento. Crédito consignado. Contrato de Mútuo. Desconto em folha de pagamento. Possibilidade. Limitação da margem de consignação a 30% da remuneração do devedor. Superendividamento. Preservação do mínimo existencial. [...] [...] 2. Validade da cláusula autorizadora do desconto em folha de pagamento das prestações do contrato de empréstimo, não configurando ofensa ao art. 649 do Código de Processo Civil, 3. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor. 4. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. 5. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 6. Agravo regimental desprovido.⁵²²

⁵¹⁸ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**, 2011, p. 298.

⁵¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman et al. *Apud* BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

⁵²⁰ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

⁵²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 2014, p 1278-1279.

⁵²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.206.956/RS**, Relator: Min. Tarso Sanseverino. Julgamento: 18/10/2012. Terceira Turma. Data de publicação: 22/10/2012.

Consoante se observa, a definição de um “indispensável existencial” nunca passará ao largo das condições fático-jurídicas presentes nas circunstâncias específicas do caso concreto. Como se nota, “como ocorre com os direitos fundamentais, nada poderá ser definido de antemão [...] [...] de modo que quanto mais diferentes forem os casos, tanto mais serão diferentes as soluções buscadas.”⁵²³

Neste sentido, e com o intuito de exemplificar de maneira mais concreta a possibilidade de, na relação contratual tutelar a intangibilidade da pessoa humana garantindo o “indispensável existencial”, é possível identificar diversas jurisprudências que, em que pesem não denominarem na relação jurídica a presença do “contrato existencial”, decidem com base nos fundamentos por ora até então apresentados.

A corroborar com esta perspectiva menciona-se emblemática decisão do STJ, ao decidir sobre a ilegalidade do corte de energia elétrica como meio de cobrança de dívida de pessoa miserável (portanto, vulnerável), destacando que, aceitar a cobrança dessa forma é acolher que a responsabilidade patrimonial do devedor incida além de seu patrimônio, isto é, incidindo sobre a sua própria pessoa:

ADMINISTRATIVO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. ILEGALIDADE. 1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). 2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG conclui que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95. 3. Ressalva do entendimento do relator de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. Deveras, in casu, não se trata de empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica tem que ser outra. O direito aplicável ao caso concreto, não é o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e ode uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. 6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte

⁵²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 264.

considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. 7. Outrossim, é voz corrente que o 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 8. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (notoria nom egent probationem), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos. 9. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis. 10. Hipótese em que houve parcelamento do débito e devido pagamento da prestação, afastando-se a possibilidade do corte de água tendo em vista sua ilegalidade. 11. Recurso especial desprovido.⁵²⁴

Frente a outro direito social fundamental e, portanto, inserido na noção de contrato existencial, o STJ também afirmou a proteção do direito à educação, condizente na flexibilização da exceção de contrato não cumprido, como por exemplo, proibindo que a instituição de ensino impeça o aluno de frequentar as aulas do período letivo contratado:

ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – INSTITUIÇÃO PARTICULAR – RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA – ALUNO INADIMPLENTE. 1. O indeferimento de matrícula em instituição de nível superior como ato realizado no exercício de função pública delegada da União é ato de autoridade a ensejar mandado de segurança, cuja competência para julgamento cabe à Justiça Federal. 2. A Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. 3. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. 4. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. 5. O atraso no pagamento não autoriza aplicarem-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas a entidade está autorizada a não renovar a matrícula se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁵²⁵

⁵²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 635871**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 18/05/2004. Primeira Turma. Data de publicação: 27/09/2004.

⁵²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 725955 SP 2005/0023558-5**, Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 08/05/2007. Segunda Turma. Data de publicação: 18/05/2004.

Nesse passo, o Tribunal de Justiça do Paraná, em ação de rescisão de contrato, dediciu com base na preservação do direito fundamental à moradia, isto é, concretizou o fundamento de que “o direito a moradia integra o mínimo existencial, que garante dignidade ao indivíduo. Assim, até que se conclua a lide sobre a rescisão, é adequado que o agravante resida no imóvel, para lhe resguardar a dignidade humana.”⁵²⁶

Diante de todo o mencionado no que tange à acepção do contrato existencial fica nítida a importância de, além do enquadramento estrutural e a consideração funcional, a análise atenta das circunstâncias do caso concreto. Com base nisso, é oportuno descrever alguns limites hermenêuticos que, uma vez claros, dão pistas de evidenciar ainda mais as relações contratuais que merecem tutela diferenciada.

3.4 – Limites hermenêuticos: existencialismo, consumismo e consumerismo

Superada a caracterização do contrato existencial, demonstra-se imperioso estabelecer alguns limites hermenêuticos, mais uma vez no intuito de garantir ao máximo efetividade prática da taxonomia proposta.

Com base nisso, inicialmente, é imprescindível ficar claro que à determinação dada às situações existenciais, em que pesem a mesma denominação, não se confunde com o movimento filosófico “existencialista”, composto por autores como Sartre, Dostoiévski, Nietzsche e Camus. Em verdade, ao utilizar o termo “existencial” o presente trabalho pretende remeter a ideia de essencialidade à existência da vida humana digna, ou, assim como supramencionado, de intangibilidade da vida humana.

Além disso, é imperioso deixar evidente que, diferentemente da concepção feita por Azevedo, o presente trabalho não considerou todos os contratos de consumo como contratos existenciais. Em verdade, em uma sociedade de consumo como a brasileira, a grande maioria dos contratos do dia-a-dia são também de consumo, de modo que aceitar que todos estes sejam existenciais traz o risco de banalizar a classificação proposta.

Neste ponto, é essencial evidenciar que a atual sociedade pós-moderna de consumo representa um conjunto de condições em que é elevada a chance da maioria das pessoas aceitarem a cultura do consumismo. Com efeito, o consumismo chega quando o consumo assume o papel-chave na sociedade, isto é, Bauman conceitua esse fenômeno como:

[...] um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim, dizer, “neutros quanto

⁵²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de instrumento nº 1030695-9** Relator.: Luiz Antônio Barry Julgamento: 15/10/2013. Sétima Câmara Cível. Data de publicação: 19/11/2013.

ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos [...].⁵²⁷

De fato o contrato de consumo, de um modo geral, é um verdadeiro instrumento jurídico apto a satisfazer as mais diversas necessidades, inclusive as essenciais à vida humana digna. Em verdade, “o consumo é algo banal, até mesmo trivial. É uma atividade que fazemos todos os dias.”⁵²⁸

Entretanto, o fenômeno do consumismo surge diante da criação de necessidades, na grande parte das vezes supérfluas. Neste sentido Cortiano Junior descreve que “A sociedade de massas e de consumo, serve assim para garantir o primado do valor de troca dos bens, já que nela se criam necessidades desnecessárias e se operam simulacros de satisfação das reais necessidades.”⁵²⁹

Eis uma das principais bases do consumismo: a criação de necessidades. Neste sentido “são comuns casos de pessoas de baixa renda que dispõem de aparelho de DVD e telefone celular sem nunca ter ido a um dentista ou sem ter ainda processo de filtragem da água que ingerem.”⁵³⁰ Com efeito, a criação desses “desejos artificiais” acarreta em uma inversão patológica das prioridades, isto é, nas palavras de Iturraspe:

El ser humano “tiene necesidades”, pero ello no conforma al mercado, es preciso “crearle” nuevas “necesidades”, cada vez más, sin límites cualitativos ni cuantitativos. Y, además, hacerle sentir que estas nuevas necesidades son “primarias, vitales”, sin cuya satisfacción no se puede vivir, o ser alguien, o sentirse bien, o tener status.⁵³¹

Na sociedade contemporânea existem situações de consumo de bens tão extravagantes que por vezes envolvem o consumo impulsivo, isto é, sem planejamento, feito na hora; e, pior que isso, o consumo compulsivo, exacerbado, considerado psicopatologia (oniomania). Neste sentido, Fachin, citando Lipovetsky, afirma que a sociedade contemporânea caracteriza-se pelo “consumo globalmente potencializado, no qual as pessoas consomem desenfreadamente em busca de uma satisfação pessoal que nunca será alcançada, haja vista serem as

⁵²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.41.

⁵²⁸ **Ibidem**, p. 37.

⁵²⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

⁵³⁰ GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 5. Ed. ver. e atual. São Paulo: Summus, 2008, p. 72.

⁵³¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 315.

aspirações deste consumidor emocional recriadas a todo instante, culminando na chamada sociedade de hiperconsumo.”⁵³²

Tais considerações são importantes de serem feitas uma vez que, ao considerar que todos os contratos de consumo são também existenciais, conforme fez Azevedo, passa-se a enquadrar na hermenêutica proposta todos os negócios jurídicos efetuados dentro dessa lógica de consumismo. Em outras palavras, para citar exemplos, deveriam ser considerados contratos existenciais a compra de um *smartphone* de alta tecnologia ou até mesmo o financiamento de carro de luxo.

Como se nota, ao caracterizar a sociedade consumista fundamenta-se a mitigação feita aos contratos de consumo, isto é, a razão de ser de não considerar todos os contratos de consumo como existenciais e, conseqüentemente traça-se limites hermenêuticos à taxonomia proposta.

Vale lembrar que, divergindo da ideia de consumismo, o “consumerismo” é o fenômeno social caracterizado pela tendência dos consumidores em defenderem seus interesses, isto é, um movimento social de reação do consumidor, parte mais vulnerável dentro da relação de consumo, aos abusos dos fornecedores. Giacomini Filho descreve o consumerismo como “ações sociais voltadas para defender os interesses dos consumidores”.⁵³³ Segundo este autor, o termo deriva da resposta da sociedade de consumo, em especial nos Estados Unidos, em face dos abusos que as empresas e organizações de produtos e serviços estavam praticando, sobretudo durante o século XX.

Diante do exposto, superadas as considerações que traçam alguns limites hermenêuticos ao contrato existencial, especialmente visando ampliar a sua efetividade na prática jurídica, há evidências, portanto, da necessidade de descrever a importância da análise contundente do caso concreto.

3.5 – A necessária factualidade: a função social do lucro e o contrato existencial como equidade

Ultrapassadas essas abordagens dogmáticas do “contrato existencial”, bem como estabelecidos alguns limites hermenêuticos com vistas a ampliar a efetividade da medida proposta, é preciso evidenciar que, mesmo assim, não há como tomar como absoluta sua aplicação tão somente pelo enquadramento teórico estrutural, isto é, pela aparência dos

⁵³² FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**, 2015, p. 109.

⁵³³ GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda.**, 2008, p. 19.

elementos objetivos e subjetivos supracitados, nem tampouco tão somente pela necessidade funcional. O Direito contemporâneo exige um pouco mais.

Ora, conforme já mencionado, o direito, enquanto ordem de segunda grandeza, encontra-se inserido numa sociedade hipercomplexa, de modo que as inúmeras situações variáveis da realidade social são capazes de alterar, na prática, toda a previsão teórica. Neste sentido, tratando sobre a complexidade, Perlingieri infere que:

O jurista, de toda sorte, deverá sempre privilegiar a ótica a partir da qual o intérprete, e sobretudo o juiz, se deve colocar no momento em que é chamado a resolver um caso concreto, isto é, a decidir em qual normativa a solução deve se inspirar, traduzindo princípios e regras pertencentes a um complexo sistema no ordenamento do caso concreto.⁵³⁴

Como se nota, é cabível dizer que o caso concreto revela sua grande importância, a ser considerado como verdadeira fonte do Direito, sob a qual incidirão as normas e, conseqüentemente, sob a qual irá ocorrer a concretização e individualização da norma geral e abstrata.⁵³⁵ Assim, é diante da problematização da situação que se torna possível a transformação da realidade, isto é, nas palavras de Perlingieri:

O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais.⁵³⁶

Com efeito, as teorias da argumentação ganham maior repercussão no estudo jurídico, como modelos de interpretação mais abertos a uma análise de validade material das normas⁵³⁷. Em verdade, a passagem para o “Estado constitucional”, com seu enfoque nas normas fundamentais, gerou um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões judiciais.⁵³⁸

Em razão disso, destaca-se a necessidade de considerar o Direito e os problemas sociais em relação ao contexto, uma vez que há verdadeira vinculação das normas jurídicas a certas necessidades práticas das pessoas humanas. Com isso, afirma Atienza que:

⁵³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 193.

⁵³⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁵³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 193.

⁵³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**, 2010.

⁵³⁸ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org.]. *Argumentação e Estado Constitucional*. 1. Ed. São Paulo: Ícone, 2012. p. 59.

O que o enfoque do Direito como argumentação procura fazer é conectar todos esses elementos [formais, ideológicos, políticos, morais] de análise a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e “comprometida” do Direito que parte da noção de conflito. O conflito é, efetivamente, a origem do Direito, o que leva a vê-lo como um instrumento, uma técnica (não necessariamente neutra) de tratamento (o que sempre implica solução) de problemas de certo tipo.⁵³⁹

Em contrapartida, é imperioso reconhecer que para o pensamento sistemático, o qual parte de uma totalidade, o caso concreto fica limitado a uma análise sob a ótica do agrupamento normativo racional-apriorístico. Desse modo, ensina Lorenzetti que “esse enfoque nos leva a indicar que ambas as perspectivas [casuística e sistemática] são complementares, razão pela qual deve ser adotado um juízo prático, mas com vinculações sistemáticas”.⁵⁴⁰ Vale lembrar, “a interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento.”⁵⁴¹

Diante disso, pode-se afirmar que, perante um caso concreto que evidencie uma relação contratual “existencial”, é preciso a configuração estrutural, em seus aspectos objetivo (consistente na essencialidade do objeto negociado), subjetivo (na presença da vulnerabilidade da pessoa humana), no vínculo, enquanto ausência de interesse lucrativo por parte do tutelado) e na forma, geralmente exigida, além disso, a presença do caráter funcional (consistente em um direito que preserva o “mínimo vital” ou o “indispensável existencial”) e, sobretudo, a necessária análise factual da situação em debate, como equidade, em busca da “ética da situação”.⁵⁴²

Neste sentido, é preciso fazer mais algumas considerações a respeito da razão de ser da medição em “degraus” quanto ao contrato existencial, em especial destacando a importância da análise das especificidades do caso concreto.

Em verdade, o fundamento para a diferenciação supramencionada, isto é, “mínimo vital” e “indispensável existencial” encontra base no atual contexto social brasileiro, isto é, na presente crise socioeconômica que assola o país.

Em outros termos, mesmo que pelas teorias de direitos fundamentais haja previsão de que as condições básicas de vida digna devem ser garantidas às pessoas, tanto no “degrau” mais profundo do “mínimo vital” quanto no tocante ao “indispensável existencial”, é preciso

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – fundamentos de direito**, 2010, p. 76.

⁵⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 205.

⁵⁴² A busca da equidade e da ética da situação que se procura é semelhante a descrita por Maximiliano, isto é, [...] deve ser acomodada ao sistema do Direito pátrio e regulada segundo a natureza, a gravidade e importância do negócio de que se trata, as circunstâncias das pessoas e dos lugares, o estado da civilização do país, o gênio e a índole dos seus habitantes.” In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2011, p. 143.

fazer uma leitura mantendo “os pés no chão”, ou seja, atenta com a realidade do atual momento socioeconômico do Brasil.

Como se nota, é necessário defender a aplicação da hermenêutica do contrato existencial de modo que seja efetiva, isto é, sem o risco de se perder na ilusão de que a aplicação da taxonomia, tão somente por si só, resolverá os problemas existenciais das pessoas vulneráveis em uma sociedade marcada especialmente pela desigualdade social.

Neste sentido, vale lembrar que o lucro na sociedade contemporânea brasileira deve desempenhar a sua função social⁵⁴³, conforme determinação do supramencionado art. 170 da Constituição Federal, de modo que a análise consequencialista da decisão que evidencia o contrato com existencial passa a ser um imperativo.

Diante do mencionado, vale deixar claro mais uma vez que nas situações em que se destaca a exigência do “mínimo vital”, a intangibilidade da vida humana deve ser absoluta, de modo que as questões patrimoniais e contratuais cedem necessariamente espaço à proteção da vida.

Porém, nas situações em que haja a discussão em outro “degrau”, isto é, quanto ao “indispensável existencial”, deve-se ter sempre em mente as consequências em larga escala da decisão, a considerar a função social do lucro e das empresas⁵⁴⁴, de modo que a análise do caso concreto revela ainda mais a sua importância. Em outras palavras, deve-se atingir a proteção desejada de maneira harmônica com a economia de mercado.

Para melhor compreensão dessa problemática são oportunas as observações de Bankowski.⁵⁴⁵ Segundo esse autor, visando “viver plenamente a lei”, é cabível identificar no Direito dois fundamentos básicos e, por vezes conflitantes, a saber, a lei e o amor. Desse modo, de maneira geral, a lei é responsável pelas regras universais e abstratas, responsáveis principalmente pela ordem e segurança (previsibilidade). Com efeito, o autor faz uma analogia com um caixa eletrônico, alegando que ao interagir com uma pessoa, o caixa eletrônico (lei) saberá definir se o interessado está apto ou não a retirar o dinheiro.

⁵⁴³ Descreve a professora Carvalho que: “[...] o lucro não pode ser um fim em si mesmo, sob pena de nada reverter para a coletividade e resultar no aumento da exclusão social e do esgotamento planetário”. In: CARVALHO, Paula Marcílio Tonani de. **O lucro e a efetividade dos direitos humanos**. Editora KBR: São Paulo, p. 188.

⁵⁴⁴ O professor Fachin descreve o princípio da “preservação” da empresa, e sua importância no âmbito social. Neste sentido, citando Avelãs Nunes, afirma que: “a natureza e a função social das sociedades comerciais é que faz delas factores de enorme interesse social, saltando para fora do âmbito dos contratos de mero interesse dos participantes. As empresas comerciais representam um valor econômico de organização que é necessário a conservar, para salvaguarda do esforço organizador dos empresários, do direito dos empregados ao trabalho, do direito dos sócios a ver frutificar o seu capital”. In: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2006, p. 186.

⁵⁴⁵ BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Tradução: Atrhur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.180.

Entretanto, a tensão ocorre quando a pessoa que pretende retirar o dinheiro, por alguma razão, não o tenha na conta, e mesmo assim, por questões urgentes, solicite incansavelmente por necessitar do patrimônio. Então, ao ouvir as súplicas desesperadas, o caixa do banco aparece (como expressão do amor), isto é, nas palavras do autor “o caixa então vai além do cartão bancário porque a decisão que ele tomou é particular, tomada em um momento particular e em circunstâncias concretas.”⁵⁴⁶

A princípio, conforme se observa nas exigências de analisar o caso concreto com equidade, olhar “além da máquina” aparentemente é o caminho mais justo. Entretanto, Bankowski prossegue com a problemática, descrevendo a situação em que um gerente/caixa deste mesmo banco, que se importe com as pessoas e que metaforicamente vá constantemente além do caixa eletrônico, decide prezar pela compaixão e pelo bem-estar dos seus clientes. Desse modo, passa a fazer os empréstimos do banco ilimitadamente, mesmo que isso vá de encontro às regras do departamento de controle da instituição.

Como se nota, em decorrência disso, o Bankowski afirma que “a compaixão destrói as possibilidades de justiça distributiva, porque ele está emprestando todos os fundos disponíveis do banco sem observar a situação como um todo. Assim torna-se impossível distribuir quaisquer outros fundos (o banco faliu).”⁵⁴⁷

Diante desse exemplo, a divisão em degraus demonstra ainda mais importância, pois a consideração de que toda e qualquer situação em que haja a presença de um “indispensável existencial” seja aplicada de modo a desconsiderar as questões patrimoniais, em última análise, pode acabar gerando o efeito inverso, ou seja, levar à barrocada a parte contratual suscitada.

Imagine, por exemplo, se todas as pessoas exigissem das prestadoras de serviços básicos, como água e esgoto, a disponibilização do serviço sem nenhum tipo de custo. Nesta situação, defender a mitigação da questão patrimonial em função da proteção do “indispensável existencial” em larga escala, ocasionaria o falimento da empresa, fazendo com que todas as pessoas da sociedade (inclusive as que pagavam corretamente) fiquem sem o serviço essencial.

Ademais, é válido descrever que é a análise da problemática do fato que permitirá a decisão como equidade.⁵⁴⁸ Conforme expõe Maximiliano, “fora da equidade há somente o rigor do Direito, o Direito duro, excessivo, maldoso, a fórmula estreitíssima, a mais alta cruz. A equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada

⁵⁴⁶ **Ibidem**, p.119.

⁵⁴⁷ **Ibidem**, p.121.

⁵⁴⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

à benevolência).”⁵⁴⁹ Consoante expõe Noronha, parece ser coerente a definição dada por Aristóteles, isto é, de que a equidade é a “mesma coisa que justiça, só que melhor”, uma vez que se adequa e se conforma aos elementos concretos.⁵⁵⁰

Ora, para melhor esclarecimento dessa abordagem proposta, é pertinente demonstrar a acertada jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que, diante de uma discussão contratual que envolvia plano de saúde (presentes então os aspectos objetivo e factual) e uma contratante idosa de 93 (noventa e três) anos de idade, vítima de um acidente vascular cerebral (aspecto subjetivo, consistente na hipervulnerabilidade), mesmo reconhecendo ser o contrato do tipo “existencial”, perante as especificidades do caso concreto, optou, como medida de equidade, pela improcedência parcial dos pedidos da consumidora idosa.⁵⁵¹

No caso mencionado, a consumidora, ao efetuar o tratamento de sua doença, decidiu pela contratação de médicos particulares de sua escolha, junto ao renomado Hospital Sírio Libanês, fora da rede credenciada da empresa de plano de saúde. Dessa forma, o juízo condenou a empresa operadora do plano a reembolsar os honorários médicos tão somente dentro dos limites da contratação entabulada, uma vez que os valores cobrados no Hospital Sírio Libanês excediam àqueles previstos nas cláusulas contratuais. Neste ponto, o juízo, em decisão, expressa que:

Assim afirmo, posto que não obstante a idade avançada da autora e não obstante estivesse esta última efetivamente vinculada a um contrato existencial (cativo) cumpre assinalar que no caso em foco, a requerente optou livremente por utilizar os serviços de profissionais médicos não credenciados à requerida, mostrando-se então, infundado seu inconformismo com a legítima limitação de cobertura, a qual nada continha de abusiva ou ilegal.

Com isso, é possível perceber que, mesmo diante de um “contrato existencial”, a situação fática pode demonstrar que não há razões para uma interpretação mais favorável à pessoa humana contratante, uma vez que, no caso em tela, a idosa optou livremente por médicos não credenciados pelo plano, com honorários superiores aos cobertos, fazendo com

⁵⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2011, p. 140.

⁵⁵⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**, 1994. p. 217.

⁵⁵¹ “Plano de Saúde. Negativa de cobertura. Internação decorrente de acidente vascular cerebral (“AVC”) – Segurada que optou por contratar médicos fora da rede credenciada. Reembolso de honorários de acordo com os limites estabelecidos no contrato - Sessões de fisioterapia motora e serviço de enfermagem domiciliar 24 horas. Direito à cobertura reconhecido. Incidência da Súmula 90 do TJSP: “havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços ‘home care’”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer – Dano moral não configurado. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada. Redistribuição dos ônus da sucumbência – Recurso provido em parte”. In. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 0259399-26.2007.8.26.0100. Relator Elliot Akel.

que o caso concreto demonstrasse que a medida de melhor equidade era exatamente manter a obrigação pactuada. Aceitar a situação inversa, obrigando o plano de saúde ao pagamento do tratamento iria contra a ideia supramencionada, da função social do contrato.

Dessa maneira, conclui a decisão que “[...] ciente a autora a respeito da limitação de reembolso de honorários médicos em situação de livre escolha, absolutamente descabido falar-se em reembolso superior àquele já assumido pela ré, devendo a requerente assumir os honorários médicos pendentes”.

Consoante se percebe, assim como ocorre com a dignidade da pessoa humana, por ser um conceito extremamente vago, o contrato existencial, para sua ótima aplicação, depende fortemente da análise individualizada, à luz dos fatos do caso concreto. Conforme expõe Duque:

[...] dificilmente as tentativas de definição abstrata para a determinação do conceito de dignidade humana tornam-se suficientes para tanto, de modo que, invariavelmente, resta apenas a possibilidade de se descrever a esfera de proteção de forma individualizada, vale dizer, à luz dos casos concretos. EM outras palavras, a dignidade humana não representa uma ideia fixa. De qualquer forma, a vagueza de conteúdo do princípio não pode retirar a sua justiciabilidade, da mesma forma que ocorre com as cláusulas gerais do direitos civil. Tudo é uma questão de fundamentação jurídico racional.⁵⁵²

Essas considerações demonstram a importância da atuação judicial em defesa dos direitos existenciais das pessoas e, em última análise, dos direitos fundamentais. Cabe dizer que é a expressão da função procedimental dos direitos fundamentais⁵⁵³, de modo que, conforme expõe Iturraspe, “del contrato ‘ley de las partes’, irrevisable por jueces, se llega a um contrato que los jueces pueden revisar, modificar o anular, buscando el equilibrio negocial,⁵⁵⁴ e, além disso, a justiça contratual.

Por outras palavras, a hermenêutica do contrato existencial visa ter um parâmetro de conciliação entre a liberdade contratual e a solidariedade. Dessa maneira, nos contratos em que houver a discussão de bem ou serviço essencial à dignidade da vida humana, deverão ser mais sensíveis a um regime judicial intervencionista. Em contrapartida, contratos incidentes sobre questões supérfluas, ou meramente de lucro, obviamente, deverão ser pautados por maiores âmbitos de liberdade e autonomia.

⁵⁵² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**, 2014, p. 245-246.

⁵⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470-499.

⁵⁵⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 330.

Ao que tudo indica, tais considerações demonstram, conforme expõe Perlingieri, que a grande importância não é quanto à existência ou não de uma relação contratual existencial, mas sim, se naquela determinada situação, a pessoa humana é merecedora de tutela, demonstrando de mais uma forma a importância da atuação judicial. Em outros termos, expõe o autor que:

Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.). As particularidades e, portanto, as diversidades podem ter incidido sobre a função e o interesse contratual, de modo a tornar indispensável o controle de valor por parte do juiz.⁵⁵⁵

Neste sentido Moraes, tratando da passagem do Direito fundado no juiz “boca-da-lei” ao Direito segundo “a boca-do-juiz”, descreve que:

A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema. Ao que parece, todavia, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno, – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença.⁵⁵⁶

O que é necessário portanto é estudar cuidadosamente todos os elementos presentes no caso concreto e, além disso, identificando a estrutura do contrato existencial bem como a sua razão de ser aplicável aos fatos, que o jurista exponha todas essas características no momento da concretização da decisão. Daí a importância da norma constitucional do art. 93, IX, que exige a fundamentação argumentativa das decisões judiciais. Aliás, defende Perlingieri que a motivação assume maior relevância a partir do momento em que centrou a pessoa no sistema jurídico global.⁵⁵⁷ Vale lembrar, na fundamentação, não se trata de descobrir a verdade

⁵⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 370.

⁵⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI**. Revista de Direito Privado, vol. 56, Out. 2013, p. 64.

⁵⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, 2008, p. 597.

(contexto de descobrimento), mas sim, de controlar a verdade das proposições (contexto de justificação).⁵⁵⁸

Diante de todo o mencionado, a defesa da importância da análise do caso concreto pode levar a uma espécie de “relativismo”, causando certa insegurança jurídica. Ocorre que a hermenêutica existencial, ao destacar a importância da análise apurada dos fatos, em suas especificidades, almeja garantir a equidade, enquanto justiça do caso concreto.

Com base nisso, fica evidente que o Direito, ao almejar a justiça como uma das suas razões de existência, necessita de juristas (humanos) capazes de analisar o caso concreto, interpretar, ponderar, questionar as formalidades da lei se em conflito com a função do sistema jurídico, e não meros autômatos, aplicadores de uma subsunção lógica. Neste sentido “estaríamos agindo como computadores programados para aplicar a regra sem refletir sobre o que está realmente acontecendo; apenas seguiríamos a regra cegamente e não mostraríamos mais qualquer respeito e amor ao mistério singular daquele caso particular.”⁵⁵⁹ Consequentemente, “El Derecho há de ser completado com la equidad, la regla general com la excepción, para que siempre pueda alcanzarse una solución humana.”⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2010, p. 169.

⁵⁵⁹ BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**, 2007, p.180.

⁵⁶⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**, 2011, p. 173.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que a matéria inerente à relação contratual considerada como existencial é circundada por um alto grau de complexidade. Por isso, longe de encerrar as reflexões a respeito do tema, os esforços despendidos na argumentação tiveram como norte a possibilidade de apresentar uma leitura crítica da relação jurídica contratual e, conseqüentemente, uma hermenêutica emancipatória, fundamentada na tutela da pessoa humana.

Inicialmente, foi imperioso reconhecer a alteração paradigmática do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até atingir o modelo contemporâneo, dito pós-moderno, a fim de identificar a influência de cada período no tratamento contratual e, além disso, no intuito de desnudar de que modo o contrato existencial se justifica no contexto hodierno.

Forte nisso, entende-se que a presente proposta, ao defender a intangibilidade da vida humana inclusive nas relações contratuais, depende de uma visualização do Direito enquanto sistema aberto e incompleto, de modo que haja um exame de complementariedade dos paradigmas e, conseqüentemente, as ideias que fundamentam a tutela da pessoa humana sejam somadas.

Nessa linha de raciocínio, demonstrou-se a possibilidade do contrato existencial confirmar a efetivação de direitos fundamentais até mesmo nas relações entre privados. E mais, evitando o risco de banalização do argumento jusfundamental, observou-se que é possível a aplicação indireta das normas fundamentais, como regra, e, havendo necessidade, pelo imperativo de tutela, aplicar-se diretamente o direito fundamental a que se pretende garantia, tudo isso guardando coerência com o diálogo das fontes.

Demonstrou-se, outrossim, a importância da “virada kantiana” no direito privado brasileiro como fundamento para a concreção de uma releitura da hermenêutica contratual, ao inserir a pessoa humana no epicentro jurídico. Tal fato demonstra uma reaproximação do Direito e a moral, especialmente no que tange às questões de justiça. Aliás, essa também é uma das pretensões da classificação proposta: aproximar a hermenêutica contratual da justiça material, do caso concreto, sempre em busca da melhor tutela à pessoa humana.

Neste mesmo rumo, destacou-se a relevância da força normativa dos princípios e das cláusulas gerais no direito privado, em especial como diretrizes essenciais, possibilitando a inserção do contrato no cenário de solidarismo ético.

Ainda assim, o contrato existencial, em sua acepção, foi dividido em seus aspectos estruturais, destacados os elementos objetivo, subjetivo, vínculo e forma, e além disso, os

aspectos funcionais, em “degraus”, demonstrando a possibilidade de proteger do mínimo vital ao indispensável existencial.

Atentou-se igualmente para estabelecer alguns limites hermenêuticos, principalmente com o intuito de evitar que a banalização da classificação do contrato existencial e, conseqüentemente, retirar-lhe a efetividade como ferramenta de promoção da pessoa humana.

Em outras palavras, a concretude do contrato existencial reclama por uma análise cuidadosa dos fatos do caso concreto, considerando sempre as condições da pessoa (“de carne e osso”) a quem se pretende tutela, como o nível de escolaridade, idade, saúde e condição econômica, por exemplo.

Além dessas considerações, é sempre válido evidenciar que o contrato é um instrumento jurídico de transferência de riquezas, e como tal, essencial à sociedade. Ocorre que, em se tratando das situações descritas, há a necessidade de um diálogo e, além disso, de uma convivência coerente entre a economicidade do contrato e, acima disso, a essencialidade do objeto da contratação. Eis o núcleo do trabalho: protege-se o aspecto patrimonial inerente ao contrato, entretanto, sem deixar de tutelar o que é mais essencial ao direito, a saber, a intangibilidade da vida humana.

Essa consideração vem de encontro às reflexões feitas no que tange à análise consequencialista da aplicação da hermenêutica do contrato existencial, afinal, é incansável lembrar que por mais que se pretenda tutelar a dignidade da pessoa humana parte contratual, a circulação do mercado também deve ser levada em conta, até porque é baseada na autonomia privada dos indivíduos, direito fundamental que também deve ser observado.

Como se nota toda essa hermenêutica carece de juristas (humanos) ativos no comportamento de, diante do caso particular, longe de meros aplicadores automáticos das leis positivadas, exercer o raciocínio crítico do direito civil e, conseqüentemente, promover a vida acima de qualquer injustiça, mesmo que formalmente pactuada. Assim, diante da hermenêutica proposta, buscam-se soluções jurídicas, de fato, humanas.

Por fim, mais uma vez, longe de pretender concluir o tema, o trabalho se encerra com a utópica ambição de não se esgotar em meras reflexões teóricas e filosóficas, mas sim, servir como ferramenta jurídica e dogmática às decisões jurídicas que se depararem com contratos existenciais, visando à promoção da vida humana digna, bem como todos os meios para a sua tutela. Se o contrato necessita de uma função social, diferentemente não poderia ser da pesquisa jurídica. Eis a função incansavelmente buscada por esse trabalho: servir.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil – V. 45 (jan./mar. 2011) Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.
- ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica**. Madri: Trotta, 2013.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **A boa-fé na formação dos contratos**. In Revista da Faculdade de Direito da USP, vol. 87, São Paulo, 1992.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista USP, São Paulo. n.53, março/maio 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Silvio Rodrigues. Saraiva: São Paulo, 1989,
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.9, n. 34, p.304. abr./jun. 2008
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (parecer) **Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireta). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato**. In AZEVEDO, Antônio Junqueira. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo, Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil**. In. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação**. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 33 | p. 123 - 129 | Jan - Mar / 2000

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual.** In. Revista dos Tribunais | vol. 750 | p. 113 | Abr / 1998

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **O direito pós-moderno.** Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/42/08-antoniojunqueira.pdf> Acessado em 24/04/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BAGGIO, Andreza Cristina. **Breves considerações a cerca da noção de contrato como processo.** Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Andreza_Cristina_Baggio_breves_consideracoes.pdf>

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei.** Tradução: Atrhur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito.** In:QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farley Martins Riccio (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial.** São Paulo: Editora Cultrix, 1974

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BILBAO UBILLOS, Juan María. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la practica. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: UnB, 1999

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesse coletivos e difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público e Entes não Sindicais**. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Grandes Números IRPF. Anos-Calendário 2007-2013. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-dirpf-cap>. Acesso em 07/08/2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012

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

CARVALHO, Paula Marcílio Tonani de. **O lucro e a efetividade dos direitos humanos**. Editora KBR: São Paulo..

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**. 2011. 757 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 3. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>>

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25 edição. São Paulo: Saraiva.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: HECK, Luís Afonso (organizador). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado**. Revista de Direito Brasileira | vol. 1 | p. 101 | Jul / 2011, p. 106.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, p. 265-294, 2011

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus propaganda**. 5. Ed. ver. e atual. São Paulo: Summus, 2008.

GIDDENS, Anthony , **O Mundo na Era da Globalização**, Lisboa: Editora Presença, 2000.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: novos princípios contratuais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola. 1989.

HAYEK, Friedrich A. von. **O caminho da servidão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; Instituto Liberal, 1987.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política**. - ed., ver., ampl. e atualizada. - Rio de Janeiro: Forense, 2004

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho Civil Constitucional**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais e o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 2006

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I**. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1958

LOBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato no estado social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social**. Revista dos Tribunais | vol. 722 | p. 40 - 45 | Dez / 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Dirigismo contratual**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 3 | p. 385 | Jun / 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Extratos do novo “Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina” (Ley 26.994, de 07.10.2014) em matéria de proteção ao consumidor e nota introdutória**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 427 - 446 | Jan - Fev / 2015,

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: volume III: do século XX à pós-modernidade**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014

MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012

MARQUES, Claudia Lima. **A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?**. In: MARQUES,

Cláudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7 ed. rev., atul. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Civil, Ideologia e pobreza: Temas Relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. Atlas 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo Código Civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação**. Revista de Direito do Consumidor. v. 94

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista dos Tribunais | vol. 680 | p. 47 | Jun / 1992.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASLOW, Abraham H. **The farther reaches of human nature**. New York: Penguin Books, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MIRAGEM, Bruno. **Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais**. IN: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo hoje**. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. In: Gustavo Tepedino, (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito civil: tendências.** Revista dos Tribunais | vol. 779 | p. 47 | Set / 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do Direito no início do século XXI.** Revista de Direito Privado | vol. 56 | p. 11 | Out / 2013

MORAES, Renato José de. **Cláusula rebus sic stantibus.** São Paulo: Saraiva, 2001

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade.** In: Edições Especiais: Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, vol. 1 – Teoria Geral. JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 817-835.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org.]. **Argumentação e Estado Constitucional.** 1. Ed. São Paulo: Ícone, 2012.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **La frustracion del contrato.** Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1991

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **A função social dos contratos no novo código civil.** Revista dos Tribunais | vol. 815 | p. 11 | Set / 2003.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 8ªed. São Paulo: Método, 2012

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva.** Revista de Direito do Consumidor | vol. 24 | p. 41 | Jul / 1997, p. 41.

ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas.** Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PALMER, Richard. **Hermenêutica.** O saber da filosofia; 15. Lisboa: Edições 70, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

PERLINGIERI, Pietro. **A doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. In TEPELINO, Gustavo (Org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

PERRY, Anderson. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

PIOVENSA, Flávia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial**. In: **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1962,

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel e REALE JÚNIOR, Miguel. **Questões atuais de Direito**. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2000

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, jun. 1998.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2007, v.16, n.61

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 1151 | Out / 2010

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Temas de Direito Civil**, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TESSLER, Marga Barth. **Há um fundamento para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar**. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. – n. 1 (jan./mar. 1990). – Porto Alegre: O Tribunal, 1990 – v.1 – Trimestral. p. 54-55

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. **Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras.** Revista dos Tribunais. Vol. 940. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 42. Rio de Janeiro, 1990.